

rechtswidrig. Es ist daher zu prüfen, ob das soeben gewonnene Ergebnis einen unzulässigen Eingriff in das in Art 8 Abs 1 EMRK verankerte Grundrecht auf Achtung des Privatlebens begründen würde. Zu diesem gehört das Recht auf freie Gestaltung der Lebensführung (*Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> § 22 Rz 13), das der Bekl zu seinen Lasten beeinträchtigt sieht.

Grundfreiheiten und Menschenrechte richten sich primär an den Staat, während sie im Privatrecht ihre Verwirklichung im Allgemeinen in Form der mittelbaren Drittwirkung finden. Soweit das nicht durch besondere einfachgesetzliche Normen geschieht, transportiert § 16 ABGB die verfassungsmäßig garantierten Grundrechte in das Privatrecht. Sie dienen damit nicht nur der Absicherung von fundamentalen Freiheiten und Rechten der Bürger gegenüber der Staatsmacht, sondern haben darüber hinaus auch Auswirkungen auf das Verhältnis der Bürger untereinander, indem die durch sie verkörperten Wertungen bei der Auslegung und Lückenfüllung privatrechtlicher Beziehungen zu berücksichtigen sind (4 Ob 186/09 w; RIS-Justiz RS0008993 [T 7]). Zu diesen Grundrechten zählt auch der Schutz des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK (RIS-Justiz RS0008993 [T 8]).

Ein dem Bekl auferlegtes Immissionsverbot greift mittelbar in den von Art 8 Abs 1 EMRK umfassten Schutzbereich ein, da der Bekl sein Leben nicht mehr nach seinen eigenen Vorstellungen leben darf (vgl *Pittl/Gottardis*, Zur Rechtswirksamkeit mietvertraglicher Rauchverbote, wobl 2016, 345 [348]). Dem steht aber dasselbe Grundrecht des Kl gegenüber, der sein

Leben rauchfrei gestalten will und dessen Recht auf freie Lebensgestaltung ebenso beeinträchtigt wäre, würde dem Bekl der unbeschränkte Tabakkonsum in seinen Wohnräumen gestattet sein. Der Kl ist auch in seinem ebenfalls durch Art 8 Abs 1 EMRK geschützten Recht auf Achtung der Wohnung beeinträchtigt, das auch vor Einwirkungen durch Lärm, Gestank oder andere Emissionen schützt (RIS-Justiz RS0125212; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> § 22 Rz 34).

Kommt es zwischen Betroffenenem und Eingreifer zu einer Kollision ein- und desselben Grundrechts, so ist der Schutzbereich der Persönlichkeitsrechte nur durch eine **umfassende Güter- und Interessenabwägung** zu gewinnen, bei welcher dem Interesse am gefährdeten Gut stets auch die Interessen der Handelnden und die der Allgemeinheit gegenübergestellt werden müssen (4 Ob 186/09 w SZ 2009/166; RIS-Justiz RS0008990; *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 16 Rz 12).

Die vorzunehmende Interessenabwägung führt hier zu dem Ergebnis, dass der mit einem Immissionsverbot mittelbar verbundene Eingriff in das Grundrecht auf Seiten des Bekl weniger schwer wiegt als der Eingriff in das Grundrecht auf Seiten des Kl ohne dieses Verbot. Diese Wertung kommt schon in der einfachgesetzlichen Bestimmung des § 364 Abs 2 ABGB zum Ausdruck, deren Ziel die Regelung kollidierender Rechte ist (vgl RIS-Justiz RS0010501). Ein unverhältnismäßiger Eingriff in das geschützte Grundrecht des Bekl liegt durch die Regelung daher nicht vor, zumal es dem Bekl unbenommen ist, jederzeit in seinen Wohnräumen bei geschlossenen Fenstern zu rauchen.

**Hinweis:**

Im hier wiedergegebenen Fall stellt der OGH – nach einer umfassenden Interessenabwägung – die wechselseitige nachbarschaftliche Rücksichtnahme durch eine (detaillierte) Regelung der Jahres- und Uhrzeiten, an denen der Nachbar den Zigarrenrauch des Bekl nicht dulden muss (und dieser daher in seiner Wohnung nur bei geschlossenem Fenster rauchen darf), sicher. Die Entscheidung orientiert sich an den für das Klavierspielen in einer Wohnung als zulässig beurteilten Zeiten (1 Ob 6/99 k; 7 Ob 286/03 i; vgl auch RIS-Justiz RS0010653).

Bei der Beurteilung, ob Immissionen die ortsübliche Nutzung einer Liegenschaft (Wohnung) wesentlich beeinträchtigen, ist nicht auf eine besondere Empfindlichkeit der betroffenen Person, sondern auf das Empfinden eines **durchschnittlichen Bewohners** ab-

zustellen (RIS-Justiz RS0010557). Maßgeblich ist demnach das Empfinden eines Durchschnittsmenschen, der sich in derselben Lage befindet (RIS-Justiz RS0010607). Gefährdet jedoch die Einwirkung die Gesundheit davon betroffener Menschen, so kann sie nicht als ortsüblich beurteilt werden. Ist die Gesundheitsgefährdung oder gesundheitliche Beeinträchtigung wiederum nur auf eine besondere Sensibilität des Nachbarn zurückzuführen, so kann dies für sich allein noch nicht zum Anlass genommen werden, die Einwirkung gänzlich zu untersagen. Vielmehr kommt es darauf an, dass die Immission überhaupt (und nicht nur für übersensible Menschen) gesundheitsgefährdend oder gesundheitsbeeinträchtigend ist. Dafür trifft den Kl die Beweislast (7 Ob 80/14 m).

*Christoph Brenn*



**EvBI 2017/66**

§ 1170 b ABGB  
(§ 1168 ABGB)

OGH 27. 9. 2016,  
1 Ob 107/16 s  
(OLG Graz  
4 R 180/15 w;  
LGZ Graz  
20 Cg 36/14 z)

**→ Keine Einrede der mangelnden Fälligkeit nach Vertragsaufhebung**

**§§ 1168, 1170 b ABGB**

Die vom Werkunternehmer gem § 1170 b Abs 2 ABGB erklärte Auflösung des Vertrags beseitigt den Erfüllungsanspruch des Bestellers, sodass sich dieser auf eine Pflicht zur mängelfreien Herstellung des Werks durch den Unternehmer nicht mehr berufen kann. Dem Unternehmer gebührt zu-

**Sachverhalt:**

Die Bekl ist Eigentümerin einer Liegenschaft mit einem darauf errichteten Bürogebäude und beauftragte

folge des Verweises auf § 1168 Abs 2 ABGB ein entsprechend der Regelungen des § 1168 Abs 1 ABGB verminderter Entgeltanspruch, dem der Besteller mangelnde Fälligkeit, weil das Werk mangelhaft erbracht wurde oder unvollendet blieb, nicht entgegenhalten kann.

die als ARGE auftretenden kl Gesellschaften im Zuge der Generalsanierung des Gebäudes mit Heizungs-, Klima-, Lüftungs- und Sanitärarbeiten, mit Elektroar-

beiten sowie Mess-, Steuerungs- und Regelungstechnik-Arbeiten. Gegen Rechnungslegung sollten auf die vereinbarte Auftragssumme **Abschlagszahlungen** erfolgen. Sowohl für die Abschlagszahlungen als auch für die Bezahlung der Schlussrechnung wurde ein Zahlungsziel von 30 Tagen vereinbart, wobei der Bekl für die Schlussrechnung eine Prüffrist von 60 Tagen eingeräumt wurde. Die Streitparteien vereinbarten, dass von den Abschlagszahlungen ein Deckungsrücklass von 10% und von der Schlussrechnung ein Haftungsrücklass von 5% der Bruttoauftragssumme einbehalten und der Haftungsrücklass durch eine Bankgarantie abgelöst werden kann.

Die Kl stellten der Bekl für einen bestimmten Zeitraum einen Betrag in Rechnung; dieser wurde von einem technischen Büro geprüft und freigegeben. Die Bekl bezahlte den Rechnungsbetrag nicht. Im Oktober 2013 erhoben die Kl gegenüber der Bekl ein **Sicherstellungsbegehren** gem § 1170 b ABGB und begeherten ein Fünftel des insgesamt auf die beauftragten Leistungen entfallenden Entgelts. Sie teilten mit, dass sonst vorerst keine weiteren Leistungen erbracht werden würden. Die Bekl entsprach diesem Sicherstellungsbegehren nicht. Im November 2013 gaben die Kl der Bekl bekannt, ab sofort keine weiteren Leistungen zu erbringen, und setzten ihr für die Leistung des Sicherstellungsbetrags eine Frist, nach deren Verstreichen sie die Vertragsaufhebung in Aussicht stellten. Die Bekl leistete die begehrte Sicherstellung wieder nicht. Die Kl erklärten nach Fristablauf die Aufhebung des Vertrags einschließlich aller Nachtragsaufträge mit sofortiger Wirkung. Im Februar 2015 gab ein österreichisches Bankinstitut im Auftrag der Kl gegenüber der Bekl eine als „Garantie für Hafrücklass“ bezeichnete Erklärung ab.

Die Kl begehren von der Bekl Zahlung des **Entgelts** für die von ihnen erbrachten Leistungen. Der Haftungsrücklass sei durch eine Bankgarantie abgelöst worden; die Bekl schulde den offenen Werklohn. Die Bekl wendete zusammengefasst ein, die Kl hätten das Sicherstellungsbegehren **rechtsmissbräuchlich** erhoben, um sich ihrer Verpflichtung zur vollständigen Erfüllung des Vertrags und der Haftung für die mangelhafte Vertragserfüllung zu entledigen. Die Anlage funktioniere nach wie vor nicht ordnungsgemäß; Mängelbehebungsversuche seien erfolglos gewesen.

Das ErstG verpflichtete die Bekl mit **Teilurteil** zu einem Teil des begehrten Betrags.

Das BerG bestätigte die Entscheidung.

Der OGH gab der Rev der Bekl nicht Folge.

## Aus den Entscheidungsgründen:

### [Fälligkeit – Sicherstellung]

Die Bekl vertritt die Ansicht, auch nach erfolgtem Rücktritt gem § 1170 b Abs 2 ABGB blieben die allgemeinen Regelungen des (Werk-)Vertragsrechts aufrecht, sodass dem Besteller bei einer (behebaren) Mangelhaftigkeit des Werks der **Einwand der mangelnden Fälligkeit** offenstehe. Der Verweis auf § 1168 Abs 2 ABGB regle lediglich die Entgeltreduktion, die sich aus dem Unterbleiben der Ausführung des Werks

ergebe, nicht aber die Folgen, die sich aus einer mangelhaften Werkleistung ergäben.

Die Bestimmung des § 1170 b ABGB wurde mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2005/120, in das ABGB eingefügt und soll den Insolvenzrisiken im Bau- und Baunebengewerbe entgegenwirken (RV 1058 BlgNR 22. GP 72). Sie sieht eine gesetzliche, vertraglich nicht abdingbare **Sicherstellungspflicht** des Werkbestellers unabhängig von der Unsicherheitseinrede des § 1052 Satz 2 ABGB vor, also unabhängig von einer Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse und der Kenntnis davon. Die Sicherstellung nach dieser Gesetzesstelle kann nur bei Werkverträgen verlangt werden, in denen es um die Herstellung oder die Bearbeitung eines Bauwerks selbst, seiner Außenanlagen oder eines Teils davon geht. Kommt der Werkbesteller dem Sicherstellungsverlangen des Werkunternehmers nicht, nicht rechtzeitig oder unzureichend nach, so kann dieser die Erbringung seiner Leistung verweigern (§ 1170 b Abs 2 Satz 2 ABGB) und unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung erklären. Im Zusammenhang mit der Vertragsaufhebung verweist § 1170 b Abs 2 Satz 2 ABGB auf § 1168 Abs 2 ABGB. Mit diesem Verweis soll klargestellt sein, dass der Entgeltanspruch des Unternehmers wie in den Fällen des § 1168 Abs 2 ABGB zu behandeln ist (RV 72 f).

Die **Obliegenheit** (RV 73) des Werkbestellers, auf Verlangen des Unternehmers eine Sicherstellung zu geben, wird mit dem Vertragsabschluss begründet und besteht bis zur vollständigen Bezahlung des Entgelts (*M. Bydlinski* in KBB<sup>4</sup> § 1170 b ABGB Rz 5; ähnlich *Schopper*, Sicherstellung bei Bauverträgen – der neue § 1170 b ABGB, JAP 2006/2007, 53 [57]). Das Recht, Sicherstellung zu begehren, soll dem Werkunternehmer auch bei mangelhafter Bauleistung zustehen und diese vom Werkbesteller nicht unter Berufung auf die Mangelhaftigkeit verweigert werden können, sodass der Werkunternehmer gem Abs 2 leg cit die **Vertragsaufhebung** auch bei mangelhafter Leistungserbringung erklären können soll (*M. Bydlinski*, aaO; *Högl/Wiesinger*, Offene Fragen zu § 1170 b ABGB, JBl 2009, 155 [158 f]; *Hörker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 1170 b ABGB Rz 31; *Schmidinger*, bauaktuell 2011, 42 [44]; krit *Maier-Hülle*, immolex 2007, 230 [232]).

Dass die Kl berechtigt waren, nach § 1170 b Abs 2 ABGB die Vertragsaufhebung zu erklären, ist nicht (mehr) strittig, sodass allein die Rechtsfolgen des Rücktritts zu erörtern sind, die sich nach dem Willen des Gesetzgebers an § 1168 Abs 2 ABGB orientieren sollen.

### [Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung]

§ 1168 Abs 2 ABGB gibt dem Unternehmer die Möglichkeit zur Vertragsaufhebung, wenn der Besteller seine **Mitwirkungspflicht** verletzt. Er kann unter Setzung einer angemessenen Frist erklären, dass der Vertrag „als aufgehoben gelte“, wenn die Mitwirkung weiter unterbleibt. Tatbestandsmäßig liegt ein Sonderfall des § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB vor, weil die unterlas-

**Neue Rsp zur Sicherstellung bei Bauverträgen: Nach Aufhebung des Vertrags wegen nicht (hinreichend) erbrachter Sicherstellung ist der Werklohn für die bereits erbrachten Leistungen fällig.**

sene Mitwirkung der Bestellersphäre zuzuordnen ist (*M. Bydlinski*, aaO § 1168 Rz 8). Mit der vorzeitigen Auflösung des Vertrags nach § 1168 Abs 2 ABGB entfällt die Herstellungspflicht des Unternehmers (*Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1168 ABGB Rz 50). Er behält aber den nach § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB eingeschränkten Entgeltanspruch, weil die Verhinderung in der Ausführung des Werks dem Besteller zuzurechnen ist. Dem Unternehmer gebührt das vereinbarte Entgelt; er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er sich infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Hat der Unternehmer eine Teilleistung erbracht, so ist der darauf entfallene Aufwand vom Besteller zu bezahlen, auch wenn die Teilleistung für ihn wertlos ist. Ist die Leistung allerdings für sich mangelhaft, so ist wegen des gewährleistungsrechtlichen Verbesserungsvorrangs der durch die unterbliebene Verbesserung ersparte Aufwand anzurechnen (8 Ob 14/08 d; *Rebhahn/Kietaibl*, aaO Rz 35; *Högl/Wiesinger*, aaO 159).

Das Konzept des § 1168 ABGB gilt nach dem Willen des Gesetzgebers auch für den Fall eines Rücktritts durch den Unternehmer gem § 1170 b Abs 2 ABGB. Mit der vorzeitigen Auflösung des Vertrags durch einseitige Erklärung des Unternehmers entfällt seine Verpflichtung zur Herstellung (Vollendung) des Werks; sein Entgeltanspruch ist nach § 1168 ABGB beschränkt. Weist die von ihm erbrachte (Teil-)Leistung Mängel auf, muss er sich den durch die unterbliebene Verbesserung **ersparten Aufwand anrechnen** lassen (*Rebhahn/Kietaibl*, aaO § 1170 b ABGB Rz 18 sowie § 1168 ABGB Rz 50 und 35).

Die Fälligkeit des Werklohns kann nur solange hinausgeschoben werden, als ein **Verbesserungsanspruch** besteht und die Verbesserung im Interesse des Bestellers liegt (RIS-Justiz RS0019929; vgl auch 8 Ob 1652/92 RS0018756 [T 8]). Das Leistungsverweigerungsrecht, das die Bekl für sich in Anspruch nimmt, findet seine Rechtfertigung darin, den Unternehmer zu einer geschuldeten Verbesserung seines mangelhaften Werks zu bestimmen. 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 (4 Ob 14/16 m; RIS-Justiz RS0021925).

Mit der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses entfallen grundsätzlich die Erfüllungsansprüche des Bestellers auf Übergabe eines vollendeten und damit mängelfreien Werks (7 Ob 43/14 w). Die Aufhebung des Vertrags gem § 1168 Abs 2 ABGB, auf den die Bestimmung des § 1170 b Abs 2 ABGB verweist, bewirkt daher, dass damit **keine rechtliche Grundlage zur Verweigerung der Gegenleistung** verbleibt. Diesen Aspekt lässt die Bekl außer Acht, wenn sie ungeachtet der – von ihr auch gar nicht in Frage gestellten – Aufhebung des Vertrags durch die kl Gesellschaften gem § 1170 b Abs 2 ABGB darauf beharrt, die allgemeinen Regelungen des Werkvertragsrechts würden – vorbehaltlich der Entgeltreduktion nach § 1168 ABGB – aufrecht bleiben. Die von ihr vertretene Auffassung hätte im Ergebnis zur Folge, dass der Unternehmer zur Erfüllung is einer mängelfreien Herstellung des Werks verpflichtet bliebe, auch wenn er die Vertragsauflösung gem § 1170 b Abs 2 ABGB berechtigt erklärte. Damit wäre dieser Bestimmung aber ein Anwendungsbereich genommen: Der Werkunternehmer bliebe weiterhin im vollen Umfang „vorleistungspflichtig“ und die vom Gesetzgeber angestrebte **Minderung der Insolvenzrisiken** käme nicht zum Tragen. Nach erfolgter Verbesserung stünde dem Werkunternehmer aber auch der vertraglich vereinbarte Werklohn ungeschmälert zu, sodass die vorzeitige Vertragsauflösung ohne Rechtsfolgen bliebe.

[Ergebnis]

Zusammenfassend ergibt sich daher, dass die vom Werkunternehmer gem § 1170 b Abs 2 ABGB erklärte Auflösung des Vertrags den Erfüllungsanspruch des Bestellers beseitigt, sodass sich dieser – ganz wie im Anwendungsbereich des § 1168 ABGB – auf eine Pflicht zur mängelfreien Herstellung 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 verminderter 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 (dazu *Apathy* in KBB<sup>4</sup> § 1052 ABGB Rz 2) durch den Besteller, die die Bekl allein noch zum Gegenstand ihres Rechtsmittels macht, verbleibt daher nach berechtigter Auflösung des Vertrags nach § 1170 b ABGB kein Raum.

**Hinweis:**

Das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers findet seine Rechtfertigung darin, den Unternehmer zu einer geschuldeten Verbesserung seines mangelhaften Werks zu bestimmen. Wo aber eine solche Verbesserung nicht oder nicht mehr in Betracht kommt, ein durch das Gewährleistungsrecht aufrechter Erfüllungsanspruch gegen den Unternehmer nicht oder nicht mehr besteht, ist auch kein Recht zur Verweigerung der Gegenleistung anzuerkennen (RIS-Justiz RS0021925). Das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers erlischt daher, sobald er die Fertigstellung des Werks durch den Unternehmer verhindert (unmöglich macht) oder wenn er

das noch unvollendete Werk von einem Dritten vervollständigen lässt (1 Ob 93/11 z). Ebenso schließt ein Begehren auf Preisminderung das Leistungsverweigerungsrecht aus.

Auch nach einer – vom Unternehmer wegen nicht erbrachter **Sicherstellung** durch den Besteller erklärten – Vertragsaufhebung gem § 1170 b Abs 2 ABGB besteht kein nach dem Gewährleistungsrecht aufrechter Erfüllungsanspruch gegen den Unternehmer mehr, weshalb der Besteller die Gegenleistung nicht mehr unter Hinweis auf offene Gewährleistungsrechte (Verbesserung) verweigern darf.

*Christoph Brenn*



**Anmerkung:**

§ 1170 b ABGB will den Werkunternehmer gegen das mit der Vorleistungspflicht im Baugewerbe zusammenhängende Insolvenzrisiko absichern. Aufgrund der festen Verbindung des Bauwerks mit dem Grund stehen in diesem Bereich sonstige Sicherungsmöglichkeiten (Herausgabe des Werks Zug um Zug gegen Entrichtung des Entgelts, Eigentumsvorbehalt) nicht zur Verfügung (*B. Jud.*, RdW 1998, 248). Dem Unternehmer wird deshalb ab Vertragsschluss ein Sicherstellungsanspruch hinsichtlich des ausstehenden Entgelts eingeräumt. In der Praxis wird die Sicherstellung allerdings oftmals erst eingefordert, wenn im Zuge der Bauausführung Unstimmigkeiten auftreten (*M. Bydlinski* in KBB<sup>5</sup> § 1170 b Rz 1 mwN). Im konkreten Fall berief sich der Unternehmer überhaupt erst auf § 1170 b ABGB, als der Besteller den Werklohn wegen mangelhafter Leistung einbehält.

Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich lediglich mit den Rechtsfolgen des Rücktritts gem § 1170 b Abs 2 ABGB. Ob Sicherstellung nach mangelhafter Erfüllung noch verlangt werden kann, konnte der OGH hingegen – weil im Revisionsverfahren nicht mehr str – offenlassen. Das ist zu bejahen, weil sich auch der verbesserungspflichtige Unternehmer in jener schutzwürdigen Situation befindet, die § 1170 b ABGB zugrunde liegt: Da die Fälligkeit gem § 1170 ABGB erst mit Vollendung des Werks eintritt, berechtigen bereits geringfügige Mängel zur Einbehaltung des gesamten Werklohns (*Kletečka* in ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 1170 Rz 7). Aufgrund der ausstehenden Verbesserungen bleibt die Vorleistungspflicht damit zur Gänze aufrecht. Dass sich der Unternehmer durch die nachträgliche Einforderung der Sicherung bereits dem Insolvenzrisiko des Bestellers ausgesetzt hat, schließt die Anwendbarkeit des § 1170 b ABGB nicht aus. Das Begehren kann ab Vertragsschluss und solange Entgelt aussteht gestellt werden. Es ist damit in Übereinstimmung mit den Erläuterungen (1058 BlgNR 22. GP 72) an keine zeitlichen Schranken geknüpft.

Verweigert der Besteller die Sicherstellung, kann der Unternehmer den Vertrag aufheben, womit sich die in der Entscheidung behandelte Frage nach den Rechtsfolgen stellt. Dass der Entgeltanspruch in diesem Fall bestehen bleibt, stellt einerseits der Verweis auf § 1168 Abs 2 ABGB klar (Erläuterungen 1058 BlgNR 22. GP 73). Andererseits verdeutlicht § 1170 b ABGB, dass dem Unternehmer die Leistungserbringung nur

unter Sicherstellung zugemutet werden soll. Die Sicherstellungsobliegenheit stellt folglich eine zur Ausführung des Werks erforderliche Mitwirkung des Bestellers iSv § 1168 Abs 2 ABGB dar (krit *Schopper*, JAP 2006/2007, 53 [FN 65]).

In der Lehre wurde zwar darauf hingewiesen, dass sich der mangelhaft erfüllende Werkunternehmer auf diese Weise unter Beibehaltung des Entgeltanspruchs von seiner Verbesserungspflicht befreien kann (*Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 155 [159 ff]; *Hörker* in ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 1170 b Rz 31; *Maier-Hülle*, immolex 2007, 230 [232]; *Panholzer*, ZBR 2016, 107 [112 f]; *Schmidinger*, bauaktuell 2012, 42 [44]). Das ist allerdings Konsequenz der Gefahrtragsregel des § 1168 ABGB. Denn ähnlich wie § 1168 a ABGB, nimmt auch § 1170 b ABGB eine Risikoanordnung vor und weist das Unterbleiben der Sicherstellung der Bestellersphäre zu. Gleiches wird für einen verwandten Fall vertreten: Erhebt der gewährleistungspflichtige Unternehmer die Unsicherheitseinrede gem § 1052 S 2 ABGB, kann er die Verbesserung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern. Unterbleibt die Sicherstellung, misslingt die Fertigstellung ebenfalls aus Gründen in der Bestellersphäre. Dem Unternehmer gebührt diesfalls das (um den ersparten Verbesserungsaufwand verminderte) Entgelt gem § 1168 ABGB (*Karollus/Lukas*, JBl 2001, 677, 766 [769 f]). Nichts anderes kann für § 1170 b ABGB gelten, zumal dem Unternehmer damit ein von den Voraussetzungen des § 1052 S 2 ABGB unabhängiges (und insofern weitergehendes) Sicherstellungsrecht eingeräumt wird (Erläuterungen 1058 BlgNR 22. GP 72).

Gegen diesen Entgeltanspruch steht dem Besteller auch kein Leistungsverweigerungsrecht mehr zu. Durch die Leistungsverweigerung soll auf den Werkunternehmer Druck ausgeübt werden, die Verbesserung vorzunehmen, weshalb nach einhelliger Auffassung ein aufrechter Verbesserungsanspruch Voraussetzung ist (*Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> § 1167 Rz 12; RIS-Justiz RS0021925). Mit der Vertragsaufhebung entfällt die Verpflichtung zur Verbesserung und damit auch die Grundlage des Leistungsverweigerungsrechts (zust *Berlakovits/Stanke*, bauaktuell 2016, 217 [220]; *Wagner*, ZVB 2016, 520 [522]; *Wenusch*, ZRB 2016, 173 [177]; *Wiesinger*, bauaktuell 2017, 33 [34]).

Severin Kietaibl,  
WU Wien



## → Kein Unfallversicherungsschutz bei Erfrierungen

### Art 6.1 UA00 (§ 179 VersVG)

→ Erfrierungen sind zwar Gesundheitsschädigungen, aber keine Unfallereignisse. Da sie allmählich anstatt „plötzlich“ auftreten, können sie nur unter Versicherungsschutz fallen, wenn sie durch ein Unfallereignis verursacht wurden (hier verneint, weil die nur allmähliche Änderung der Witterungs- und Umweltbedingungen anlässlich einer hochalpinen Bergtour objektiv nicht ungewöhnlich war).

→ „Plötzlich“ sind zwanglos alle Ereignisse, die sich in einem sehr kurzen Zeitraum unerwartet ereignen. Auch allmählich eintretende Ereignisse können unter den Begriff fallen, wenn sie nur für den VN unerwartet und unvorhergesehen waren. Ein Unfallereignis liegt aber nur dann vor, wenn objektiv für den betroffenen VN kein Grund bestand, mit den konkret eingetretenen Umständen zu rechnen, er davon überrascht wurde und ihnen nicht entgehen konnte. →

### EvBI 2017/67

Art 6.1 UA00  
(§ 179 VersVG)

OGH 28. 9. 2016,  
7 Ob 79/16t  
(OLG Innsbruck  
4 R 35/16b;  
LG Innsbruck  
5 Cg 41/15f)