

Zu den Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts nach § 1170b ABGB (Sicherstellungsrecht des Werkunternehmers) am Beispiel der Mängelbehebung nach der ÖNORM B 2110

Georg Seebacher / Lukas Andrieu

Aus Sicht der anwaltlichen Baupraxis ist vermehrt zu beobachten, dass Bauunternehmer auch noch nach Übergabe vom Bauherrn Sicherstellung nach § 1170b ABGB verlangen. Bei Vorliegen von Mängeln herrscht zwischen Werkunternehmern und Bauherren oft Streit darüber, welche Rechtsfolgen ausgelöst werden, wenn der Bauherr dem Sicherstellungsbegehren in dieser Projektphase nicht nachkommt. Wird die Sicherstellung nicht geleistet, erklärt der Werkunternehmer – wie in § 1170b ABGB vorgesehen – in der Regel die Vertragsaufhebung. Ist die Bauleistung zu diesem Zeitpunkt mangelhaft, stellt sich die Frage, ob und wie sich der Vertragsrücktritt des Werkunternehmers auf vertragliche Zurückbehaltungsrechte oder Regelungen zur Mängelbehebung auswirkt. ZB sieht Punkt 10.4 der ÖNORM B 2110¹ vor, dass der Bauherr den Werklohn bis zur Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme der Mängelbehebung zurückhalten darf. Doch sind diese oder vergleichbare Regelungen auch noch nach dem Vertragsrücktritt anwendbar?

1. Grundgedanke des Sicherstellungsrechts nach § 1170b ABGB¹

Nach § 1170b ABGB kann der Werkunternehmer vom Werkbesteller ab Vertragsschluss für noch ausstehendes Entgelt eine Sicherstellung bis zur Höhe eines Fünftels (20 %) des vereinbarten Entgelts, bei Verträgen, die innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, aber bis zur Höhe von zwei Fünfteln (40 %) des vereinbarten Entgelts verlangen.²

Laut den Gesetzesmaterialien sollten durch § 1170b ABGB³ in Anlehnung an die Bauhandwerkersicherung des deutschen BGB⁴ gesetzliche Vorkehrungen zur Verminderung der Insolvenzen im Bau- und im Baunebengewerbe geschaffen werden.⁵ Das ABGB sieht damit eine gesetzliche, vertraglich unabdingbare Sicherstellungspflicht des Werkbestellers (unabhängig von der Unsicherheitseinrede nach § 1052 ABGB) vor.

Kommt der Besteller dem Verlangen des Unternehmers auf Leistung einer Sicherstellung nicht, nicht ausreichend oder nicht rechtzeitig nach, so kann der Unternehmer nach § 1170b Abs 2 ABGB seine Leistung verweigern und unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung erklären.

Im Gesetz ist durch einen expliziten Verweis klargestellt, dass für den Vertragsrücktritt die Grundsätze des § 1168 Abs 2 ABGB gelten. Das ist nachvollziehbar, da die vom Bauherrn als Besteller (mangels Erlags der Sicherstellung) zu verantwortende Vertragsauflösung einer Vereitelung des Werks im Sinne des § 1168 Abs 1 ABGB gleich-

zuhalten ist.⁶ Dem Unternehmer gebührt folglich das vereinbarte Entgelt; er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er sich infolge des Unterbleibens der Arbeit erspart hat. Die Fälligkeit tritt also ein, obwohl das Werk nicht vollendet ist.⁷ Nähere Ausführungen zu den Rechtsfolgen eines solchen Rücktritts (vor allem im Falle des Vorliegens von Mängeln) enthält § 1170b ABGB jedoch nicht.

2. Gesetzliches und vertragliches Zurückbehaltungsrecht bei Mängeln

Aus dem Zug-um-Zug-Prinzip (§ 1052 Satz 1 ABGB) ergibt sich, dass der Bauherr dem Werkunternehmer grundsätzlich die Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrages entgegensetzen kann, solange der Werkunternehmer seine Leistung nicht in der vereinbarten Art und Weise erbracht hat. Zur Sicherung seines Mängelbehebungsanspruchs steht dem Bauherrn beim ABGB-Vertrag deshalb das Zurückbehaltungsrecht am Werklohn bekanntlich bis zur Grenze der Schikane (§ 1295 Abs 2 ABGB) zu.⁸ Aus § 1170 Satz 1 ABGB lässt sich vor der Behebung der (verbesserungsfähigen) Mängel außerdem der Einwand mangelnder Fälligkeit ableiten.⁹

Die gesetzliche Regelung wird vor allem bei Bauverträgen häufig abgeändert bzw konkretisiert, da diese Bestimmung von vorleistungspflichtigen Werkunternehmern häufig als unbillig empfunden wird. Die in der Praxis höchst relevante ÖNORM B 2110 ist in Punkt 10.4 („Einbehalt wegen Mängeln“) hier deutlich auftragsnehmerfreundlicher ausgestaltet:

„Wird die Leistung mit Mängeln übernommen, hat der Auftraggeber das Recht, neben dem Haf-



Dr. Georg Seebacher ist Rechtsanwalt in Wien und Graz mit Tätigkeitsschwerpunkt im Bauvertrags- und Ziviltechnikerrecht.



Mag. Lukas Andrieu, LL.M. (Columbia), BSc. ist Rechtsanwalt in Wien und Graz mit Tätigkeitsschwerpunkt im Bau- und Vergaberecht.

1 ÖNORM B 2110: Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm (Ausgabe: 15. 3. 2013).

2 § 1170b ABGB gilt nicht, wenn der Besteller eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein Verbraucher ist.

3 Erstmals eingeführt durch das Handelsrecht-Änderungsgesetz, BGBl I 2005/120.

4 Ehemals § 648a BGB, nunmehr § 650f BGB.

5 ErtRV 1058 BlgNR 22. GP, 72.

6 Krejci in Rummel, ABGB³, § 1168 Rz 37; Karollus/Lukas, Das sogenannte Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers (Teil II), JBl 2001, 766.

7 Karollus/Lukas, JBl 2001, 766 ff.

8 Karasek, ÖNORM B 2110³ (2016) Rz 1961, unter Verweis auf OGH 21. 6. 2011, 1 Ob 93/11z.

9 Karollus/Lukas, JBl 2001, 766 ff.