

# JUDIKATUR

## Vorbehaltserfordernis für Skontoabzüge und Verwertung der § 1170b Sicherstellung<sup>1</sup>

1. Die „Vorbehaltsregelung“ der ÖNORM B 2110 dient im Wesentlichen dazu, möglichst rasch Klarheit über die Abrechnung zu schaffen. Die vorbehaltlose Annahme einer Zahlung des Werkbestellers soll Nachforderungen des Werkunternehmers unzulässig machen. Die Bestimmung umfasst insbesondere den Fall, dass der Auftraggeber vom Schlussrechnungsbetrag Abzüge vornimmt und entsprechend weniger bezahlt.
2. Sowohl der klare Wortlaut als auch der in ständiger Rechtsprechung betonte Zweck der Regelung der ÖNORM B 2110 spricht dafür, dass der Werkunternehmer auch für als ungerechtfertigt erachtete Skontoabzüge einen fristgerechten, begründeten Vorbehalt zu erklären hat.
3. Die Obliegenheit des Werkbestellers, gemäß § 1170b ABGB auf Verlangen des Unternehmers eine Sicherstellung zu leisten, wird mit dem Vertragsabschluss begründet und besteht bis zur vollständigen Bezahlung des Entgelts.
4. Das Recht, Sicherstellung zu begehren, steht dem Werkunternehmer auch bei mangelhafter Bauleistung zu.

<https://doi.org/10.33196/zrb202601001101>

OGH 5.8.2025, 5 Ob 54/25i

**Deskriptoren:** Bauwerkvertrag, Sicherstellung, Garantieabruf; § 1170b ABGB.

### Sachverhalt

Die Klägerin war Generalunternehmerin bei einem Bauvorhaben in Wien. Sie erteilte im Jahr 2021 der Beklagten zwei Subaufträge („Konstruktiver Stahlbau“ und „Aluschlosser“).

Im Dezember 2022 verlangte die Beklagte die Sicherstellungen gemäß § 1170b ABGB (für das Gewerk „Konstruktiver Stahlbau“ € 111.526,93 und für das Gewerk „Aluschlosser“ € 74.563,63; diese leistete die Klägerin im Jänner 2023 in Form von zwei Bankgarantien.

Nach Legung der Schlussrechnungen Ende März 2023 zahlte die Klägerin am 1.6.2023 der Beklagten die unstrittigen Schlussrechnungssummen (€ 526.280,25 „Konstruktiver Stahlbau“ und € 484.539,32 „Aluschlosser“) aus. Die Beklagte forderte drei Wochen später von der Klägerin die Ausweitung der Sicherstellungen auf Basis ihrer jeweils begehrtten unkorrigierten Schlussrechnungssummen. Dieser Forderung kam die Klägerin nicht nach. Daraufhin erklärte

die Beklagte am 27. 6 2023 hinsichtlich beider Aufträge die Vertragsaufhebung und zog am selben Tag die beiden Bankgarantien. Die Klägerin wies die Erklärung der Beklagten über die Vertragsaufhebung am Folgetag schriftlich zurück. Die Klägerin fordert von der Beklagten die Rückzahlung der gezogenen Garantiebeträge. Die Verwendung der Sicherstellung zur Befriedigung des strittigen Entgeltanspruchs sei unzulässig, weil die Verwertung der Sicherheit erst bei Fälligkeit des Werklohns und Zahlungsverzug des Bestellers zulässig sei. Die Beklagte wolle durch die Verwertung der Sicherheiten Befriedigung für Werklohnforderungen erlangen, gegen die die Klägerin begründete Einwendungen erhoben habe. Die Beweislast für die Berechtigung ihrer Mehrkostenforderungen treffe jedenfalls die Beklagte. Die Beklagte habe innerhalb der Frist des Punktes 8.4.2 der ÖNORM B 2110 einen Vorbehalt gegen die Schlusszahlungen erhoben und gehe daher zumindest insoweit von einem Fortwirken des Vertrags aus, als die Abrechnung nach diesen Regelungen zu erfolgen habe. Zum Skontoabzug für die dritte Teilrechnung habe die Beklagte keinen Vorbehalt erklärt; daher sei ihr Anspruch insoweit verfristet.

Die Beklagte wendete zusammengefasst ein, die Parteien hätten Festpreise bis zum jeweiligen geplanten, aber nicht bis zum tatsächlichen Bauende vereinbart. Das geplante Bauende der Gewerke sei wegen verspäteten Agierens sei-

<sup>1</sup> Grundlegende Aspekte in der Begründung der Entscheidung wurden in OGH 8 Ob 147/25p anders entschieden – siehe dazu Seite 20 in diesem Heft.

tens der Klägerin als Generalunternehmerin überschritten worden. Aufgrund der Verzögerung sei eine Preisgleitung anhand der Preisbasis März 2021 vereinbart worden, die im jeweiligen Ausschreibungsverzeichnis enthalten sei. Die Klägerin habe die Schlussrechnungssummen zu Unrecht gekürzt. Die Forderung auf Ausweitung der Sicherstellung sei daher berechtigt gewesen. Die Klägerin habe sich geweigert, die fällige Werklohnforderung zu begleichen und Sicherstellungen beizuschaffen, weshalb sie zur Vertragsaufhebung und zur Inanspruchnahme der Bankgarantien berechtigt gewesen sei. Da die Klägerin die Rückzahlung eines Garantiebetrags fordere, habe sie auch die Rechtsgrundlosigkeit der Leistung zu beweisen.

### Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren (abzüglich einer „Gegenforderung“ von € 4.674,10 betreffend einen von der Schlussrechnung vorgenommenen Abzug für „Schäden“, dessen Rechtfertigung die Klägerin nicht nachweisen konnte) statt und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von € 181.416,46.

Die Parteien hätten ausdrücklich Festpreise und keine variablen Preise vereinbart; eine Preisanpassung sei gerade nicht vereinbart worden. Die (näher festgestellten) Verhandlungen darüber seien letztlich gescheitert.

Zur behaupteten Bauzeitverzögerung habe die Beklagte nicht konkret vorgebracht, welche um wie viel verspäteten Planfreigaben für welche Verzögerung ursächlich gewesen sein sollten. Auch der Höhe nach sei die Forderung der Beklagten für die behauptete Bauzeitverzögerung nicht nachvollziehbar. Der von den Parteien vereinbarte Ausschluss der – grundsätzlich dispositiven – Bestimmung des § 1168 (1) ABGB sei hier – aus näher dargelegten Gründen – wirksam. Den Skontoabzug habe die Beklagte nicht in ihren Schlusszahlungsvorbehalt aufgenommen, weshalb sie dies gemäß Punkt 8.4.2 der ÖNORM B 2110 nicht mehr geltend machen könne. Die Klägerin habe daher – abgesehen vom unberechtigten Abzug für Bauschäden (€ 4.674,10) – ihre Schlussrechnungskorrekturen gegenüber der Beklagten zu Recht vorgenommen. Die Beklagte habe demgegenüber zu Unrecht die Bankgarantien gezogen und sei zur Rückzahlung verpflichtet.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten keine Folge.

Nach allgemeinen Grundsätzen sei der Kläger dafür beweispflichtig, dass die Garantie zu Unrecht abgerufen worden sei. Diese Frage sei hier nach § 1170b ABGB zu prüfen. Diese Bestimmung regle zwar nicht, wann der Unternehmer die Sicherheit verwerten dürfe. Der Oberste Gerichtshof habe aber schon ausgesprochen, dass nach dem klaren Wortlaut des § 1170b (1) letzter Satz ABGB die Sicherheit bei Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch selbst dann aufrecht zu erhalten sei, wenn sich diese Einwendungen als unbegründet erweisen

würden. Die Klägerin habe hier – ähnlich wie in dem der Entscheidung 6 Ob 113/20s zugrunde liegenden Fall – eine Rechnungsprüfung vorgenommen und Zahlungen nur in Höhe der von ihr akzeptierten Positionen geleistet. Die Beklagte sei daher schon aus diesem Grund nicht berechtigt gewesen, die Bankgarantien zur Befriedigung ihrer darüber hinausgehenden Forderungen zu ziehen. Auf die Berechtigung der Mehrkostenforderungen komme es für die Beurteilung der Frage, ob die Garantie zu Unrecht abgerufen worden sei, nicht an. Die Beweislast für deren Berechtigung liege bei der Beklagten.

Die Revision sei zur Frage zuzulassen, ob ein ausdrücklicher Vorbehalt nach Punkt 8.4.2 der ÖNORM B 2110 auch hinsichtlich erfolgter Skontoabzüge erforderlich sei. Gegen die Entscheidung wendet sich die Revision der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil im abweisenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird die Aufhebung begehrt.

### Aus den Entscheidungsgründen

Die Revision ist entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508a (1) ZPO) – Ausspruch des Berufungsgerichts nicht zulässig und wird zurückgewiesen. Das ist kurz zu begründen (§ 510 (3) ZPO).

1. Zur Bestimmung der ÖNORM B 2110 Punkt 8.4.2 („Vorbehaltsregelung“; in früheren Fassungen der ÖNORM B 2110 Punkt 5.30.2 bzw Punkt 2.29.2) liegt bereits Rechtsprechung vor. Sie dient im Wesentlichen dazu, möglichst rasch Klarheit über die Abrechnung zu schaffen (RS0122419 [T6]). Die vorbehaltlose Annahme einer Zahlung des Werkbestellers soll Nachforderungen des Werkunternehmers unzulässig machen (RS0122419 [T3]). Die Bestimmung umfasst (wie schon ihre Vorgängerbestimmungen) insbesondere den Fall, dass der Auftraggeber vom Schlussrechnungsbetrag Abzüge vornimmt und entsprechend weniger bezahlt (RS0070863 [T8, T10, T12]). Die dreimonatige Frist ist eine materiell-rechtliche; die Erklärung des Vorbehalts muss daher dem Werkbesteller am letzten Tag der Frist zugegangen sein (1 Ob 45/04f; *Karasek*, ÖNORM B 2110<sup>4</sup> Rz 83). Die Frage, ob der Werkunternehmer einen ausreichenden Vorbehalt im Sinn der genannten Bestimmung erhoben hat, kann nur nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden und begründet daher in der Regel keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 (1) ZPO (9 Ob 50/23b mwN).

1.1 Hier behauptet die Beklagte selbst nicht, dass sie vor dem Beginn des gegenständlichen Verfahrens Skontoabzüge der Klägerin iSd Punktes 8.4.2 der ÖNORM B 2110 beanstandet hätte, sondern meint, ein solcher Vorbehalt sei nicht erforderlich gewesen. Noch in ihrer Klagebeantwortung hat sie im Übrigen die jeweils zu ihren Teilrechnungen erhaltenen Netto-Zahlungen „unter Berücksichtigung des gewährten Skontos aus den einzelnen Teilrechnungen“ angeführt und erstmals in ihrem

vorbereitenden Schriftsatz die ihrer Ansicht nach unberechtigten Skontoabzüge aufgeschlüsselt und dazu erklärt, wann ihrer Ansicht nach bei welchen der Teilrechnungen die Klägerin (wegen später als vereinbart erfolgter Zahlungen) unberechtigte Abzüge gemacht habe.

1.2 Sowohl der klare Wortlaut als auch der in ständiger Rechtsprechung betonte Zweck der Regelung in Punkt 8.4.2 der ÖNORM B 2110 spricht für die Ansicht der Vorinstanzen, dass der Werkunternehmer auch für als ungerechtfertigt erachtete Skontoabzüge einen fristgerechten, begründeten Vorbehalt zu erklären hat. Nur so kann möglichst rasch Klarheit über die gesamte Abrechnung der Werklohnforderung geschaffen werden. Im Übrigen ist der Oberste Gerichtshof bereits in der vom Berufungsgericht erwähnten Entscheidung zu 9 Ob 4/16b, in der die Frage der hinreichenden Begründung eines schriftlichen Vorbehalts iSd Punktes 8.4.2 der ÖNORM B 2110 zu beurteilen war, unter anderem auch auf Rechnungskorrekturen in Form von Skontoabzügen inhaltlich eingegangen.

1.3 Eine plausible Begründung für ihre Behauptung, dass die Regelung in Punkt 8.4.2 der ÖNORM B 2110 nur „Leistungskorrekturen“ umfasse, vermag die Beklagte nicht aufzuzeigen. Ihre Annahme, die Regelung betreffe nur „Massenkorrekturen“, während „andere Themen“ davon nicht erfasst seien, übergeht nämlich insbesondere den dritten Satz der Bestimmung, die den Fristbeginn für einen Vorbehalt mit der schriftlichen Bekanntgabe der nachvollziehbaren Herleitung des Differenzbetrags zwischen Schlusszahlung und Rechnungsbetrag ansetzt. Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass ein entsprechender (schriftlicher, begründeter) Vorbehalt gegen sämtliche vom Werkbesteller vorgenommenen Rechnungskorrekturen bzw Zahlungsabzüge erforderlich ist, um die Verfristung von Einwänden des Werkunternehmers gemäß Punkt 8.4.2 der ÖNORM B 2110 zu verhindern.

1.4 Die vom Berufungsgericht aufgeworfene Frage, lässt sich damit schon aufgrund einer klaren, eindeutigen Regelung – hier in Form der ÖNORM B 2110 – lösen, sodass keine erhebliche Rechtsfrage iSv § 502 (1) ZPO vorliegt, selbst wenn eine ausdrückliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur konkreten Fallgestaltung fehlt (vgl RS0042656).

2. Auch mit ihren übrigen Revisionsausführungen vermag die Beklagte keine Rechtsfragen von der Bedeutung gemäß § 502 (1) ZPO aufzuzeigen:

2.1 Die Frage der Beweislast ist dann von Bedeutung, wenn die Beweisergebnisse nach der Überzeugung des Gerichts nicht ausreichen, um einen entscheidungswesentlichen Tatumstand als erwiesen anzunehmen (vgl RS0039903). Negativfeststellungen fallen demjenigen zur Last, den die Beweislast trifft (RS0039903 [T5]).

2.2 Die Beklagte argumentiert zusammengefasst, die angefochtene Entscheidung stehe im Widerspruch zur höchstgerichtlichen Rechtsprechung betreffend die Be-

weislast des Bereicherungsklägers. Die vom Berufungsgericht in seiner Begründung herangezogene Entscheidung 6 Ob 113/20s sei nicht einschlägig und stimme mit der Entscheidung 3 Ob 134/20g nicht überein und der Zweck des § 1170b ABGB werde nicht erfüllt, wenn der Werkbesteller es in der Hand habe, dem Werkunternehmer faktisch den Zugriff auf die Sicherstellung zu verwehren. Im Ergebnis zielt sie darauf ab, dass die Beweislast für die Berechtigung ihrer Kostenmehrforderungen nicht sie treffe, sondern die Klägerin zu beweisen habe, dass ihr die behaupteten Forderungen nicht zustünden.

2.2.1 Die mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz BGBl I 2005/120 eingefügte Bestimmung des § 1170b ABGB sieht eine gesetzliche, vertraglich nicht abdingbare Sicherstellungspflicht des Werkbestellers unabhängig von der Unsicherheitseinrede des § 1052 Satz 2 ABGB vor. Zweck der Regelung ist es, den Insolvenzzrisiken im Bau- und Baunebengewerbe entgegenzuwirken. Die Obliegenheit des Werkbestellers, auf Verlangen des Unternehmers eine Sicherstellung zu leisten, wird mit dem Vertragsabschluss begründet und besteht bis zur vollständigen Bezahlung des Entgelts (6 Ob 65/18d mwN; 9 Ob 30/21h mwN).

2.2.2 Das Recht, Sicherstellung zu begehren, steht dem Werkunternehmer auch bei mangelhafter Bauleistung zu. Diese soll vom Werkbesteller nicht unter Berufung auf die Mangelhaftigkeit verweigert werden können, sodass der Werkunternehmer gemäß § 1170b (2) ABGB die Vertragsaufhebung auch bei mangelhafter Leistungserbringung erklären können soll (9 Ob 30/21h mwN). Damit ist allerdings für die Frage der Zulässigkeit der Verwertung der Sicherstellung durch den Werkunternehmer noch keine Aussage getroffen.

2.2.3 In der Entscheidung 6 Ob 113/20s befasste sich der Oberste Gerichtshof anlässlich einer vom Berufungsgericht als unzulässig erachteten Inanspruchnahme einer Bankbürgschaft für zwischen den Parteien des Werkvertrags strittige Forderungen ausführlich mit den Literaturmeinungen zur Zulässigkeit der Verwertung einer Sicherstellung iSd § 1170b ABGB. Er kam zu dem Ergebnis, dass nach dem klaren Wortlaut des § 1170b (1) letzter Satz ABGB auch bei Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch die Sicherstellung aufrecht zu erhalten sei, auch wenn die Einwendungen sich als unbegründet erweisen würden. Die Überlegung des Berufungsgerichts, dass die Unternehmerin die Bankbürgschaft nicht zur (teilweisen) Begleichung ihrer Rechnung hätte verwenden dürfen, sei daher zutreffend.

2.2.4 Auch in der Literatur wird für die Zulässigkeit der Verwertung der Sicherheit nach § 1170b ABGB durch den Unternehmer die Fälligkeit der (gesicherten) Werklohnforderung sowie Zahlungsverzug des Bestellers vorausgesetzt (*Schopper* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> [Klang], § 1170b ABGB Rz 113 mwN; *Böhler* in

Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB<sup>4</sup> § 1170b Rz 35 mwN; *Kietaibl* in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar<sup>6</sup> § 1170b ABGB, Rz 11 bis 13 mwN). 2.2.5 In dem der Entscheidung 3 Ob 134/20g zugrunde liegenden Fall war demgegenüber die Frage zu prüfen, ob die konkrete Ausgestaltung einer Bankgarantie ein taugliches Sicherungsmittel iSd § 1170b ABGB bildete. Der Senat kam zu dem Ergebnis, dass die in der konkreten Bankgarantie vorgesehenen Effektivitätsklauseln die Sicherheit für den Werkunternehmer „völlig entwertet“ hätten und die Klägerin daher – wegen nicht erfolgter fristgerechter Sicherstellung nach § 1170b ABGB – berechtigt vom Vertrag zurückgetreten war. Ein Widerspruch zur Entscheidung 6 Ob 113/20s, wie die Beklagte meint, ist damit nicht zu erkennen.

2.3 Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Klägerin nach Fertigstellung der Arbeiten und Legung der Schlussrechnung durch die Beklagte die für die beiden Subaufträge geforderten Werklohnansprüche – abzüglich der Korrekturen – an die Beklagte ausgezahlt hat. Nach Übermittlung des Schlussrechnungsvorbehalts durch die Beklagte und ihrer – (wie im Revisionsverfahren nicht mehr angezweifelt) unberechtigten – Forderung einer ergänzenden Sicherheitsleistung waren daher die einzelnen Positionen der über die korrigierte Schlussrechnung hinausgehenden Werklohnforderungen der Beklagten strittig. Damit bestand in dem Zeitpunkt, in dem die Beklagte die Bankgarantien zog, keine Fälligkeit der restlichen Werklohnforderungen, sondern genau die Situation, in der die Parteien zunächst – nach den entsprechenden werkvertraglichen Regelungen und Bestimmungen – die Frage der Berechtigung von Schlussrechnungskorrekturen bzw. Mehrkostenforderungen klären mussten. Ausgehend davon bedarf die Ansicht des Berufungsgerichts, die Sicherheiten seien von der Beklagten zu Unrecht abgerufen worden, keiner Korrektur. Fragen der Beweislastverteilung stellen sich in diesem Zusammenhang nicht mehr.

2.3.1 Dem Anspruch der Klägerin hielt die Beklagte ihre behaupteten Kostenmehrforderungen aus dem Werkvertragsverhältnis entgegen. Dass sie die für die Berechtigung ihrer geltend gemachten Ansprüche erforderlichen Tatsachen zu beweisen hatte, folgt schon aus der

allgemeinen Regel, nach der grundsätzlich jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen nachzuweisen hat (RS0037797). Schon deshalb ist die Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, dass die Negativfeststellungen des Erstgerichts (wie zur von der Beklagten behauptete Einigung über Mehrkostenforderungen nach dem ÖBV-Leitfaden [Preisgleitung], oder zum tatsächlichen Ausmaß der Bauzeitüberschreitung und den Gründen hierfür) der Beklagten zur Last fallen. Soweit die Beklagte auch noch in dritter Instanz Ansprüche aus den von den Negativfeststellungen erfassten Sachverhalten ableiten will, muss darauf nicht näher eingegangen werden.

2.3.2 Der behaupteten Forderung aus der Position „Mindermenge Stahl“ liegt zugrunde, dass die Klägerin Stahlträger in drei Gewichtskategorien ausgeschrieben hatte, die die Beklagte jeweils mit dem gleichen Einheitspreis anbot, wobei die Klägerin letztlich Stahlträger der leichtesten Kategorie abrief. Der Ansicht des Berufungsgerichts, dabei handle es sich um einen Kalkulationsirrtum, der zu Lasten der Beklagten gehe, und nicht um eine Leistungsabweichung iSv Punkt 7.4.1 der ÖNORM B 2110, hält die Beklagte lediglich – wie schon in ihrer Berufung – das Beispiel entgegen, dass anstelle der vereinbarten Stahlkonstruktion von 10 t nur eine solche von 10 kg abgerufen wird. Dabei übersieht sie, dass sie die tatsächlich abgerufene Gewichtskategorie – wenn auch allenfalls unrichtig – zu einem bestimmten Einheitspreis angeboten hat, und sie kann damit auch keine Korrekturbedürftigkeit der Entscheidung des Berufungsgerichts aufzeigen. Inwieweit bei dieser Ausgangslage der Anwendungsbereich von § 1168 (1) ABGB eröffnet sein soll, ist nicht zu erkennen. Ob diese Bestimmung vertraglich wirksam abbedungen wurde, kann daher dahinstehen.

2.4 Ausführungen zum unbekämpft in Rechtskraft erwachsenen Abzug von 4.674,10 vom Zahlungsbegehren (die Klägerin hatte in dieser Höhe eine Korrektur der Schlussrechnung für nicht nachgewiesene „Schäden“ vorgenommen und das Erstgericht in dieser Höhe eine Gegenforderung der Beklagten festgestellt) sind entbehrlich, weil es der Beklagten insoweit an einem rechtlichen Interesse fehlt (vgl. RS0006497 [T4]).

## Anmerkung

Von Michael Müller

Die gegenständliche Entscheidung befasst sich mit zwei regelrechten Dauerbrennern der Judikatur zum Bauvertragsrecht: Punkt 8.4.2 der ÖNORM B 2110 und § 1170b ABGB. Beide Bestimmungen waren in jüngster Zeit

mehrfach Gegenstand von OGH-Entscheidungen.

Die Ausführungen des OGH zu Punkt 8.4.2 der ÖNORM B 2110, wonach der AN auch bei ungerechtfertigten Skontoabzügen des AG einen

Vorbehalt zu erklären habe, sind relativ unspektakulär und wenig überraschend. Schließlich entspricht dies, wie auch vom OGH festgehalten, dem Wortlaut dieser ÖNORM-Bestimmung.<sup>2</sup>

Hinterfragenswert und mE auch unrichtig ist jedoch die rechtliche Beurteilung des OGH in Bezug auf § 1170b ABGB:

Zunächst kommt der OGH zum Ergebnis, dass eine Sicherstellung iSd § 1170b ABGB nur dann verwertet werden könne, wenn die gesicherte Werklohnforderung fällig ist und ein Zahlungsverzug des AG vorliegt. Dem ist selbstverständlich zuzustimmen.

Nicht nachvollziehbar ist jedoch die Schlussfolgerung, wonach strittige Forderungen nicht fällig wären und die Parteien – vor Verwertung der Sicherstellung – die Berechtigung der Forderungen klären müssen.<sup>3</sup> Würde man die Ausführungen des OGH wortwörtlich verstehen, könnte der AN zu keinem Zeitpunkt eine offene Werklohnforderung einklagen. Schließlich seien dem OGH zufolge strittige Forderungen nicht fällig. Dies kann jedoch nicht richtig sein, denn wenn dem so wäre, müsste nahezu jede Werklohnklage wegen mangelnder Fälligkeit abgewiesen werden. Dies entspricht sicherlich nicht der Intention des OGH. Vielmehr war vom OGH wohl beabsichtigt (so auch die Entscheidung 6 Ob 113/20s, auf welche er Bezug genommen hat), dass eine Sicherheit sowohl bei begründeten als auch bei unbegründeten (!) Einwendungen des AG gegen den Entgeltanspruch (= strittige Forderungen) aufrechtzuerhalten sei und vom AN nicht verwertet werden dürfe.<sup>4</sup> Der OGH ist offenbar der Ansicht, dass der AN vor Verwertung der Sicherstellung eine Einigung mit dem AG oder ein Urteil zu erwirken habe.

Der OGH stützt sich in der Entscheidung 6 Ob 113/20s im Wesentlichen auf den Wortlaut des § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB. Diese Bestimmung wird vom OGH mE allerdings unrichtig/unvollständig wiedergegeben.<sup>5</sup> Richtigerweise lautet die Bestimmung wie folgt: *„Die Kostentragungspflicht entfällt, wenn die Sicherheit nur mehr wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.“*

Der OGH übersieht mE, dass sich diese Bestimmung (lediglich) auf die Kostentragung bezieht (*„Die Kostentragungspflicht entfällt, wenn ...“*). Erhebt der AG Einwendungen gegen den Entgeltanspruch des AN, muss der AN nicht (zwingend) die Sicherstellung verwerten. Vielmehr kann er damit zuwarten, bis die Umstände geklärt sind. Falls die Einwendungen des AG unberechtigt waren, hat der AN gemäß dieser Bestimmung – in Abweichung von der allgemeinen Kostentragungsregel<sup>6</sup> – dem AG die Sicherstellungskosten nicht zu ersetzen.<sup>7</sup>

Unzureichend auseinandergesetzt hat sich der OGH mE auch mit den Gesetzesmaterialien. Der OGH hat zwar thematisiert, dass der Ministerialentwurf zu § 1170b ABGB ursprünglich noch eine Regelung vorsah, wonach der AN die Sicherstellung nur dann verwerten dürfe, wenn der AG durch ein gerichtliches Urteil erster Instanz zur Leistung der gesicherten Forderung verpflichtet worden ist.<sup>8</sup> Tatsächlich hat dies jedoch nicht Eingang in die Gesetzesbestimmung gefunden. Daraus ist mE der Schluss zu ziehen, dass der Gesetzgeber dies eben gerade nicht regeln wollte. Vielmehr heißt es in den Gesetzesmaterialien sogar, dass

2 ÖNORM B 2110, Punkt 8.4.2 Abs 1: *„Die Annahme der Schlusszahlung auf Grund einer Schluss- oder Teilschlussrechnung schließt nachträgliche Forderungen für die vertragsgemäß erbrachten Leistungen aus, wenn nicht ein Vorbehalt in der Rechnung enthalten ist oder binnen 3 Monaten nach Erhalt der Zahlung schriftlich erhoben wird. Der Vorbehalt ist schriftlich zu begründen.“*

3 Siehe Rz [28] / Punkt 2.3: *„Nach Übermittlung des Schlussrechnungsvorbehalts durch die Beklagte und ihrer – (wie im Revisionsverfahren nicht mehr angezweifelt) unberechtigten – Forderung einer ergänzenden Sicherheitsleistung waren daher die einzelnen Positionen der über die korrigierte Schlussrechnung hinausgehenden Werklohnforderungen der Beklagten strittig. Damit bestand in dem Zeitpunkt, in dem die Beklagte die Bankgarantien zog, keine Fälligkeit der restlichen Werklohnforderungen, sondern genau die Situation, in der die Parteien zunächst – nach den entsprechenden werkvertraglichen Regelungen und Bestimmungen – die Frage der Berechtigung von Schlussrechnungskorrekturen bzw Mehrkostenforderungen klären mussten.“*

4 OGH 6 Ob 113/20s, Punkt 2.6.

5 *„Nach dem klaren Wortlaut des § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB ist die Sicherheit bei Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch ... selbst dann aufrecht zu erhalten, wenn die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.“*

6 § 1170b Abs 1 vorletzter Satz ABGB: *„Die Kosten der Sicherstellung hat der Sicherungsnehmer zu tragen, soweit sie pro Jahr zwei von Hundert der Sicherungssumme nicht übersteigen.“*

7 Vgl Höllwerth, (Kein) Schutz des Werkunternehmers vor Zahlungsunwilligkeit des Auftraggebers?, immo aktuell 2021, 78.

8 Ministerialentwurf zum Handelsrechts-Änderungsgesetz 81/ME XXII. GP, § 1170b Abs 3: *„Sicherstellungen nach Abs. 1 können nur dann verwertet werden, wenn über das Vermögen des Sicherungsgebers ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, wenn ein Antrag auf Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Vermögens abgewiesen worden ist oder wenn der Sicherungsgeber durch ein gerichtliches Urteil erster Instanz zur Leistung der gesicherten Forderung verpflichtet worden ist.“*

nur Vermögenswerte als Sicherstellung in Frage kommen, die eine „rasche und günstige Verwertung ermöglichen“.<sup>9</sup> Die OGH-Entscheidung 6 Ob 113/20s widerspricht daher mE dem *telos* von § 1170b ABGB.<sup>10</sup> Obwohl diese Entscheidung mehrfach kritisiert wurde<sup>11</sup>, hat sich der OGH bei 5 Ob 54/25i damit offenbar nicht auseinandergesetzt.

Sehr wohl Bezug genommen wurde vom OGH jedoch auf die Entscheidung 3 Ob 134/20g. Der OGH führt in 5 Ob 54/25i aus, dass zwischen den fast zeitgleich ergangenen Entscheidungen 6 Ob 113/20s (Zulässigkeit der Verwertung) und 3 Ob 134/20g (Ausgestaltung der Sicherstellung) kein Widerspruch bestehe. Dies ist mE nicht nachvollziehbar.

Auch wenn die beiden Entscheidungen auf den ersten Blick zwei unterschiedliche Aspekte betreffen, bleibt die Problematik jedoch die gleiche. In der Entscheidung 3 Ob 134/20g hat der OGH ua ausgeführt wie folgt: *„Eine Sicherstellung erfüllt den Zweck des § 1170b ABGB nicht, wenn der Werkbesteller es faktisch in der Hand hat, dem Werkunternehmer den (rechtmäßigen) Zugriff darauf zu verwehren. Dies ist immer dann der Fall, wenn der aus der Garantie Begünstigte diese nur mit Zustimmung des Garantieauftraggebers abrufen kann; eine solche Konstellation liegt, wie bereits die Vorinstanzen erkannt haben, insbesondere dann vor, soweit als (alternative) Voraussetzung für den Abruf ein Anerkenntnis der Beklagten oder ein von ihr (mit-)unterfertigtes Übernahmeprotokoll normiert wird. [...] Der Werkunternehmer soll auch vor Zahlungsunwilligkeit geschützt werden. [...] Dass es nicht einmal innerhalb von fünf Monaten, geschweige denn in der der Klägerin, wie soeben dargelegt, in Wirklichkeit wesentlich kürzeren zur Verfügung stehenden Zeit, realistisch gewesen wäre, ein (strittiges) Urteil in einem Bauprozess zu erwirken, haben bereits die Vorinstanzen ausgeführt. [...] Im Hinblick darauf sind die Vorinstanzen zutreffend davon ausgegan-*

*gen, dass die in der Bankgarantie enthaltenen Effektivklauseln diese Sicherheit völlig entwerteten, sodass sie nicht als taugliche Sicherstellung iSd § 1170b ABGB geeignet war.“* Diese rechtliche Beurteilung steht auch im Einklang mit den Gesetzesmaterialien („Vermögenswerte, die eine rasche und günstige Verwertung ermöglichen“).<sup>12</sup>

Vergleicht man diese rechtliche Beurteilung des OGH mit jener in 6 Ob 113/20s (und auch 5 Ob 54/25i), kommt man mE zum Schluss, dass sich diese im Ergebnis widersprechen. Schließlich darf der AN, so der OGH in 6 Ob 113/20s, die Sicherheit nicht verwerten, wenn der AG die Forderungen bestreitet. Ob die Einwendungen des AG berechtigt oder unberechtigt sind, spielt laut OGH keine Rolle. Der AG hat es daher faktisch in der Hand, dem AN den Zugriff auf die Sicherstellung zu verwehren. Gerade dies wollte der OGH in 3 Ob 134/20g jedoch unterbinden. Schließlich soll der AN laut OGH auch vor Zahlungsunwilligkeit des AG geschützt werden.<sup>13</sup> Die rechtliche Beurteilung in 3 Ob 134/20g ist auch nicht vereinzelt geblieben. Vielmehr hat sie der OGH in 9 Ob 30/21h und 1 Ob 44/24p bestätigt.<sup>14</sup>

Die beiden OGH-Entscheidungen 6 Ob 113/20s und 5 Ob 54/25i widersprechen mE auch der gefestigten Judikatur zu Bankgarantien. Schließlich besteht deren Sinn gerade darin, dem Begünstigten eine sichere und durch Einwendungen nicht verzögerte Zahlung zu gewährleisten.<sup>15</sup> Streitigkeiten sollen erst nach der Zahlung abgewickelt werden.<sup>16</sup> Es liegt geradezu im Wesen der Bankgarantie, auf die bloße Behauptung hin, der Garantiefall sei eingetreten, dem Begünstigten zunächst einmal Zahlung zu verschaffen und seinen Vertragspartner auf den Weg einer Rückforderungsklage zu verweisen.<sup>17</sup> Vor diesem Hintergrund ist mE eine Verwertung einer Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB auch bei allfälligen Einwendungen des AG zu-

9 ErlRV 1058 BlgNR XXII. GP, 72.

10 So auch Karasek, Verwertung der Sicherheiten nach § 1170b ABGB, bauaktuell 2025, 221 ff.

11 Höllwerth, (Kein) Schutz des Werkunternehmers vor Zahlungsunwilligkeit des Auftraggebers?, immo aktuell 2021, 78 f; Anderl/Stanke, Zulässigkeit der Inanspruchnahme von Sicherstellungen nach § 1170b ABGB bei unberechtigten Einwendungen des Auftraggebers, bauaktuell 2021, 70 ff; Wenusch, ZRB 2021, 32.

12 ErlRV 1058 BlgNR XXII. GP, 72.

13 Vgl dazu auch Pochmarski/Kober, Der Werkunternehmer soll auch vor Zahlungsunwilligkeit geschützt werden?, bauaktuell 2021, 19 f.

14 Vgl auch RIS-Justiz RS0133403.

15 RIS-Justiz RS0016992.

16 OGH 7 Ob 53/15t, Punkt 6.

17 RIS-Justiz RS0005081; vgl dazu Fink, Kann sich der Werkunternehmer gegen den Abruf einer gemäß § 1170b ABGB erlegten Garantie wehren?, ImmoZak 2024, 77.

lässig, dh der AG kann diese nicht verhindern, in dem er die Forderungen des AN bestreitet. Dies entspricht mE auch dem Sinn und Zweck von § 1170b ABGB („*rasche und günstige Verwertung ermöglichen*“). Stellt sich in weiterer Folge jedoch heraus, dass die Forderungen des AN unberechtigt waren (zB weil berechtigter Mängelinwand des AG), hat der AG einen Rückzahlungsanspruch gegen den AN. Eine Einschränkung besteht jedoch dahingehend, dass der AN eine Bankgarantie nicht rechtsmissbräuchlich in Anspruch nehmen darf. In diesem Fall wäre eine Verwertung unzulässig.<sup>18</sup> Schließlich ist die Schutzwürdig-

keit des Begünstigten aus einer Bankgarantie dann nicht mehr gegeben, wenn er eine Leistung in Anspruch nimmt, obwohl schon eindeutig feststeht, dass er keinen derartigen Anspruch gegen den Dritten hat und daher das Erhaltene jedenfalls sofort wieder herauszugeben hätte. Die Inanspruchnahme der Garantie durch den Begünstigten wäre hier eine missbräuchliche Rechtsausübung.<sup>19</sup> Es ist davon auszugehen, dass die gegenständliche Entscheidung 5 Ob 54/25i nicht das letzte Judikat zu dieser Thematik war. Es bleibt abzuwarten, ob der OGH seine Rechtsprechung korrigieren wird.

## Anmerkung

Von Hermann Wenusch

### Die Entscheidung enthält drei Aspekte:

- Die Notwendigkeit eines Vorbehalts gemäß Pkt 6.4.2 („*Annahme der Zahlung, Vorbehalt*“) der ÖNORM B 2110
- Den Schuldinhalt beim Einheitspreisvertrag
- Die Berechtigung, eine Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB in Anspruch zu nehmen.

Während es dazu, dass es auch bei ungerechtfertigtem Skontoabzug eines Vorbehalts bedarf, wenig zu sagen gibt, sind die Themen „Schuldinhalt bei Einheitspreisvertrag“ und „Berechtigung zur Inanspruchnahme einer Sicherstellung bei einem Bauvertrag“ bemerkenswert.

### Zum Schuldinhalt beim Einheitspreisvertrag:

Die Entscheidung hält fest, dass der Bauherr nur bestimmte Positionen „abgerufen“ hat. Bei einem Einheitspreis werden allerdings nicht Leistungen „abgerufen“. Vielmehr stehen die geschuldeten Leistungen schon bei Vertragsabschluss fest, auch wenn deren Umfang noch nicht (genau) bekannt ist. Das Entgelt für die geschuldete Errichtung wird schließlich nach dem tatsächlich erbrachten Umfang der erbrachten Leistungen berechnet.

„Abgerufen“ werden Leistungen nur bei Rahmenverträgen – Einheitspreisverträge sind aber eben keine Rahmenverträge: Ein Bauunternehmer kalkuliert die von ihm angebotenen Einheitspreise für ein ganz bestimmtes (individuelles) Bauwerk, an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit! Gegenständlich wäre zu fragen, ob dadurch, dass nur Mengen einer – statt auch einer anderen – Position erbracht wurden, die Werkidentität betroffen wurde.

### Zum Recht des Bauunternehmers, eine Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB in Anspruch zu nehmen:

Zu allererst überrascht, dass weitreichende Überlegungen zu § 1170b ABGB angestellt werden, obwohl anscheinend gar keine fälligen Werklohnforderungen bestanden (mit der ganz kleinen Ausnahme von € 4.674,10). Angemerkt werden soll, dass es für ähnliche Konstellationen empfehlenswert erscheint, als Bauunternehmer vorsichtshalber auch eine Zug-um-Zug-Einrede auf Wiederherstellung der Sicherstellung zu erheben: Bis zur (vollständigen) Bezahlung des Entgelts kann der Unternehmer die Sicherstellung verlangen. Wird eine als Sicherstellung gegebene Bankgarantie vorzeitig abgerufen, so verwandelt sich die Sicher-

18 Siehe OGH 1 Ob 44/24p, Punkt 4.2.

19 RIS-Justiz RS0018006.

stellung in eine Bar-Garantie (so wurde dies auch in der zitierten Entscheidung OGH 6 Ob 113/20s ausgesprochen). Wird das Realisat der Garantie nun zurückgezahlt, so besteht keine Sicherstellung mehr – auf eine solche hat der Bauunternehmer aber nach wie vor ein Anrecht (natürlich vorausgesetzt, es besteht noch eine Werklohnforderung). Will man die Inanspruchnahme einer Bankgarantie wirklich „rückgängig“ machen, so kann dies nur durch Wiederherstellung einer Bankgarantie gleichzeitig mit der Zahlung des Garantie-Realisats verwirklicht werden.

Gegenständlich handelt es sich um einen Zurückweisungsbeschluss, der sich in Zusammenhang mit § 1170b ABGB hauptsächlich auf einen anderen Zurückweisungsbeschluss (nämlich OGH 6 Ob 113/20s) bezieht. Gewisse Unschärfen überraschen daher wohl kaum. Deutlich wird dies dadurch, dass der OGH sich nicht mit folgender Passage der Berufungsentscheidung auseinandersetzt: *„Auch wenn eine Erhöhung des Gesamtentgelts – [zB durch] Mehrkostenforderungen – ein Verlangen nach einer Ergänzung der Sicherstellung rechtfertigt, folgt daraus nicht, dass die für die ursprüngliche Auftragssumme gewährte Sicherstellung dazu verwendet werden darf, die strittigen Forderungen aus der Erhöhung einzubringen“* (wozu anzumerken ist, dass mit „Mehrkostenforderungen“ Entgelt für Erschwernisse gemeint sind). Es ist nun nicht ersichtlich, weshalb zwischen ursprünglichem Entgelt und jenem, welches zusätzlich bei Erschwernissen gebührt, zu unterscheiden sein soll. Das wäre fast so, als würde man zwischen dem Entgelt für die Massen des Leistungsverzeichnisses und jenem für darüber hinausgehenden Massen (die nicht aus Leistungsänderungen resultieren) unterscheiden.

Kaum verständlich ist jedenfalls folgende Passage: *„Nach Übermittlung des Schlussrechnungsvorbehalts durch die Beklagte und ihrer – [...] unberechtigten – Forderung einer ergänzenden Sicherheitsleistung waren daher die einzelnen Positionen der über die korrigierte Schlussrechnung hinausgehenden Werklohnforderungen der Beklagten strittig. Damit bestand in dem Zeitpunkt, in dem die Beklagte die Bankgarantien zog, keine Fälligkeit der restlichen Werklohnforderungen, sondern genau die Situation, in der die Parteien zunächst – nach den entsprechenden werk-*

*vertraglichen Regelungen und Bestimmungen – die Frage der Berechtigung von Schlussrechnungskorrekturen bzw Mehrkostenforderungen klären mussten“*. Soll tatsächlich der Umstand, dass eine Forderung strittig ist, deren Fälligkeit berühren?

Ob eine Forderung zu einem bestimmten Zeitpunkt fällig ist, entscheiden schließlich die Gerichte – und zwar im Nachhinein. Bis dahin ist ungewiss, ob eine Entgeltforderung zu Recht besteht, ob sie grundsätzlich fällig ist und ob der „an sich fällige“ Entgeltanspruch durch ein Zurückbehaltungsrecht gehemmt wird. Der Streit darüber tut der allfälligen Fälligkeit jedenfalls keinen Abbruch. Unter Berufung auf den Zurückweisungsbeschluss OGH 6 Ob 113/20s wird ausgesprochen, *„dass nach dem klaren Wortlaut des § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB auch bei Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch die Sicherstellung aufrecht zu erhalten sei, auch wenn die Einwendungen sich als unbegründet erweisen würden“*. Der letzte Satz des § 1170b (1) ABGB ist ein Konditionalsatz, der bloß die Frage regelt, wer im Fall des Falles die Kosten einer bestellten und nach wie vor bestehenden Sicherheit zu tragen hat. Daraus eine Pflicht des Bauunternehmers herzuleiten, wonach er die Sicherheit nicht anrühren darf, erscheint eher gewagt.

Wie in der zitierten Entscheidung OGH 6 Ob 113/20s wird auch in der hier besprochenen Entscheidung nicht thematisiert, dass es ja der Bauherr ist, der der Sicherstellung bestellen und auch aufrecht zu halten hat: Behauptet er, ihm komme ein Zurückbehaltungsrecht zu (womit er ja zugleich erklärt, dass noch nicht der gesamte Werklohn bezahlt ist), so muss er (sic!) die Sicherstellung aufrecht erhalten – er muss zB eine als Sicherheit gegebene Bankgarantie prolongieren. Tut er dies nicht, riskiert er die Aufhebung des Vertrages durch den Bauunternehmer.

Stellt sich schließlich – durch Gerichtsurteil – heraus, dass tatsächlich ein Zurückbehaltungsrecht bestanden hat, so muss der Bauunternehmer (auch) die Kosten, die durch die Prologation auflaufen, tragen; hat das Zurückbehaltungsrecht tatsächlich nicht bestanden, bleibt der Bauherr auf diesen Kosten sitzen – der Bauunternehmer kann gegebenenfalls bereits getragene Kosten zurückfordern.

Wie gesagt: Es besteht eine Pflicht des Bauherrn, die Sicherstellung bei der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts aufrecht zu erhalten. Eine Pflicht des Bauunternehmers, die Sicherstellung nicht anzutasten, lässt sich aus der Regelung der Kostentragung wohl nur reichlich umständlich konstruiert ableiten.

Hat der Bauunternehmer seine Leistung ordnungsgemäß erbracht und besteht eine fällige Werklohnforderung, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb er die Sicherstellung dafür nicht in Anspruch nehmen können soll. Daran kann sich auch nichts ändern, wenn der Bauherr unberechtigterweise ein Zurückbehaltungsrecht behauptet (oder die Höhe des Entgelts bestreitet). Nur: Ob dies der Fall ist, stellt sich im Streitfall erst durch ein Gerichts-

urteil heraus – bis dahin schwebt über beiden ein Damoklesschwert ...

Interessant ist sicher noch die Frage der Beweislast. Allgemein gilt: Bis zu Übernahme muss der Werkunternehmer beweisen, dass er ordnungsgemäß geleistet hat. Nimmt der Werkunternehmer die bestellte Sicherstellung als Zahlung in Anspruch und fordert der Werkbestellung die Rückgängigmachung (Wiederherstellung der Sicherheit), so stellt sich die Frage, ob sich daran etwas ändert. Ohne dies hier zu Ende zu denken, drängt sich wohl ein Vergleich mit dem Eigentumsvorbehalt auf, weil der Schutz, der sich aus einem Eigentumsvorbehalt für den Vorbehaltsverkäufer ergibt, offenbar durch § 1170b ABGB irgendwie nachgebildet werden soll.