

# EDITORIAL

---

## § 1170b ABGB und die Modalverben

### Oder: Die Krux mit „können“ und „dürfen“



Hermann Wenusch

<https://doi.org/10.33196/zrb202101000101>

In OGH 6 Ob 113/20s ist es um folgenden Sachverhalt gegangen: Bei einem aus drei Abschnitten bestehenden Bauvorhaben hat der Bauunternehmer eine Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB begehrt, nachdem es beim ersten Bauabschnitt zu verzögerten Zahlungen des Bauherrn gekommen ist. Der Bauherr hat als Sicherstellung eine Bankgarantie beigebracht.

Im Zuge der Abrechnung des ersten Bauabschnitts hat der Bauherr nicht alle Forderungen des Bauunternehmers beglichen, worauf dieser die Bankgarantie in Anspruch genommen hat.

Nachdem – ganz allgemein gesprochen – zwischen Bauherrn und Bauunternehmern so etwas wie eine Hassliebe besteht, wurde trotzdem auch noch der zweite Bauabschnitt in Angriff genommen. Doch wenn einmal der Wurm d‘rin ist ... Prompt ist es auch beim zweiten Bauabschnitt zu einem Disput gekommen und der Bauunternehmer hat für den dritten Bauabschnitt abermals eine Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB gefordert, die der Bauherr aber (trotz entsprechender Zusage) nicht beigebracht hat. Darauf hat der Bauunternehmer den Vertrag als aufgehoben erklärt und gemäß § 1168 ABGB das (reduzierte) Entgelt für den dritten Bauabschnitt gefordert und schließlich auch eingeklagt.

Das Erstgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht – dem der OGH schließlich beigepflichtet hat – hat jedoch geurteilt, dass die Bankgarantie vom Bauunternehmer gar nicht in Anspruch genommen werden durfte, weil sie eben bloß als Sicherheit gegeben worden war und der bezügliche Entgeltanspruch (zumindest ursprünglich) strittig gewesen sei. Durch die Inanspruchnahme sei das Realisat der Bankgarantie aber Sicherheit – jetzt eben in der Form von Bargeld – geblie-

ben (nur am Rande sei vermerkt, dass es sich tatsächlich niemals um Bargeld – iSv Münzen und Noten – gehandelt hat). Zu dem Zeitpunkt, zu dem der Bauunternehmer für den dritten Bauabschnitt eine Sicherstellung begehrt hat, habe also bereits eine (auch ausreichende) Sicherstellung bestanden, weshalb die Vertragsaufhebung zu unrecht erfolgt sei.

Rechtlich begründet wird das damit, dass die Pflicht zur Sicherstellung „bis zum Schluss“ besteht. Bei dieser Pflicht handelt es sich natürlich um eine Pflicht des Bauherrn, doch wird aus der Lehrmeinung, wonach durch die Inanspruchnahme der Sicherstellung das Entgelt-Zurückbehaltungsrecht des Bauherrn nicht unterlaufen werden sollte, geschlossen, dass der Bauunternehmer die Sicherstellung nicht vor „dem Schluss“ in Anspruch nehmen dürfe.

Doch bedeutet, dass man etwas nicht darf, auch gleichzeitig, dass man es nicht kann? Natürlich nicht: Man darf nicht vorschriftswidrig parken und trotzdem passiert genau das unentwegt und immer wieder.

Und so kann ein Bauunternehmer die Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB auch dann realisieren, wenn er dies eigentlich gar nicht darf. Die Sicherstellung ist dann weg und der Bauherr hat gegebenenfalls einen Rückforderungsanspruch. Wurde die Sicherstellung aber zur Begleichung einer fälligen Forderung benutzt, so muss der Bauherr wohl eine neue Sicherstellung aufbringen.

Das gilt natürlich auch dann, wenn tatsächlich Bargeld als Sicherstellungsmittel gewählt wird. Sobald dies mit eigenem Bargeld vermengt wird, ist es keine Sicherstellung mehr – mit dem Problem einer allfälligen Vermengung haben sich die Gerichte aber nicht einmal im Ansatz beschäftigt – obwohl es sich natürlich sicher nicht um Bargeld gehandelt hat, sondern um Buchgeld auf einem Geschäftskonto, wo es ganz sicher zu einer Vermengung gekommen ist.