



universität  
wien

Universität Wien  
Rechtswissenschaftliche Fakultät

## **Exposé der Dissertation**

mit dem vorläufigen Arbeitstitel

# **„Der Werklohnanspruch des Werkunternehmers – Problematiken im Zusammenhang mit der Durchsetzbarkeit des Werklohns“**

Verfasserin  
Mag. iur. Isabella Klepp

angestrebter akademischer Grad  
Doktorin der Rechtswissenschaften (*Doctor iuris*)

Studienkennzahl laut Studienblatt: A 783 101  
Dissertationsgebiet laut Studienblatt: Zivilrecht  
Matrikelnummer: 00952437  
Betreuer: Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner

## A. Einführung in den Dissertationsgegenstand

1. Den aktuellen Ergebnissen des Deloitte Property Index 2018 zufolge gilt Österreich in Sachen Bauvorhaben im internationalen Vergleich als Spitzenreiter.<sup>1</sup> Alleine im Jahr 2017 wurde in Österreich der Bau von 8,6 Wohnungen pro 1.000 Einwohner initiiert.<sup>2</sup> Im Jahr 2017 wurde zudem ein Transaktionsvolumen von 10 Milliarden Euro erreicht.<sup>3</sup> Österreich liegt somit im Vergleich mit 19 Ländern auf Platz 1. Der österreichische Standortberater Standort + Markt und das deutsche Immobilienberatungsunternehmen Bulwiengesa zählen in ihrer aktuellen Marktstudie derzeit 446 laufende Bauprojekte mit knapp 23.900 Eigentums- oder Vorsorgewohnungen in Wien.<sup>4</sup> Auch die Ergebnisse der Konjunkturprognose, durchgeführt vom Wirtschaftsforschungsinstitut WIFO, verzeichnen einen stetigen Anstieg der heimischen Bauproduktion bis ins Jahr 2020.<sup>5</sup> Diese Zahlen zeigen klar die Stärke der heimischen Baubranche sowie den wachsenden Baufortschritt in Österreich auf.
2. Wie unschwer vorstellbar sind im Zuge der Abwicklung eines Bauvorhabens eine Vielzahl an Risikofaktoren zu berücksichtigen, damit ein Bauvorhaben erfolgreich durchgeführt werden kann. Unabdingbar ist hierbei unter anderem eine umfassende Planung, ein strukturierter Zeitplan, eine geeignete Kostenkalkulationen, entsprechende Sicherungsmaßnahmen auf der Baustelle, technisch einwandfreie Ausführungen, liquide Vertragspartner, etc. Für den Fall, dass ein Risikofaktor nicht ausreichend berücksichtigt wird, kann sich ein Bauvorhaben rasch zu einer massiven Kostenfalle entwickeln und als Verlustgeschäft enden. Dies lässt sich beispielsweise anschaulich am medial stark kritisierten Bau der modernsten Krankenanstalt Österreichs darstellen. Laut Rechnungshofbericht vom Mai 2018<sup>6</sup> werden die Gesamtkosten des Bauvorhabens ‚Krankenhaus Nord‘ auf einen Betrag von rund 1,5 Milliarden Euro geschätzt. Die Kosten des Bauvorhabens, welche im März 2010 ursprünglich mit einem Betrag von knapp 825 Millionen Euro angesetzt wurden, haben sich zwischenzeitig beinahe verdoppelt. Als Grund für eine derartige Kostenexplosion nennt der Rechnungshof unter anderem fehlendes „Know-How“ der Entscheidungsträger und einen massiven Kostenanstieg. Ähnlich verhält es sich mit dem Bauvorhaben „Flughafen Berlin“, bei dem die Kosten zwischenzeitig weit über dem ursprünglich vorgesehenen Kostenrahmen liegen.<sup>7</sup>
3. Derartige Bauvorhaben zeigen die Bedeutung und Notwendigkeit von Kostensicherheit im Zusammenhang mit der Abwicklung eines Bauvorhabens für den Werkbesteller im Zeitpunkt der Auftragserteilung. Zu überlegen ist daher, wie das Risiko (nachträglicher) Mehrkostenforderungen

---

<sup>1</sup> Deloitte Property Index 2018

<sup>2</sup> Deloitte Property Index 2018

<sup>3</sup> Deloitte Property Index 2018

<sup>4</sup> 6. Marktstudie zu Neubauprojekten Eigentums- und Vorsorgewohnungen in Wien der Standort + Markt Beratungsgesellschaft m.b.H. und Bulwiengesa AG

<sup>5</sup> Konjunkturprognose, WIFO, Stand 18.10.2018 (<https://www.wko.at/branchen/gewerbe-handwerk/bau/Konjunktur-Statistik.html>)

<sup>6</sup> Rechnungshofbericht Mai 2018, Wien Reihe 2018/6

<sup>7</sup> <https://www.flughafen-berlin-kosten.de>

vermieden oder zumindest eingedämmt werden kann. Ein Ansatz wäre hier beispielsweise dem Werkvertrag einen Kostenvoranschlag des Werkunternehmers zugrunde zu legen, welcher dem Werkbesteller bereits im Zeitpunkt der Auftragserteilung zumindest eine voraussichtliche Baukostenkalkulation ermöglicht. Eine allfällige Überschreitung des Kostenvoranschlages und die Geltendmachung von Mehrkosten – also jene Kosten, die den Kostenvoranschlag überschreiten – lassen sich allerdings auch damit nicht gänzlich vermeiden. Es stellt sich die Frage, ob eine absolute Kostensicherheit zugunsten des Werkbestellers im Bauvertragsrecht überhaupt erzielt werden kann.

4. Kostensicherheit spielt auch auf Seiten des Werkunternehmers eine bedeutende Rolle: laut Insolvenzstatistik des AKV<sup>8</sup> belegte die Baubranche im Jahr 2016 mit insgesamt 978 Insolvenzen Platz eins der branchenbezogenen Insolvenzen. Im Jahr 2017<sup>9</sup> verbesserte sich die heimische Bauproduktion zwar, blieb aber mit insgesamt 828 Insolvenzen noch immer auf Platz zwei. Diese hohe Insolvenzrate ist unter anderem auf den Umstand zurückzuführen, dass der Werkunternehmer für den Werkbesteller in Vorleistung treten muss. Gemäß § 1170 Abs 1 ABGB ist das Entgelt in der Regel erst nach vollendetem Werk zu entrichten. Daraus folgt, dass der Werkunternehmer – sofern nichts anderes vereinbart wurde – seinen Werklohn erst mit Fertigstellung des beauftragten Werkes fordern kann und dadurch mit sämtlichen Leistungen, die er zur Erfüllung des Werkvertrages zu erbringen hat, in Vorleistung tritt.<sup>10</sup> Die Pflicht zur Vorleistung birgt jedoch das Risiko, dass der Werkbesteller nach Vollendung des Werks beispielsweise nicht mehr hinreichend liquide ist, um das vereinbarte Entgelt zu bezahlen. Die Situation der Vorleistungspflicht verschärft sich weiters dadurch, dass dem Werkbesteller ein sogenanntes Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich des gesamten Werklohns im Falle der mangelhaften Leistungserbringung durch den Werkunternehmer zukommt.<sup>11</sup> Dieses Zurückbehaltungsrecht kommt dem Werkbesteller bis zur gänzlichen Mängelbeseitigung zu. Zusätzlich gilt bei der Errichtung von Bauwerken der Grundsatz ‚superficies solo cedit‘ zu berücksichtigen: das Eigentum am Bauwerk folgt dem Eigentum an der Liegenschaft – der Werkunternehmer verliert mit Errichtung des Werkes aufgrund der Verbindung mit der unbeweglichen Hauptsache sein Eigentum.<sup>12</sup> Im Ergebnis zeigt sich, dass der Werkunternehmer im Vergleich zum Werkbesteller bei der Durchführung eines Bauvorhabens einem weitaus größeren (Insolvenz)Risiko ausgesetzt ist. Der Werkunternehmer erbringt seine Leistung nicht Zug-um-Zug, sondern eben in Vorleistung. Zwar besteht die Möglichkeit, im Werkvertrag eine von § 1170 ABGB abweichende Vereinbarung zu treffen, aufgrund des großen Konkurrenzdrucks in der Baubranche

---

<sup>8</sup> Insolvenzstatistik – Vollständige Übersicht aller Insolvenzfälle in Österreich, Gesamtjahr 2016 - Hochrechnung Alpenländischer Kreditorenverband (AKV).

<sup>9</sup> Insolvenzstatistik – Vollständige Übersicht aller Insolvenzfälle in Österreich, Gesamtjahr 2017 – Hochrechnung Alpenländischer Kreditorenverband (AKV).

<sup>10</sup> *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Aufl. 4 (2014) zu § 1170 ABGB, Seite 694.

<sup>11</sup> *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170b ABGB Rz 1.

<sup>12</sup> *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170b ABGB Rz 1.

wird sich ein Werkbesteller auf eine derartige für ihn meist nachteilige Vereinbarung üblicherweise nicht einlassen.

5. Die in der Praxis sohin vermehrt auftretende Insolvenz erklärt das Bedürfnis des Werkunternehmers nach der Sicherstellung seines Werklohns. In diesem Zusammenhang wurde im Jahr 2007 mit dem HaRÄG der Paragraph § 1170b ABGB mit der Überschrift „Sicherstellung bei Bauverträgen“ eingeführt. Ziel dieser Bestimmung ist die Verminderung der ob aufgezeigten Insolvenzrisiken im Bau- und Baunebengewerbe und stellt eine unabdingbare Sicherstellungspflicht des Werkbestellers dar.<sup>13</sup> Selbst nach über 10-jährigen Bestand wirft § 1170b ABGB noch heute in der Praxis eine Vielzahl an ungeklärten und häufig diskutierten Fragen auf.

## **B. Beschreibung des Dissertationsgegenstandes**

1. In der Arbeit sollen ausgewählte Problemstellungen im Zusammenhang mit dem Werklohnanspruch des Werkunternehmers und dessen Durchsetzbarkeit erörtert werden.
2. Kostenvoranschlag
  - a) Sofern dem Vertrag ein Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit zugrunde gelegt wurde, kann der Werkunternehmer gemäß § 1170a Abs 1 ABGB selbst bei unvorhergesehener Größe oder Kostspieligkeit der veranschlagten Arbeiten keine Erhöhung des Entgelts fordern. Den Materialien zur 3. Teilnovelle zufolge sichert der Werkunternehmer mit der Zugrundlegung eines Kostenvoranschlages unter ausdrücklicher Gewähr seiner Richtigkeit zu, „daß der Erfolg mit den einzeln angeführten Arbeiten erreicht werden könne, daher die berechnete Summe das garantierte Maximum des Entgelts darstelle“.<sup>14</sup> Mehrarbeiten fallen daher in den Risikobereich des Werkunternehmers und dürfen von diesem – selbst bei Unvorhersehbarkeit – dem Werkbesteller nicht in Rechnung gestellt werden. Einen den verbindlichen Kostenvoranschlag übersteigenden Werklohnanspruch kann der Werkunternehmer nur in gewissen Ausnahmen – bspw vertraglicher Vorbehalt, Änderungswünsche des Werkbestellers, Mehraufwendungen, die auf Umstände aus der Bestellersphäre zurückzuführen sind<sup>15</sup> – vom Werkbesteller einfordern.<sup>16</sup> Da ein Kostenvoranschlag iSd § 1170a Abs 1 ABGB für den Werkunternehmer naturgemäß ein höheres finanzielles Risiko bedeutet, werden Werkunternehmer wohl nur in Ausnahmefällen bereit sein, einen verbindlichen Kostenvoranschlag iSd § 1170a Abs 1 ABGB anzubieten.
  - b) Die Überschreitung eines unverbindlichen Kostenvoranschlages ist dagegen gemäß § 1170a Abs 2 ABGB zulässig, sofern sich die Überschreitung als beträchtlich sowie auch unver-

<sup>13</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

<sup>14</sup> Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1170a ABGB Rz 7.

<sup>15</sup> RIS-Justiz RS0028222; zuletzt OGH 17.09.2014, 4 Ob 128/14y.

<sup>16</sup> Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1170a ABGB Rz 7.

Der Werklohnanspruch des Werkunternehmers – Problematiken im Zusammenhang mit der Durchsetzbarkeit des Werklohns

meidlich darstellt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Werkunternehmer auch Mehrkosten fordern kann, welche für diesen im Zeitpunkt der Erstellung des Kostenvoranschlages vorhersehbar waren. Die bisherige Judikatur hat sich zu dieser Frage (noch) nicht eindeutig geäußert. In der Literatur hat sich zwischenzeitig die Ansicht gebildet, dass das in Abs 1 ausdrücklich genannte Kriterium der Unvorhersehbarkeit auch die Voraussetzung für den Ersatz der Mehrkosten bei Überschreitung des unverbindlichen Kostenvoranschlages darstellt.<sup>17</sup> *Kletečka* ist der Ansicht, dass eine Überschreitung des Kostenvoranschlages nur dann unvermeidbar ist, wenn eine vertrags-gemäße Herstellung zu dem im Voranschlag prognostizierten Preis nicht möglich ist. Waren die Mehrkosten bei Erstellung des Kostenvoranschlages unter Zugrundelegung des Sorgfaltsmaßstabs des § 1299 ABGB vorhersehbar, schließt dies die Erhöhung des Entgelts ebenso aus wie bei Vermeidbarkeit der Kosten.<sup>18</sup> Anders sieht dies offenbar *Krejci*: „*Unerheblich ist, ob die Überschreitung auf falsche Berechnung des Kostenvoranschlages oder auf unerwartete Kostenerhöhung zurückgeht.*“<sup>19</sup>

- c) Beachtlich erscheint hiezu die weitere Überlegung, dass – entsprechend dem Größenschluss – der Werkunternehmer im Falle der unbeträchtlichen Überschreitung des unverbindlichen Kostenvoranschlages die Mehrkosten vom Werkbesteller jedenfalls einfordern kann. Auch hier stellt sich wiederum die Frage, ob das Kriterium der Unvorhersehbarkeit für den Kostenersatzanspruch entscheidend ist.
- d) Sobald sich eine beträchtliche Überschreitung als unvermeidlich herausstellt, hat der Werkunternehmer gemäß § 1170a Abs 2 S 2 ABGB dies dem Werkbesteller unverzüglich anzuzeigen, widrigenfalls er jeden Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten verliert. Der ständigen Rechtsprechung zufolge verliert der Werkunternehmer den Anspruch auf Werklohn, soweit er den dem Werkbesteller bekanntgegebenen Kostenhöchstbetrag überschreitet.<sup>20</sup> Demnach wird also der unverbindliche Kostenvoranschlag bei Unterbleiben der Anzeige der Überschreitung wie ein Kostenvoranschlag iSd § 1170a Abs 1 ABGB behandelt.<sup>21</sup> Der Werkbesteller verliert sohin sämtliche Mehrkosten, also auch jene, die eine unbeträchtliche Überschreitung des Kostenvoranschlages darstellen. Dies erscheint nicht nachvollziehbar: der Werkunternehmer hat im Falle der unbeträchtlichen und unvermeidlichen Überschreitung des unverbindlichen Kostenvoranschlages selbst ohne Anzeige der Überschreitung Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten zumindest bis zur Grenze der Beträchtlichkeit. Diese scharfe Sanktion folgt nach Ansicht des OGH aus dem Wortlaut des

<sup>17</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170a Rz 15; *Hutter*, Kostenvoranschlag 144 f; *Berlakovičs/Stanke*, Neues zum Kostenvoranschlag, bau aktuell 2016, 86.

<sup>18</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170a Rz 15; ebenso *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Aufl. 4 (2014) zu § 1170a ABGB, Seite 704, Rz 8.

<sup>19</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1170a ABGB Rz 8.

<sup>20</sup> RIS-Justiz RS0022003; zuletzt OGH 15.12.2009, 1 Ob 219/09a.

<sup>21</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170a Rz 23.

§ 1170a Abs 2 ABGB („*widrigenfalls er jeden Anspruch wegen der Mehrarbeit verliert*“).<sup>22</sup> Im Zuge dieser Dissertation sollen die herrschende Judikatur und die Literatur einander kritisch gegenübergestellt und soll erörtert werden, ob der Verlust sämtlicher Mehrkosten bei Unterlassen der Anzeige der Überschreitung des Kostenvoranschlages gerechtfertigt ist.

### 3. Fälligkeit des Werklohns

- a) Wie bereits zuvor ausgeführt, ist der Werkunternehmer – sofern keine von § 1170 Abs 1 ABGB abweichende Vereinbarung getroffen wurde – zur Vorleistung verpflichtet. Im Allgemeinen steht dem Werkbesteller bis zur völligen Erfüllung der Verbindlichkeit des Werkunternehmers, also bis zur Fertigstellung oder vollständigen Verbesserung bestehender Mängel, ein die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags begründendes Leistungsverweigerungsrecht zu. Nach ständiger Rechtsprechung kann der Werkbesteller den gesamten aushaftenden Werklohn bis zur Erfüllung zurückbehalten.<sup>23</sup> Die Fälligkeit des Werklohns ist daher an die mängelfreie Herstellung des Werks gebunden.<sup>24</sup> Liegen Mängel vor wird der Werkbesteller gegen die Werklohnklage des Werkunternehmers die Einrede der mangelnden Fälligkeit nach § 1170 ABGB erheben.<sup>25</sup> Die Fälligkeit des Werklohns kann nur solange hinausgeschoben werden, als ein Verbesserungsanspruch besteht und die Verbesserung im Interesse des Bestellers liegt.<sup>26</sup> Wo eine solche Verbesserung nicht oder nicht mehr in Betracht kommt, ein nach dem Gewährleistungsrecht aufrechter Erfüllungsanspruch gegen den Unternehmer nicht oder nicht mehr besteht, ist auch kein Recht zur Verweigerung der Gegenleistung anzuerkennen.<sup>27</sup> Nach der Rechtsprechung des OGH entfällt das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers insbesondere bei fehlender nötiger Kooperation zur Bewerkstellung der Mängelbehebung durch den Verpflichteten.<sup>28</sup> In der aktuellen Entscheidung vom 23.10.2017 zu 5 Ob 83/17t erkannte der OGH beispielsweise eine Verbesserungsverweigerung darin, dass der Werkbesteller die Verbesserung von unzulässigen Bedingungen (Verpflichtung zum Kostenersatz, Verjährungsverzicht, etc.) abhängig gemacht hat. Zu hinterfragen ist also, wann der Werkbesteller zu Recht die Auszahlung des Werklohns verweigern kann und wann die Fälligkeit des Werklohns schließlich zu bejahen ist. Wann kann dem Werkbesteller ein schikanöses Verhalten entgegengesetzt werden? Es stellt sich auch die Frage, ob dem Werkbesteller das Leistungsverweigerungsrecht bei jeglicher Art von (behebbar, unbehebbar) Mangel zukommt.
- b) Aufgrund des hohen Risikos, welches der Werkunternehmer bedingt durch die gesetzliche Fälligkeitsbestimmung zu tragen hat, ist man in der Praxis zum Teil dazu übergegangen Teilzahlungen

---

<sup>22</sup> OGH 21.02.2001, 10 Ob 82/00g.

<sup>23</sup> RIS-Justiz RS0021872; RS0025221; RS0020161; vgl auch RS0018637; zuletzt OGH 14.08.2018, 3 Ob 49/18d.

<sup>24</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170 Rz 7.

<sup>25</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170 Rz 7.

<sup>26</sup> RIS-Justiz RS0019929; vgl auch OGH 15.10.1992, 8 Ob 1652/92 = RS0018756.

<sup>27</sup> RIS-Justiz RS0021925; OGH 24.05.2016, 4 Ob 14/16m; zuletzt OGH 14.08.2018, 3 Ob 49/18d.

<sup>28</sup> RIS-Justiz RS0019929; zuletzt OGH 06.08.2015, 2 Ob 237/14p.

vom Werkbesteller zu verlangen. Teilzahlungen auf den Werklohn vor der Fertigstellung des Werks, die nicht bestimmte Teilleistungen abgelten sollen, sind als Vorschuss zu qualifizieren.<sup>29</sup> In diesem Fall trifft den Werkbesteller eine Vorleistungspflicht.<sup>30</sup> Die Vereinbarung von Teilzahlungen berührt die Fälligkeit des Werklohns allerdings nicht. Sohin wird die gesetzliche Fälligkeitsbestimmung des § 1170 Abs 1 ABGB nicht abgeändert. Der höchstgerichtlichen Rechtsprechung<sup>31</sup> zufolge kommt dem Werkunternehmer auch dann kein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn der Werkbesteller mit der Zahlung eines Vorschusses säumig ist.<sup>32</sup> Diese herrschende Judikatur gilt kritisch zu hinterfragen, zumal dies zu dem Ergebnis führt, dass der Werkunternehmer selbst bei Nichtzahlung der vertraglich vereinbarten Vorschüsse (möglicherweise ein Indiz für die fehlende Liquidität des Werkbestellers) seine Leistung weiterhin zu erbringen hat. Für den Werkunternehmer folgt daraus aus wirtschaftlicher Sicht eine besonders nachteilige Situation.

- c) Die Bestimmung des § 1170 Abs 1 ABGB ist dispositiver Natur, vertraglich sohin abdingbar.<sup>33</sup> Die Fälligkeit des Werklohns muss sohin nicht an die Fertigstellung des Werks geknüpft werden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Fälligkeit des Werklohns an die Fertigstellung sämtlicher, am Bauvorhaben beteiligter Gewerke geknüpft werden kann. Die mängelfreie Fertigstellung des eigenen Gewerks würde sohin für die Fälligkeit des Werklohns nicht ausreichen. Ebenso wäre vorstellbar, die Fälligkeit des Werklohns an eine positive Behördenabnahme zu knüpfen. Zu überlegen ist, ob derartige Vereinbarungen allenfalls als sittenwidrig zu qualifizieren sind.

#### 4. Sicherstellung

- a) Gemäß § 1170b ABGB steht dem Werkunternehmer gegenüber dem Werkbesteller – nicht allerdings dem Werkbesteller gegenüber dem Werkunternehmer – der Anspruch auf Sicherstellung eines Fünftels des vereinbarten Entgelts, höchstens jedoch das noch ausständige Entgelt zu. Dieser Anspruch ist unabdingbar und entsteht mit Vertragsabschluss. Für den Fall, dass der Werkbesteller die Leistung einer Sicherstellung verweigert, ist der Werkunternehmer nach Ablauf einer angemessenen Frist zur Leistungsverweigerung und schließlich zur einseitigen Vertragsaufhebung berechtigt. Dieser Sicherstellungsanspruch steht in der Praxis häufig in Konflikt mit der gesetzlichen Fälligkeitsbestimmung des § 1170 Abs 1 ABGB. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass der Werkbesteller die Mangelhaftigkeit des Werkes behauptet. In der Praxis wird in diesem Fall von Bauunternehmern oftmals der Behelf der Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB herangezogen: dem Einwand des nicht gehörig erfüllten Vertrages – und somit dem Recht des Werkbestellers bis zur man-

<sup>29</sup> RIS-Justiz RS0021417; zuletzt 18.08.2016, 9 Ob 44/16k.

<sup>30</sup> OGH 24.09.2008, 7 Ob 183/08z; ecolex 2009/109 (313).

<sup>31</sup> OGH 24.09.2008, 7 Ob 183/08z.

<sup>32</sup> *Ruth Wagner*, Vorleistungspflicht des Werkunternehmers auch bei Säumnis des Werkbestellers mit vereinbarten Teilzahlungen, *bauaktuell* 2014, 140.

<sup>33</sup> *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Aufl. 4 (2014) zu § 1170 ABGB, Seite 694.

Der Werklohnanspruch des Werkunternehmers – Problematiken im Zusammenhang mit der Durchsetzbarkeit des Werklohns

gelfreien Herstellung des Werks das vereinbarte Entgelt zurückzubehalten – wird mit der Forderung zur Leistung einer Sicherstellung entgegnet. Sofern sich der Werkbesteller zur Leistung einer Sicherstellung weigert, kann der Werkunternehmer seine Arbeit einstellen und den Werkvertrag gemäß § 1170b Abs 2 iVm § 1168 Abs 2 ABGB aufheben. Dem Werkunternehmer gebührt sohin das vereinbarte Entgelt abzüglich dem, was er sich infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Im Ergebnis gilt der ursprüngliche Vertrag, der Grundlage für die Bauarbeiten war, als aufgehoben. Mit seiner Entscheidung vom 27.09.2016 zu 1 Ob 107/16s hielt der OGH erstmals Folgendes fest:

*„Die vom Werkunternehmer gemäß § 1170b Abs 2 ABGB erklärte Auflösung des Vertrags **beseitigt den Erfüllungsanspruch des Bestellers**, sodass sich dieser auf eine Pflicht zur mängelfreien Herstellung [Anm.: auch Vollendung] des Werks durch den Unternehmer nicht mehr berufen kann. Dem Unternehmer gebührt zufolge des Verweises auf § 1168 Abs 2 ABGB ein entsprechend der Regelung des § 1168 Abs 1 leg cit vermindertes Entgeltanspruch, dem der Besteller mangelnde Fälligkeit, weil das Werk mangelhaft erbracht wurde oder unvollendet blieb, nicht entgegenhalten kann. Für die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags verbleibt nach berechtigter Auflösung des Vertrags nach § 1170b ABGB kein Raum.“* (Hervorhebungen nicht im Original)

- b) Der OGH hat nunmehr festgehalten, dass die Auflösung eines Vertrages nach § 1170b Abs 2 ABGB der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages entgegensteht, jedoch nicht klar zum Ausdruck gebracht, dass der Werkunternehmer im Falle einer mangelhaften Leistung überhaupt berechtigt ist, eine Sicherstellung nach § 1170b ABGB zu fordern.

Die bisherige Literatur bejaht diesen Anspruch.<sup>34</sup>

- c) Die gesetzliche Fälligkeitsbestimmung und die Bestimmungen im Zusammenhang mit der Sicherstellung führen in der Praxis vermehrt zu Konflikten zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer. *Wiesinger* sieht in der Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB beispielsweise ein – mit der ob zitierten Entscheidung nunmehr bestätigtes – Instrument *„unliebsame Pflichten aus dem Bauvertrag mit einem Trick loszuwerden.“*<sup>35</sup> Zu erörtern ist, ob die Forderung einer Sicherstellung im Falle eines mangelhaften Werks überhaupt zulässig ist und welche Ausgestaltung, Abstraktheit und Form eine Sicherstellung zulässigerweise aufzuweisen hat. Das Gesetz gibt hier lediglich eine beispiel-

<sup>34</sup> *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170b Rz 31; *M. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB4 [2014] § 1170b Rz 5; *Högl/H. Wiesinger*, Offene Fragen zu § 1170b ABGB, JBl 2009, 155 [158 f]; *Berlakovits/Stanke*, Kein Zurückbehaltungsrecht nach Vertragsrücktritt gemäß § 1170b ABGB, bau aktuell 2016/6.

<sup>35</sup> *Wiesinger*, Das trickreiche Vermeiden von Gewährleistungsarbeiten – Ein neuer Anwendungsbereich für § 1170b ABGB? bau aktuell 2017, 33.

hafte Aufzählung. In seiner aktuellen Entscheidung vom 05.07.2017 zu 7 Ob 67/17d hielt der OGH fest, dass eine Finanzierungszusage keine Sicherstellung iSd § 1170b ABGB darstellt. Fraglich erscheint ebenfalls, ob eine Vertragsaufhebung stets mit der Verweigerung der Sicherstellung begründet werden kann, insbesondere wenn der Werkbesteller Sittenwidrigkeit einwendet, die geforderte Sicherstellung zu hoch bemessen ist oder das Werk vom Werkunternehmer bereits fertiggestellt und/oder vom Werkbesteller übernommen wurde.

### **C. Ziel der Dissertation**

1. Ziel dieser Arbeit ist es, ausgewählte in der Praxis auftretende Problematiken im Zusammenhang mit der Entlohnung von Werkleistungen herauszuarbeiten. Wie bereits zu Beginn ausgeführt, soll sich meine Dissertation zunächst mit der Frage der Kostensicherheit auf Seiten des Werkbestellers auseinandersetzen. Anschließend wird die Fälligkeit des Werklohns sowie die Thematik ‚Sicherstellung‘ und die damit einhergehenden praktischen Fragen diskutiert. Zum einen soll das Bedürfnis des Werkbestellers nach Kostensicherheit im Zeitpunkt der Beauftragung und zum anderen das Bedürfnis des Werkunternehmers nach Sicherstellung seines Werklohnes während der Bauarbeiten dargelegt werden. Dies unter Erörterung der aktuellen Rechtsprechung und Literatur. Klarstellend wird festgehalten, dass sich diese Arbeit nicht auf Vertragsverhältnisse zwischen Werkunternehmern und Verbrauchern bezieht.
2. In den einzelnen Kapiteln werden die jeweiligen Grundbegriffe im Zusammenhang mit dem Werklohnanspruch erörtert, zumal die Erläuterung dieser Begriffe für das weitere Verständnis erforderlich ist. Im ersten Kapitel wird der zu behandelnde Dissertationsgegenstand abgesteckt. Das zweite Kapitel dieser Dissertation setzt sich mit dem Zustandekommen des Werklohnanspruchs auseinander. Hierbei wird auch auf die unterschiedlichen Vertragstypen eingegangen. Im dritten Kapitel sollen das Instrument Kostenvoranschlag und dessen unterschiedliche Formen behandelt sowie die Zulässigkeit der Überschreitung eines Kostenvoranschlages diskutiert werden. Das vierte Kapitel wendet sich der Fälligkeit des Werklohns und damit in der Praxis zusammenhängende Fragen zu. Insbesondere wird hier auf das Leistungsverweigerungsrecht des Werkbestellers eingegangen. Ebenso soll beleuchtet werden, welche Rechte dem Werkunternehmer im Falle einer vereinbarten Vorleistungspflicht des Werkbestellers zukommen. Die Thematik ‚Sicherstellung‘ soll im fünften Kapitel behandelt werden. Schließlich werden im sechsten Kapitel die Erkenntnisse und im siebten Kapitel das persönliche Fazit aus der Arbeit zusammengefasst.

## **D. Vorläufiges Inhaltsverzeichnis**

1. Dissertationsgegenstand
  - a) Problemaufriss und Abgrenzung des Forschungsgegenstandes
2. Das Zustandekommen des Werklohnanspruchs
  - a) Vereinbarung des Werklohns
    - (i) Einheitspreisvertrag
    - (ii) Pauschalpreisvertrag
    - (iii) Regiepreisvertrag
  - b) Keine Vereinbarung des Werklohns – Angemessenheit des Werklohns
3. Der Kostenvoranschlag gemäß § 1170a ABGB
  - a) Definition des Kostenvoranschlages
  - b) Verbindlicher Kostenvoranschlag nach § 1170a Abs 1 ABGB
  - c) Unverbindlicher Kostenvoranschlag nach § 1170a Abs 2 ABGB
  - d) Zulässigkeit der Überschreitung des Kostenvoranschlages
    - (i) Unverbindlicher und verbindlicher Kostenvoranschlag
    - (ii) ‚Unvorhersehbarkeit‘ als Voraussetzung des Mehrkostenanspruchs bei einer (beträchtlichen oder unbeträchtlichen) Überschreitung eines Kostenvoranschlages?
    - (iii) Bedeutet das Unterlassen der Anzeige der Überschreitung den Verlust der gesamten Mehrkosten?
4. Die Fälligkeit des Werklohnanspruchs nach § 1170 ABGB
  - a) Fälligkeit durch Fertigstellung des Werks
  - b) Fälligkeit durch Rechnungslegung
    - (i) Nachvollziehbarkeit von Rechnungen
    - (ii) Fehlerhafte Rechnungen
  - c) Leistungsverweigerungsrecht des Werkbestellers
    - (i) Mangelhaftigkeit des Werks
    - (ii) Unberechtigte Bedingungen iZm mit der Mängelbehebung
  - d) Vereinbarung einer Vorleistungspflicht des Werkbestellers
    - (i) Allgemeines
    - (ii) Leistungsverweigerungsrecht des Werkunternehmers?
  - e) Kann die Fälligkeit des Werklohns eines Werkunternehmers für sein einzelnes Gewerk an die (mangelfreie) Fertigstellung sämtlicher Gewerke oder an eine positive Behördenabnahme geknüpft werden?
  - f) Fälligkeit des Werklohns als Beginn der Verjährungsfrist?
5. Der Anspruch auf Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB
  - a) Unabdingbarer Anspruch auf Sicherstellung

Der Werklohnanspruch des Werkunternehmers – Problematiken im Zusammenhang mit der Durchsetzbarkeit des Werklohns

- b) Ausgestaltung, Form und Abstraktheit einer Sicherstellung
  - c) Anspruch auf Sicherstellung trotz Fertigstellung des Werks und/oder erfolgter Übernahme durch den Werkbesteller?
  - d) Anspruch auf Sicherstellung im Fall der mangelhaften Leistung?
  - e) Berechtigt die Verweigerung der Sicherstellung stets die Vertragsaufhebung?
    - (i) Zulässigkeit der Vertragsaufhebung im Fall der Forderung einer zu hoch bemessenen Sicherstellung?
  - f) Kann die Forderung einer Sicherstellung sittenwidrig sein?
6. Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse
7. Conclusio

**E. Vorläufiger Zeitplan**

1. Bereits absolvierte Lehrveranstaltungen
  - VO Wohnungseigentumsrecht (LV-Nr. 030450, WiSe 2015)
  - KU ÖNORM B2110 (LV-Nr. 030084, WiSe 2015)
2. WS 2018/2019
  - Erste Literaturrecherche, Konkretisierung des Dissertationsthemas und Erstellung des Exposés
  - Vorstellung des Dissertationsvorhabens – Seminar aus Zivilrecht, IPR und Rechtsvergleichung 030255
  - VO Juristische Methodenlehre 380001
3. SS 2019
  - Absolvierung eines Seminars aus dem Dissertationsfach
  - Absolvierung eines Seminars
  - Intensive Literaturrecherche und Verfassen der Dissertation
4. Herbst 2019
  - Absolvierung eines Seminars aus dem Dissertationsfach
  - Einarbeitung von Ergänzungen und Überarbeitung entsprechend der Korrekturen
5. Winter 2019
  - Finalisieren der Dissertation
  - Defensio

## **F. Vorläufiges Literaturverzeichnis**

### Kommentare

*Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> (2018)

*Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>4</sup> (2014)

*Rummel/Lukas*, ABGB<sup>3</sup> (2014)

*Schwimann*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2014)

*Schwimann*, ABGB Taschenkommentar<sup>4</sup> (2014)

### Aufsätze

*Berlakovits/Stanke*, Kein Zurückbehaltungsrecht nach Vertragsrücktritt gemäß § 1170b ABGB, *bau aktuell* 2016, 217

*Berlakovits/Stanke*, Neues zum Kostenvoranschlag, *bau aktuell* 2016, 86

*Berlakovits/Stanke*, Sicherstellung des Unternehmers, *bau aktuell* 2017, 10

*Friedl*, Werkbesteller nicht zur Zurückhaltung vereinbarter Teilzahlungen berechtigt, *ecolex* 2010/233

*Friedl*, WU kann seine Leistung nicht von Zahlung der Teilrechnungen abhängig machen, *ecolex* 2009/109

*Hoch/Peissl*, Unabdingbare Werklohn-Sicherstellung nicht auf Bauabschnitt beschränkt, *EvBl* 2018/18

*Högl/H. Wiesinger*, Offene Fragen zu § 1170b ABGB, *JBl* 2009, 155

*Holzmeier*, Fälligkeit des Werklohns und dessen Zurückhaltung, *ZRB* 2016, III

*Kall/Gass*, "Nachvollziehbarkeit" von Rechnungen: Anforderungen an die Abrechnungsunterlagen in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung, *ZRB* 2016, I

*Karollus*, Das sogenannte Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers, *JBl* 2001, 677

*Maier-Hülle*, § 1170b ABGB - Sinn und Zweck einer zwingenden Sicherstellung für Werkunternehmer bei Bauverträgen, *immolex* 2007, 230

*Melcher*, Ohne Sicherstellung kein Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers im Bauvertrag, *ecolex* 2017/167

*Panholzer*, Gefahren bei Sicherstellungen am Bau - das "geheimnisvolle Dasein" des § 1170b ABGB, *ZRB* 2016, 107

*Panholzer/Andrieu*, Fälligkeit des Werklohns trotz Mängeln bei Vertragsrücktritt gemäß § 1170b ABGB

Der Werklohnanspruch des Werkunternehmers – Problematiken im Zusammenhang mit der Durchsetzbarkeit des Werklohns

*Wagner*, Vorleistungspflicht des Werkunternehmers auch bei Säumnis des Werkbestellers mit vereinbarten Teilzahlungen, *bau aktuell* 2014, 140

*Wagner*, Zum Einwand der mangelnden Fälligkeit, wenn die eigentliche Leistung des Werkunternehmers nicht (allein) verbessert werden kann, *ZVB* 2015/64

*Wenusch*, Sicherstellung bei Bauverträgen: Kein Zurückbehaltungsrecht des Bestellers bei mangelhafter Teilleistung, *ZRB* 2016, 173

*Wenusch*, Werkvertrag: Überschreitung des Kostenvoranschlags, *ZRB* 2015, 83

Wer auf Gewährleistung besteht, muss auch Sicherstellung leisten, *bau aktuell* 2017, 104

*Wiesinger*, Das trickreiche Vermeiden von Gewährleistungsarbeiten – Ein neuer Anwendungsbereich für § 1170b ABGB? *bau aktuell* 2017, 33

*Wilhelm u.a.*, Fälligkeit des Werklohns: Verbesserung durch Dritte, *ecolex* 2016/288

*Wilhelm u.a.*, Rücktritt vom Vertrag mangels Sicherstellung, *ecolex* 2018/250

*Wilhelm u.a.*, Unberechtigte Bedingungen für Mängelbehebung führen zur Fälligkeit des Werklohns, *ecolex* 2018/48

Sonstiges

6. Marktstudie zu Neubauprojekten Eigentums- und Vorsorgewohnungen in Wien der Standort + Markt Beratungsgesellschaft m.b.H. und Bulwiengesa AG

Deloitte Property Index 2018

Insolvenzstatistik – Vollständige Übersicht aller Insolvenzfälle in Österreich, Gesamtjahr 2016 - Hochrechnung Alpenländischer Kreditorenverband (AKV)

Insolvenzstatistik – Vollständige Übersicht aller Insolvenzfälle in Österreich, Gesamtjahr 2017 – Hochrechnung Alpenländischer Kreditorenverband (AKV)

Konjunkturprognose, WIFO, Stand 18.10.2018 (<https://www.wko.at/branchen/gewerbe-handwerk/bau/Konjunktur-Statistik.html>)

Rechnungshofbericht Mai 2018, Wien Reihe 2018/6