



ISSUE 08/2012

# Newsletter



## Praxis

### Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB

§ 1170b ABGB soll zur Verminderung der Insolvenzrisiken im Bau- und Baunebengewerbe führen, ist doch der AN aufgrund seiner umfassenden Vorleistungspflicht gemäß § 1170 ABGB dem Insolvenzrisiko des AG in erhöhtem Maße ausgesetzt.

Aus diesem Grund wurde durch Einführung des § 1170b ABGB eine gesetzliche, **vertraglich nicht abdingbare Sicherstellungspflicht des AG** geschaffen, die von einer konkreten Risikosituation, wie etwa der Verschlechterung der Vermögenswerte (vgl. Unsicherheitseinrede § 1052 ABGB), unabhängig ist.

Der AN hat das Recht, ab Vertragsabschluss eine Sicherstellung für das noch ausstehende Entgelt in der Höhe von 20% des offenen Entgeltanspruches zu verlangen (bei kurzfristigen Verträgen, die innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, bis zu 40%). Der zwingende Charakter des § 1170b ABGB macht einen Verzicht bei Vertragsabschluss unzulässig und nichtig (OGH 3 Ob 211/07m). Die Vereinbarung einer höheren Sicherheit ist zulässig, bei Vereinbarung einer niedrigeren Sicherheit kann der AN nachträglich Aufstockung verlangen.

Das Gesetz erwähnt ausdrücklich die zulässigen Sicherstellungsmittel: Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien oder Versicherungen. Andere Sicherheiten, etwa eine Bürgschaft oder eine Hypothek, stellen keine geeigneten Sicherheiten dar. Die Sicherheitsleistung stellt keinen „Vorschuss“ auf den Werklohn dar, sie **darf erst bei Zahlungsverzug des AG verwertet** werden.

Die Kosten der Sicherstellung hat der AN zu tragen, soweit sie pro Jahr 2% der Sicherungssumme nicht übersteigen. Sicherstellungen sind binnen angemessener Frist zu leisten. Kommt der Besteller dem Sicherungsbegehren nicht nach, so kann der Unternehmer seine Leistung verweigern und unter Setzung einer angemessenen Nachfrist gemäß § 1168 Abs 2 ABGB vom Vertrag zurücktreten. **Sicherstellung kann der AN nur von seinem jeweiligen Vertragspartner verlangen**, somit kann der GU vom Bauherren und der Subunternehmer vom GU Sicherstellung verlangen.

Kein Recht auf Sicherstellung besteht jedoch gemäß § 1170b Abs 3 ABGB gegenüber öffentlichen Auftraggebern und Konsumenten im Sinne des KSchG.

**Praxistipp:** Bei Zahlungsverzug des AG Sicherheitsleistung fordern, bei Verweigerung setzt der AG einen Rücktrittsgrund!

Georg Gass, Willheim | Müller Rechtsanwälte

## Judikatur

### Warnpflicht des AN / Adressat der Warnung

Gemäß § 1168a ABGB **muss der AN darauf hinweisen**, wenn der vom AG beigestellte Stoff oder dessen Anweisungen (Baugrund, Materialien, Pläne, etc.) offenbar untauglich bzw. unrichtig sind. Die Warnpflicht besteht auch gegenüber einem sachkundigen AG (RIS RS 0021906), jedoch **grundsätzlich nur im Rahmen der eigenen Leistungspflicht des AN**. Ist die Untauglichkeit für den AN auch bei entsprechender Prüfung nicht erkennbar, entfällt die Warnpflicht (OGH 1 Ob 29/04b). Sie entfällt uU auch, wenn Materialien mit unbekanntem Eigenschaften oder neuartige Bauverfahren zur Anwendung gelangen. Wenn der AN seiner Warnpflicht nachkommt und der AG dennoch auf der Ausführung besteht, wird der AN für daraus resultierende Mängel weder schadenersatz- noch gewährleistungspflichtig. Warnpflichtverletzungen können zum **Verlust des Entgeltanspruches** führen, der AN haftet für die daraus ableitbaren Schäden.

Rechtsunsicherheit bestand hinsichtlich der Frage, gegenüber wem im (häufigen) Falle eines Vertreters des AG auf der Baustelle die Warnung auszusprechen ist. Der OGH (OGH 1 Ob 211/10a) sprach aus, dass es von den Umständen des Einzelfalles abhängt, ob die Warnung gegenüber dem AG selbst oder gegenüber einem von diesem bestellten Bevollmächtigten auszusprechen ist: **Adressat der Warnung ist gemäß § 1168a ABGB grundsätzlich der AG selbst**. Hat der AG einen **ausreichend bevollmächtigten Vertreter**, kann nach der neuen Judikatur des OGH eine Warnung auch diesem gegenüber ausgesprochen werden. Wurde die Warnung, wie hier, gegenüber einem vom AG als „Ansprechperson“ namhaft gemachten Techniker vorgenommen, darf der AN in der Regel auf eine **zumindest schlüssige Bevollmächtigung** zur Empfangnahme von Warnungen vertrauen. Bei Unklarheiten über Reichweite und Inhalt der Befugnisse des Dritten (zB ÖBA, Architekt, etc), ist nicht (nur) diese Person, sondern **auch der AG selbst zu warnen**. Die **Beweislast für die erfolgte Warnung trägt der AN**. Die Warnung muss klar, verständlich und begründet sein, sog. „Alibiwarnungen“, die nicht geeignet sind, die konkrete Gefahr aufzuzeigen, befreien den AN nicht von seiner Haftung! Das ABGB kennt, im Gegensatz zur Warnpflicht nach der ÖNORM B 2110, kein Schriftformgebot. Aufgrund der Beweispflicht raten wir, **die Warnung nachweislich, schriftlich auszusprechen**.

**Praxistipp:** Nicht nur bei Unklarheiten über den Umfang der Vollmacht einer dem AG zurechenbaren, mit der Bauausführung betrauten, Person, sollte eine **Warnung immer auch gegenüber dem AG selbst nachweislich ausgesprochen** werden.

Bernhard Kall, Willheim | Müller Rechtsanwälte

**NEWS +++** Zweitägige Seminarreihe: „Kalkulation und Abrechnung, Grundpfeiler eines erfolgreichen Bauprojektes“, Expertenvortrag für Kalkulanten und Projektverantwortliche, 13+14.11.2012; Referenten: DDr. Katharina Müller und Bmst. Ing. Weber +++ Info unter [www.wmlaw.at/newsounge](http://www.wmlaw.at/newsounge) +++ Anmeldung an [office@wmlaw.at](mailto:office@wmlaw.at), +++ Neu bei WMLAW: Mag. Ayo Viktor Hübl verstärkt seit September das Baurechtsteam. Seine Schwerpunkte liegen im Bauvertrags- und Vergaberecht +++

