

# Die Sicherstellung beim Bauvertrag – wie weit geht die Vertragsfreiheit?

Wie viel Prozent des Werklohns darf der Werkunternehmer unter bestimmten Voraussetzungen vom Werkbesteller fordern? Und welche Ausnahmen gibt es? Alle Informationen im Überblick.

TEXT: KATHARINA MÜLLER

**D**urch die umfassende Vorleistungspflicht des Werkunternehmers (WU) ist das Baugewerbe von jeher einem erhöhten Insolvenzrisiko ausgesetzt. Um dem entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber im Jahr 2005 das Recht auf Sicherstellung des Werkbestellers (WB) eingeführt (§ 1170b ABGB). In der Praxis stellt sich die Frage, inwieweit dieses gesetzlich vorgesehene Recht einzelvertraglich abgeändert werden darf.

## Recht auf Sicherstellung

Gemäß § 1170b ABGB hat der WU das Recht, vom WB Sicherstellung in Höhe von 20 Prozent des vereinbarten Werklohns zu fordern. Bei Verträgen, die innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, kann er bis zu 40 Prozent des vereinbarten Werklohns verlangen. Die Höhe der vom WB zu leistenden Sicherstellung bestimmt sich nach dem noch (ganz oder teilweise) ausstehenden Werklohn. Als Sicherstellungsmittel sieht das Gesetz Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien und Versicherungen vor. Die Auswahl des Sicherstellungsmittels liegt beim WB. Der WU hat die Kosten der Sicherstellung zu tragen, soweit sie nicht mehr als zwei Prozent der Sicherungssumme betragen. Das Recht auf Sicherstellung besteht allerdings nicht gegenüber Konsumenten und öffentlichen Auftraggebern.

Von diesen Ausnahmen abgesehen, kann das Recht auf Sicherstellung vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Es handelt sich dabei um eine einseitig zwingende Regelung, die somit nur zugunsten des WU vertraglich geändert werden darf. Daher ist eine vertragliche Regelung, die den WU im Vergleich zu § 1170b ABGB schlechter stellt, gemäß § 879 Abs 1 ABGB nichtig und damit ungültig.

## Aufforderung zur Sicherstellung

Der WU kann wählen, ob er von seinem Recht auf Sicherstellung Gebrauch macht. Er hat den WB zur Legung der Sicherheit aufzufordern. Benötigt der WU etwa die Sicherheit für die Finanzierung von Baumaterial, kann er den WB auffordern, die Sicherstellung zu leisten. Kommt der WB der Pflicht zur Leistung der Sicherstellung nicht, nicht rechtzeitig oder nicht in der geforderten Höhe nach, kann der WU seine Leistungen einstellen. Neben diesem Leistungsverweigerungsrecht kann er unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten. Im Fall des Rücktritts hat er Anspruch auf eingeschränkten Werklohn gemäß § 1168 Abs 2 ABGB.

## Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten und ihre Grenzen

Den Zeitpunkt der Aufforderung kann der WU, ab Vertragsabschluss, frei wählen. Eine vertragliche Regelung, die dem WU das Recht auf Sicherstellung erst zu einem späteren Zeitpunkt einräumt, so etwa erst ab Baubeginn, kann zulässig sein. Die Sicherstellung soll den vorleistungspflichtigen WU schützen, sodass der festgelegte (spätere) Zeitpunkt mit dem Beginn dieser Vorleistungspflicht im Einklang stehen muss.

Die vertragliche Festlegung eines anderen Sicherungsmittels als den gesetzlich vorgesehenen ist unzulässig. Hingegen können die Parteien im Vertrag ein bestimmtes Sicherungsmittel vereinbaren.

Bei vertraglichen Bedingungen zur Inanspruchnahme des Sicherungsmittels muss der hinter § 1170b ABGB stehende Grundgedanke der möglichst raschen Verwertbarkeit berücksichtigt werden. Diese ist zum Beispiel nicht gewährleistet, wenn die Verwertung einer Bankgarantie von der Bestätigung des WB abhängig gemacht wird. Bedingungen, die der WU auch ohne Mitwirkung des WB erfüllen kann, sind hingegen zulässig.

## Fazit

Für den WU ist wesentlich, dass er im Laufe der Werkherstellung zu jedem Zeitpunkt berechtigt ist, die Sicherstellung in Höhe von 20 Prozent des noch offenen Werklohns vom WB zu fordern. Eine vertragliche Änderung des Rechts auf Sicherstellung ist nur begrenzt möglich und darf den WU nicht noch schlechter stellen, als in § 1170b ABGB vorgesehen wurde. Vertragliche Regelungen, die das Recht auf Sicherstellung beschränken oder ausschließen, sind ungültig. Der WB kann sich daher trotz vertraglicher Vereinbarung nicht auf sie berufen. □

## ZUR AUTORIN

### DDr. Katharina Müller

ist Partnerin bei *Willheim Müller Rechtsanwälte*  
Rockhgasse 6, A-1010 Wien  
[www.wmlaw.at](http://www.wmlaw.at)



Willheim Müller