

Univ.-Ass. Mag. **Dominic Gerstberger**, Linz

Zum Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers bei Vorschussvereinbarungen^{*)}

Vereinbaren die Parteien eines Werkvertrags, dass der Werkbesteller in regelmäßigen Abständen „Vorschüsse“ auf das Werkentgelt zu leisten hat, ist aber das Werk selbst nicht „in gewissen Abtheilungen“ zu errichten, so stellt sich die Frage, ob der Werkbesteller damit unbeschränkt vorleistungspflichtig wird, selbst wenn bereits vorhersehbar ist, dass der Werkunternehmer nicht vertragsgemäß erfüllen wird. Weiters erschwert wird die Problematik, wenn zu den Werkleistungen anderstypische Leistungen, etwa die örtliche Bauaufsicht, hinzutreten und nicht vereinbarungsgemäß ausgeführt werden.

Deskriptoren: Zurückbehaltungsrecht, Vorschuss, Vorschussvereinbarung, Werkvertrag, Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrages, Unsicherheitseinrede, sonstige Leistungshindernisse, analoge Anwendung des § 1052 S 2 ABGB, örtliche Bauaufsicht.

§§ 1052, 1170 ABGB; § 321 dBGB; § 71 UN-K.

Übersicht:

- A. Einleitung
- B. Zurückbehaltungsrecht bei Vorschussvereinbarungen
 - I. Allgemeines
 - II. Zurückbehaltungsrecht nach § 1052 S 1 ABGB
 - III. Schranken der Vorleistungspflicht
 - IV. Unsicherheitseinrede bei sonstigen Leistungshindernissen
 - 1. Allgemeines
 - 2. Analoge Anwendung des § 1052 S 2 ABGB durch die Rsp
 - 3. Planwidrige Lücke
 - 4. Dogmatische Grundlage und Wertungsgleichheit
 - 5. Unsicherheitseinrede in anderen Rechtssystemen
 - 6. Vorübergehende Leistungshindernisse
 - 7. Abgrenzung zur Unmöglichkeit
 - 8. Weiterer Verlauf des Schuldverhältnisses
 - 9. Einschränkungen für Werkverträge
- C. Zurückbehaltungsrecht bei Nichterfüllung der örtlichen Bauaufsicht
 - I. Pflichten im Rahmen der örtlichen Bauaufsicht
 - II. Charakterisierung der Pflichten
 - III. Fälligkeit der Leistungen im Rahmen der örtlichen Bauaufsicht
 - IV. § 1052 S 1 ABGB bei mangelhafter Bauaufsicht
- D. Fazit

^{*)} Dieser Aufsatz basiert auf meiner Seminararbeit im Rahmen des Peter-Rummel-Studienprogramms an der JKU Linz. Für den Anstoß zum Thema, die inhaltliche und organisatorische Betreuung der Seminararbeit und die Anregung zur Publikation sei vor allem Frau Univ.-Prof. Dr. *Silvia Dullinger* gedankt. Außerdem möchte ich em. o. Univ.-Prof. Dr. *Peter Rummel*, Univ.-Prof. Mag. Dr. *Meinhard Lukas*, assoz. Univ.-Prof. Mag. Dr. *Andreas Geroldinger* und Univ.-Ass. Mag. Dr. *Christoph Zehentmayer*, LL.B. für die wertvollen Anregungen danken. Abschließend gilt mein Dank auch den Verantwortlichen des Peter-Rummel-Studienfonds für die Zuerkennung des Förderpreises.

A. Einleitung

Anlass für diese Arbeit gab die literarisch noch zu wenig aufgearbeitete Entscheidung des OGH 10 Ob 10/10h.¹⁾ Im zugrundeliegenden Sachverhalt verpflichtete sich eine Werkunternehmerin zur Erbringung von Architektur- und Ingenieurleistungen inklusive örtlicher Bauaufsicht. Das Entgelt dafür wurde nach Prozentsätzen der Nettoherstellungskosten bemessen. Die Werkbestellerin verpflichtete sich, nach Termin und Betrag bestimmte Teilzahlungen auf das Entgelt zu leisten, der „Rest“ sei „nach Fertigstellung, endgültiger Mängelbehebung und Vorlage der durch die Werkunternehmerin erarbeiteten Kostenfeststellung“ zu zahlen. Die Werkbestellerin ließ einen Teil der Raten und die Schlussrechnung unbeglichen. Das Werk blieb ebenfalls mangelhaft, wobei die Mängel teils auf die Planung, teils auf die örtliche Bauaufsicht zurückzuführen waren.

Der OGH hielt fest, dass der Werklohn gemäß § 1170 ABGB in der Regel nach Vollendung des Werks zu entrichten ist. Von einem Vorschuss werde dann gesprochen, wenn ein Werklohn vor Vollendung des Werks zu leisten ist. Teilzahlungen auf den Werklohn vor Fertigstellung des Werks, die – wie im Anlassfall – nicht bestimmte Teilleistungen abgelten sollen, seien als Vorschüsse zu qualifizieren. Die Werkbestellerin sei also Vorleistungspflichtige der Vorschüsse und insoweit stehe ihr daher das Recht auf Leistungsverweigerung wegen zu behebbender Mängel (gemäß § 1052 S 1 ABGB) nicht zu.

Im Rahmen der Untersuchungen wird in erster Linie die Frage erörtert, ob dem Werkbesteller, der „Vorschüsse“ auf das Entgelt zu leisten verpflichtet ist, ein Leistungsverweigerungsrecht an diesen „Vorschüssen“ zukommt, wenn der Werkunternehmer nicht plangemäß an der Werkherstellung arbeitet.

In einem zweiten Schritt ist zu beleuchten, ob bei einem Vertrag, der Planungs- und Bauleistungen mit örtlicher Bauaufsicht kombiniert, eine Zurückbehaltung der Teilleistungen durch den Bauherren zulässig ist, wenn es hinsichtlich der örtlichen Bauaufsicht zu Leistungsstörungen kommt.

B. Zurückbehaltungsrecht bei Vorschussvereinbarungen

I. Allgemeines

Ausdrücklich normiert findet sich das Leistungsverweigerungsrecht wegen nicht (gehöriger) Erfüllung in § 1052 S 1 ABGB unter den Bestimmungen über den Tauschvertrag. Obwohl im Tauschvertragsrecht (und im Kaufvertragsrecht: § 1062 ABGB) normiert, sind die

¹⁾ OGH 10 Ob 10/10h = JBI 2010, 580 = ecolex 2010, 658 (Friedl).

darin verankerten Regelungen auf alle zweiseitig verbindlichen entgeltlichen Verträge anwendbar.²⁾ Dies gilt grundsätzlich auch für den Werkvertrag.³⁾ Da § 1170 S 1 ABGB für den Regelfall beim Werkvertrag eine Vorleistungspflicht des Werkunternehmers vorsieht, wird § 1052 S 1 ABGB zwar weitgehend überlagert.⁴⁾ Bei den in dieser Arbeit behandelten Vorschussvereinbarungen ist dies aber nicht der Fall, weil – wie im folgenden Kapitel noch zu zeigen sein wird – die Parteien hierbei eine von der dispositiven Bestimmung des § 1170 ABGB abweichende Fälligkeitsregelung treffen.

Für Sukzessivleistungs- und Dauerschuldverhältnisse legte erstmals *F. Bydlinski*⁵⁾ überzeugend dar, warum § 1052 ABGB auch auf diese Anwendung finden soll – und zwar auch in dem Fall, dass die verletzte Pflicht und jene, deren Erfüllung zurückbehalten werden soll, nicht in unmittelbarem Austauschverhältnis zueinander stehen. Begründet wird dies damit, dass die korrespondierenden Teilleistungen nur Bedeutung für die Abwicklung des Geschäftes haben. „Das Streben nach den einzelnen Teilleistungen ist nicht real motivierend für das Versprechen der eigenen Teilleistungen. Die Mittel-Zweck-Relation besteht nur zwischen der Gesamtheit der beiderseitigen Versprechungen.“⁶⁾ Das bedeutet etwa, dass der Arbeitnehmer zwar in der Regel für eine Lohnperiode seine Arbeitsleistung zu kreditieren hat, darüber hinausgehend aber in der nächsten Periode seine Arbeitsleistung zurückhalten kann, solange der Arbeitgeber den Lohn für die Vorperiode nicht bezahlt hat. Diese von *F. Bydlinski* grundgelegte Ansicht ist heute herrschend.⁷⁾

II. Zurückbehaltungsrecht nach § 1052 S 1 ABGB

Wie oben bereits angesprochen, überlagert § 1170 ABGB das Zurückbehaltungsrecht des § 1052 ABGB weitgehend. Jedoch ist § 1170 ABGB dispositiv.⁸⁾ Nur sofern die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben, gibt § 1170 ABGB die Fälligkeit des Werkentgelts vor. In 10 Ob 10/10h hat sich der Werkbesteller verpflichtet, das Werkentgelt in Teilen zu erbringen. Dadurch haben die Parteien das Fälligkeitskonzept des § 1170 ABGB

²⁾ *Aicher* in Rummel, ABGB I³ (2000) § 1052 Rz 1; *Apathy* in KBB, ABGB⁴ (2014) § 1052 Rz 1; *Karollus/Lukas*, Das sogenannte Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers (1. Teil), JBI 2001, 677 (678); *Lukas*, Zession und Synallagma (2000) 180; *Spitzer/Binder* in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ (2014) § 1052 Rz 2; RIS-Justiz RS0020102; RS0019881; zuletzt OGH 10.07.2012, 4 Ob 105/12p = ZRB 2012, 155 (*Wenusch*).

³⁾ *Spitzer/Binder* in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ § 1052 Rz 2.

⁴⁾ Dazu im Detail *Karollus/Lukas*, JBI 2001, 678 f.

⁵⁾ *F. Bydlinski*, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in Dauerschuldverhältnissen, in FS Steinwenter (1958) 140 (insbesondere 148 ff).

⁶⁾ *F. Bydlinski* in FS Steinwenter 148.

⁷⁾ *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 3; *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982) 190; *derselbe*, Kein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers?, in FS Schwarz (1991) 89 (90); *Spitzer/Binder* in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ § 1052 Rz 14; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} (2016) § 1052 Rz 9.

⁸⁾ Siehe nur *Karollus/Lukas*, JBI 2001, 688 f.

abbedungen. Das Werk selbst war außerdem nicht in Teilleistungen gegliedert und auch nicht „in gewissen Abteilungen“ zu verrichten, deshalb lag auch kein Anwendungsfall des § 1170 S 2 ABGB vor.

Die Teilleistungen des Werkbestellers, welche nicht bestimmten Teilleistungen des Werkunternehmers zuordenbar sind, werden vom OGH als „Vorschüsse“ bezeichnet. Dieser Begriff ist aber nicht nach dem allgemeinen Verständnis – wie von *Schey*⁹⁾ grundgelegt – zu lesen, also iS von Leistungen vor Fälligkeit oder Erfüllung einer eventuellen oder künftigen Schuld. Im gegebenen Zusammenhang sind die Vorschüsse nichts anderes als Vorleistungen von Teilen des Werkentgelts, die qua Vereinbarung bereits vor Ablieferung des Werks fällig werden.

Dass diese Teilleistungen (insgesamt) ebenso im Synallagma stehen, wie wenn das Entgelt in einer einzigen Zahlung zu erbringen wäre, ist unzweifelhaft.¹⁰⁾ Der Werkvertrag als gegenseitiger Vertrag bezweckt den Austausch von Werkleistung und Werkentgelt. Da die *Vorschüsse* auch Teil des *Entgelts für die Werkleistung* des Unternehmers sind, stehen auch diese im Austauschverhältnis zur Werkleistung.

Auch der OGH geht in 10 Ob 10/10h von einer Pflichtenbeziehung zwischen Vorschussleistungen und Werkleistung aus, zeigt er doch auf, dass sich ein Zurückbehaltungsrecht aufgrund zu behebender Mängel auf § 1052 ABGB gründen würde.¹¹⁾ Ein solches verneint er lediglich aufgrund des Vorleistungscharakters der Vorschüsse.

Wäre auch das Werk in Teilleistungen gegliedert, könnte der Werkbesteller die Zahlung späterer Raten (nicht nur die nächste Teilleistung¹²⁾) verweigern, wenn der Werkunternehmer mit früheren Teilleistungen säumig ist. Dies muss bei in Teilleistungen gegliederten Werkverträgen ebenso gelten, wie bei Sukzessivleistungs- und Dauerschuldverhältnissen. Der Werkbesteller soll ebenso die Möglichkeit haben, die durch Parteienvereinbarung grundgelegte Leistungsabfolge mit dem Leistungsverweigerungsrecht des § 1052 S 1 ABGB durchzusetzen.

Wie an 10 Ob 10/10h zu sehen ist, wird das *Werk* aber *nicht immer in Teilleistungen gegliedert*. Zum Teil wird lediglich ein *Endfertigstellungstermin* für das Werk festgelegt oder kann – sofern auch ein solcher nicht vereinbart wurde – zumindest eine Fertigstellungsfrist

⁹⁾ *Schey*, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts I – Einleitung – Das Darlehen (1890) 48.

¹⁰⁾ AA wohl *Friedl*, Anmerkung zu OGH 7 Ob 183/08z, *ecolex* 2009, 313 (314).

¹¹⁾ OGH 10 Ob 10/10h = JBI 2010, 580 = *ecolex* 2010, 658 (*Friedl*).

¹²⁾ Siehe dazu *F. Bydlinski* in FS Steinwenter 149 bei und in Fn 40: „Auch Teilverzug des Gegners berechtigt daher grundsätzlich zur Verweigerung der ganzen eigenen Leistung“; als Grenze sieht *F. Bydlinski* lediglich den Verstoß gegen Treu und Glauben bei geringfügigem Teilverzug; *Spitzer/Binder* in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ § 1052 Rz 14.

der Natur der Sache¹³⁾ nach ermittelt werden. In diesen Fällen verletzt der Werkunternehmer seine vertragliche Leistungspflicht nicht, solange er das Werk bis zum Endfertigstellungstermin vollendet.¹⁴⁾ Ein *Zurückbehaltungsrecht* qua Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrags oder – bei Fortdenken der hRsp zu § 1170 ABGB – ein Leistungsverweigerungsrecht wegen mangelnder Fälligkeit¹⁵⁾ *steht dem Werkbesteller* hinsichtlich vereinbarter Vorschüsse insofern *nicht zu*. Dies würde etwa bedeuten, dass der Werkbesteller bis zum vereinbarten Fertigstellungstermin unbeschränkt Vorschüsse leisten müsste; auch dann, wenn der Werkunternehmer noch gar nicht mit der Herstellung des Werks begonnen hat.

III. Schranken der Vorleistungspflicht

Es stellt sich daher die Frage, ob dem Werkbesteller in diesen Fällen andere Möglichkeiten bereitstehen, sich gegen einen untätigen Werkunternehmer zu wehren, zumindest wenn erkennbar ist, dass der Werkunternehmer die Leistung nicht vertragsgemäß erbringen kann oder wird.

In *Deutschland* gibt es Stimmen, die dem Vorleistungspflichtigen die Erfüllung dieser Pflicht nicht mehr zumuten, wenn feststeht, dass eine rechtzeitige Erfüllung der Nachleistung nicht mehr möglich ist.¹⁶⁾ Diese *Beschränkung der Vorleistungspflicht* wird zum Teil auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gestützt.¹⁷⁾ So etwa der BGH: „Diese Vorschrift (Anm: § 321 BGB idF vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz¹⁸⁾ [SMG]) regelt nur den Sonderfall, daß sich nachträglich die Vermögensverhältnisse des Vorleistungsberechtigten – auch ohne sein Verschulden – wesentlich verschlechtern; sie schließt aber nicht aus, daß aus § 242 BGB nach Treu und Glauben auch in der Wirkung weitergehende Beschränkungen der Vorleistungspflicht gerechtfertigt sein können.“¹⁹⁾ „Wird

¹³⁾ Zur Ermittlung der „Fertigstellungsfrist“/des Fertigstellungstermins mangels Vereinbarung durch die Parteien: *Krejci*, Über Bauverzögerungen und ihre Rechtsfolgen, ÖZW 1999, 65 (66); diesem folgend *Schwebisch*, Die gesetzlichen Fälligkeitskonzepte des ABGB (2015) 111; vgl auch RIS-Justiz RS0017598; für Deutschland auch OLG Hamburg 6 U 253/08 = BeckRS 2012, 00716 = JurionRS 2009, 38654.

¹⁴⁾ Die Säumigkeit mit Vorleistungen ist auch Voraussetzung für eine Zurückbehaltung durch den Nachleistungspflichtigen auf Grundlage des § 1052 S 1 ABGB; siehe nur *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 11a; *Spitzer/Binder* in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ § 1052 Rz 14.

¹⁵⁾ Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind nur solche Konstellationen, in denen die Vorschusspflicht gänzlich vom Baufortschritt abgekoppelt ist.

¹⁶⁾ Dazu *Emmerich* in MünchKomm BGB⁷ (2016) § 320 Rz 20 mN aus der deutschen Judikatur.

¹⁷⁾ So noch BGH 13.11.1953, I ZR 140/52 = BGHZ 11, 80 = NJW 1954, 229; *Otto* in Staudinger, BGB II (2001) § 321 Rz 12 befürwortete auch eine analoge Anwendung des § 321 BGB.

¹⁸⁾ dBGBI I 29.11.2001, 3138; in Kraft seit 01.01.2002.

¹⁹⁾ BGH 13.11.1953, I ZR 140/52 Rz 19 = BGHZ 11, 80 = NJW 1954, 229.

durch die positive Vertragsverletzung²⁰⁾ der Vertragszweck derart gefährdet, daß dem vertragstreuen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertrages und damit auch die Bewirkung der ihm nach dem Verträge an sich obliegenden Leistung nicht zugemutet werden kann, so kann er seinerseits die Erfüllung verweigern [...]“²¹⁾ Ein Rückgriff auf § 242 BGB sei aber – so auch ausdrücklich der BGH – nur aufgrund der Rechtslage vor dem SMG erforderlich gewesen. Damals war – wie in Österreich noch heute – die Unsicherheitseinrede auf die Gefährdung der Gegenleistung durch schlechte Vermögensverhältnisse des Nachleistungspflichtigen beschränkt (§ 321 BGB aF).²²⁾ Mit der Novelle wurde auf den Bezug zur schlechten Vermögenslage des Nachleistungspflichtigen verzichtet und der Tatbestand auch auf sonstige Leistungshindernisse (zB Export- oder Importverbote, Kriegsereignisse, Zusammenbrüche von Zulieferern, krankheitsbedingte Ausfälle) ausgedehnt.²³⁾ Der BGH²⁴⁾ nimmt an, dass ein Rückgriff auf den Grundsatz von Treu und Glauben seit dem SMG nicht mehr erforderlich ist, da sich die *Voraussetzungen und Folgen des Leistungsverweigerungsrechts* bei Gefährdung des Gegenleistungsanspruchs nunmehr nach § 321 BGB richten.²⁵⁾ Die Einrede begründen schon solche drohenden Leistungshindernisse, die geeignet sind, die Erbringung der Gegenleistung zu verhindern oder vertragswidrig zu verzögern.²⁶⁾

Das ABGB kennt keine mit § 242 BGB vergleichbare ausdrückliche Normierung des Grundsatzes von Treu und Glauben.²⁷⁾ Viel eher findet man „Treu und Glauben“ nur in einzelnen Bestimmungen in Sondergesetzen.²⁸⁾ Eine Schranke bei derartigen Vorleistungspflichten einzuziehen, bedürfte daher einer ergänzenden Vertragsauslegung nach den von der Judikatur²⁹⁾ zu Treu und Glauben herausgebildeten Grundsätzen.³⁰⁾ Der OGH

²⁰⁾ In casu hat die spätere Beklagte während aufrechem Vertrag mehrere unrichtige Äußerungen hinsichtlich des Abladers bzw hinsichtlich der Finanzierung des Geschäfts getätigt („unzuverlässiges Verhalten“); zum Begriff der „positiven Vertragsverletzung“ siehe *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I Allgemeiner Teil¹⁴ (1987) 367 ff; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil²¹ (2015) Rz 517.

²¹⁾ BGH 13.11.1953, I ZR 140/52 Rz 19 = BGHZ 11, 80 = NJW 1954, 229.

²²⁾ *Gsell* in Soergel, BGB¹³ (2005) § 321 Rz 4 und 28; *Schwarze* in Staudinger, BGB (2015) § 321 Rz 3 f; BGH 11.12.2009, V ZR 217/08 = NJW 2010, 1272 = BB 2010, 386.

²³⁾ Begr RegE, BT-Drucks 14/6040, 179; zur Entwicklung auch *Gsell* in Soergel, BGB¹³ § 321 Rz 4, 28, 35.

²⁴⁾ BGH 11.12.2009, V ZR 217/08 Rz 15 = NJW 2010, 1272 = BB 2010, 386 (fehlender Grundschuldbrief, wodurch die vereinbarte Löschung der Eigentümergrundschuld in absehbarer Zeit nicht zu erwarten war).

²⁵⁾ In diesem Sinne auch *Gsell* in Soergel, BGB¹³ § 321 Rz 35; *Schwarze* in Staudinger, BGB (2015) § 321 Rz 4.

²⁶⁾ BGH 11.12.2009, V ZR 217/08 Rz 15 = NJW 2010, 1272 = BB 2010, 386.

²⁷⁾ *Bezemek*, Die Geschäftsgrundlage im österreichischen Zivilrecht (2010) 77; *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014) § 914 Rz 34; *Heiss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} (2014) § 914 Rz 84; *Vonkilch* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2011) § 914 ABGB Rz 211.

²⁸⁾ Insbesondere § 6 DSGVO hinsichtlich der Verwendung von Daten; § 24 DSGVO hinsichtlich der Informationspflicht des Auftraggebers; § 15 MaklerG hinsichtlich Provisionsvereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs; §§ 56b und e UrhG.

²⁹⁾ Siehe dazu die Nachweise bei *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 914 Rz 34.

scheint – obwohl in diesen Entscheidungen meist zugleich eine Analogie zu § 1052 S 2 ABGB bejaht wird – eine derartige Beschränkung auf Basis des Grundsatzes von Treu und Glauben anzuerkennen.³¹⁾ Methodisch ließe sich eine derartige Beschränkung wohl durch ergänzende Vertragsauslegung erreichen.³²⁾ Vor allem wenn aus der Vereinbarung der Parteien hervorgeht, dass der Werkunternehmer zur Erbringung eines bestimmten Erfolgs bis zu einem festgelegten Zeitpunkt verpflichtet ist, während der Werkbesteller die dazu nötigen Arbeiten durch Vorschüsse vorfinanzieren soll, könnte aus der Zweckwidmung der Vorschusszahlungen abgeleitet werden, dass dem Werkunternehmer keine Vorschüsse nach dem vereinbarten Zeitplan mehr zustehen sollen, wenn feststeht, dass auch er den Zeitplan nicht einhalten kann. Dabei müssten die in Österreich in der ergänzenden Vertragsauslegung Platz findenden Grundsätze von Treu und Glauben aber oftmals gar nicht beansprucht werden. Diese stehen nämlich nach wohl hA hinter anderen Mitteln der Vertragsauslegung, wie dem hypothetischen Parteiwillen und der Verkehrsübung, zurück oder fließen bereits in diese mit ein.³³⁾ In Fällen wie den eben genannten wird wohl der Zweck der Vorschussvereinbarung, nämlich dem Unternehmer zur Durchführung der Arbeiten am Werk vor dessen Fertigstellung Mittel zur Verfügung zu stellen, damit dieser seine Aufwendungen/Kosten abdecken kann, meist nicht geleugnet werden können. Schon diese Absicht der Parteien ist bei der Vertragsauslegung mit zu berücksichtigen und würde wohl häufig zu ähnlichen Ergebnissen führen, wie sie der BGH³⁴⁾ durch Anwendung des § 242 BGB bzw seit dem SMG durch Anwendung des § 321 BGB erzielt hat. Soweit derartige Schranken für die Vorleistungspflicht des Werkbestellers aber weder im Wortlaut des Vertrages noch im erwiesenen übereinstimmenden Willen Deckung finden³⁵⁾ und deshalb eine Vertragsergänzung erforderlich wäre, muss primär nach anwendbaren Bestimmungen des dispositiven Rechts gesucht werden.³⁶⁾

³⁰⁾ In OGH 04.09.1962, 8 Ob 209/62 = EvBl 1963/46, 68 zieht das Höchstgericht ebenfalls zur Beschränkung der Vorleistungspflicht wegen Gefährdung der Nachleistung die Grundsätze von Treu und Glauben heran, bejaht aber quasi im selben Zug eine Analogie zu § 1052 S 2 ABGB.

³¹⁾ RIS-Justiz RS0021099; OGH 04.09.1962, 8 Ob 209/62 = EvBl 1963/46, 68; zuletzt 25.11.1997, 10 Ob 358/97p.

³²⁾ Gegen die Einbeziehung von Treu und Glauben bei ergänzender Vertragsauslegung: *Bezemek*, Geschäftsgrundlage 77 f; aA *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 914 Rz 34.

³³⁾ Siehe nur *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 914 Rz 34; *Heiss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 84 geht gleich davon aus, dass Treu und Glauben bereits dem Fortdenken der tatsächlichen Parteiabsicht und der redlichen Verkehrssitte innewohnt; ähnlich *Vonkilch* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 ABGB Rz 212; wohl auch *Binder/Kolmasch* in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ § 914 Rz 67.

³⁴⁾ Siehe dazu im vorhergehenden Absatz.

³⁵⁾ Siehe dazu *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 914 Rz 20.

³⁶⁾ *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 914 Rz 21.

IV. Unsicherheitseinrede bei sonstigen Leistungshindernissen

1. Allgemeines

Ein denkbares Verteidigungsmittel für den Vorleistungspflichtigen stellt die Unsicherheitseinrede des § 1052 S 2 ABGB dar. Sie bietet ihm die Möglichkeit seine Leistung zu verweigern, wenn die Nachleistung durch schlechte Vermögensverhältnisse des Nachleistungspflichtigen gefährdet ist, die der Vorleistungspflichtige bei Vertragsabschluss nicht kennen musste.

Die hier interessierenden Fälle lassen sich dem Wortlaut des § 1052 S 2 ABGB zwar nicht subsumieren, da diesem zufolge die Unsicherheitseinrede nur dann zusteht, wenn die Nachleistung durch schlechte Vermögensverhältnisse gefährdet ist. *Andere Gefahren für die Nachleistung sind vom Wortlaut nicht erfasst.* Wie das Gesetz aber selbst zeigt, ist diese Wortlautgrenze keine endgültige; die in § 7 ABGB angeordnete Analogie lässt den Wortlaut des Gesetzes stets hinter sich.³⁷⁾

Zwar scheint die üL eine (analoge) Anwendung des § 1052 S 2 ABGB auf Fälle, in denen die Nachleistung aufgrund anderer Umstände als schlechter Vermögensverhältnisse des Nachleistungspflichtigen gefährdet ist, nicht anzuerkennen.³⁸⁾ Ein Teil der Lehre bedenkt aber, dass nicht nur Zahlungsunfähigkeit, sondern generell das „Fehlen der für die Leistungserbringung spezifischen Fähigkeiten“ das Zurückbehaltungsrecht auslösen könne.³⁹⁾ *Mayrhofer* billigt sogar ausdrücklich die analoge Anwendung des § 1052 S 2 ABGB.⁴⁰⁾ Dem Vertragspartner sei die uneingeschränkte Erfüllung der Vorleistungspflicht bei Gefährdung der Nachleistung auch aus anderen Gründen als durch schlechte Vermögensverhältnisse nicht zumutbar.⁴¹⁾ Auch *Karollus* hält eine derartige Analogie für „durchaus naheliegend“.⁴²⁾ Dies würde – angewendet auf die gegenständliche Fallkonstellation – dazu führen, dass der mit den Vorschüssen vorleistungspflichtige Werkbesteller seine Leistung verweigern kann, wenn nach Vertragsschluss⁴³⁾ bekannt wird, dass der Werkunternehmer das Werk nicht vollständig und

³⁷⁾ *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2015) § 6 Rz 144.

³⁸⁾ Ausdrücklich *Wahle* in Klang VI/2² (1978) 72 ff, 101; *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 11a, 31a; wohl auch *Apathy* in KBB, ABGB⁴ § 1052 Rz 4; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 1052 Rz 32.

³⁹⁾ *Spitzer/Binder* in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ § 1052 Rz 88; Hinweise darauf schon bei *Lukas*, *Zession und Synallagma* 184.

⁴⁰⁾ Mit Verweis auf die analoge Anwendung durch die Rsp; dazu gleich in Kapitel B.IV.2.

⁴¹⁾ *Mayrhofer*, *Schuldrecht AT* (1986) 363.

⁴²⁾ *Karollus*, *UN-Kaufrecht* (1991) 88.

⁴³⁾ Das Leistungsverweigerungsrecht des § 1052 S 2 ABGB steht nicht zu, wenn der Vorleistungspflichtige schon bei Vertragsschluss unter Anwendung gehöriger Sorgfalt erkennen hätte müssen, dass der Nachleistungspflichtige seine Leistung nicht vertragsgemäß erbringen wird können (siehe nur *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 30).

rechtzeitig⁴⁴⁾ erbringen wird oder wird können. Ein derartiges Ergebnis wäre in Anbetracht des den Vorschussvereinbarungen regelmäßig zugrunde liegenden Zwecks⁴⁵⁾ auch jedenfalls nicht unangemessen oder unsachgerecht. Ansonsten wäre eine möglicherweise vorliegende Vertragslücke nicht durch Anwendung des dispositiven Rechts, sondern durch Vertragsergänzung zu schließen.⁴⁶⁾ Wie in Kapitel B.III. bereits angedeutet, würde man dabei aber oftmals zu einem ganz ähnlichen Ergebnis kommen.

2. Analoge Anwendung des § 1052 S 2 ABGB durch die Rsp

Auch der OGH⁴⁷⁾ bejaht bereits über Jahrzehnte hinweg eine analoge Anwendung des § 1052 S 2 ABGB auf Fälle, in denen die Leistung nicht aufgrund schlechter Vermögensverhältnisse des Nachleistungspflichtigen gefährdet ist. So etwa in 3 Ob 133/52, wo er annimmt, dass eine Analogie für jene Fälle anzuerkennen sei, in denen die Gegenleistungspflichtige ein Verhalten an den Tag legt, welches die Annahme nahelegt, dass sie ihren Verpflichtungen nicht nachkommen wird.⁴⁸⁾ Die Leistungserbringung durch die Gegenleistungspflichtige war in diesem Fall unabhängig von ihrer Vermögenslage, war sie doch lediglich zur Abgabe einer Erklärung vor einem Notar verpflichtet. Noch weitergehend spricht der OGH in 8 Ob 209/62 aus, dass § 1052 S 2 ABGB nicht nur auf ein den Leistungswillen in Zweifel ziehendes Verhalten, sondern auch dann analog angewendet werden müsse, wenn der Schuldner zur Gegenleistung nicht fähig erscheint.⁴⁹⁾ Dies sei *aufgrund der Gleichheit der Rechtsgründe* erforderlich, womit der OGH – wie noch darzulegen sein wird (siehe Kapitel B.IV.4.) – die wertungsmäßige Ähnlichkeit zu den unmittelbaren Fällen des § 1052 S 2 ABGB hervorhebt. Ist der Anspruch auf die Gegenleistung und deren rechtzeitige Erfüllung gefährdet, trete die Wirkung des § 1052 S 2 ABGB kraft Gesetzes ein.⁵⁰⁾ Auch in jüngeren Entscheidungen billigt der OGH stets die analoge Anwendung des § 1052 S 2 ABGB auf Fälle, in denen der Nachleistungspflichtige

⁴⁴⁾ Aicher in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 29; Karollus/Lukas, Das sogenannte Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers (2. Teil), JBI 2001, 766 (769) („volle und zeitgerechte“); Wahle in Klang IV/2² 100; Wimmer, Die Einrede der Unsicherheit in Zielschuldverhältnissen (§ 1052 Satz 2 ABGB), ÖJZ 1980, 449; OGH 10.07.1997, 8 Ob 229/97b = bbl 1998/68 (Helmberg) = RdW 1998, 67; 13.06.1991, 7 Ob 536/91 = RdW 1991, 332; RIS-Justiz RS0021076.

⁴⁵⁾ Siehe dazu die Ausführungen in Kapitel B.III.

⁴⁶⁾ Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 914 Rz 21 f; Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 ABGB Rz 119.

⁴⁷⁾ OGH 15.04.1953, 3 Ob 132/52 = SZ 26/99; 04.09.1962, 8 Ob 209/62 = EvBl 1963/46, 68; 07.02.1989, 1 Ob 695/88; zustimmend Mayrhofer, Schuldrecht AT 363.

⁴⁸⁾ OGH 15.04.1953, 3 Ob 132/52 = SZ 26/99.

⁴⁹⁾ OGH 04.09.1962, 8 Ob 209/62 = EvBl 1963/46, 68.

⁵⁰⁾ Siehe vorhergehende Fn.

ein Verhalten an den Tag legt, aus dem zu schließen ist, dass er sich der Erfüllung entziehen will oder zur Gegenleistung nicht fähig erscheint.⁵¹⁾

3. Planwidrige Lücke

Da bei Analogieschlüssen aber immer Vorsicht geboten ist, soll nun im Detail geprüft werden, ob überhaupt eine Gesetzeslücke iS einer *planwidrigen* Unvollständigkeit⁵²⁾ vorliegt. Zu fragen ist, ob das *Gesetz seiner eigenen Absicht und Teleologie nach ergänzungsbedürftig* erscheint,⁵³⁾ ob also der Wortlaut hinter dem Zweck des Gesetzes zurückbleibt, weil sich der Gesetzgeber den regelungsbedürftigen Sachverhalt nicht umfassend genug vorgestellt hat.⁵⁴⁾ Dazu gilt ein erster Blick den Materialien zur dritten Teilnovelle (3. TN) des ABGB, mit welcher die Unsicherheitseinrede in § 1052 ABGB eingefügt wurde. Daraus ist hinsichtlich der Absicht und Teleologie des Gesetzes ins Treffen zu führen, dass der Grundsatz der *clausula rebus sic stantibus* – der in Kapitel B.IV.4. noch näher beleuchtet wird – in die Überlegungen zur Normierung der Unsicherheitseinrede Eingang gefunden hat.⁵⁵⁾ Schon die Orientierung an diesem allgemeinen Grundsatz deutet darauf hin, dass der hinter dem Gesetz stehende Zweck durch eine Beschränkung auf ein bestimmtes Leistungshindernis nicht voll erfüllt ist. Selbiges gilt, wenn als dogmatische Grundlage für § 1052 S 2 ABGB der Vertrauensschutz gesehen wird, weil das Vertrauen auf Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des Nachleistungspflichtigen bei anderen Leistungshindernissen gleichermaßen schützenswert ist (dazu ebenso im folgenden Unterkapitel B.IV.4.). Dass sich der Gesetzgeber auf eine spezifische Fallgruppe (schlechte Vermögensverhältnisse) beschränkte, hatte wohl andere Ursachen:

Schon vor der Einfügung des S 2 in § 1052 ABGB durch die 3. TN anerkannte der OGH zum Teil eine Einrede des Vorleistungspflichtigen, wenn die gegenüberstehende Nachleistung gefährdet war.⁵⁶⁾ Diese und auch jene Entscheidungen, in denen eine Einrede verneint wurde,⁵⁷⁾ ergingen zu Sachverhalten, bei denen die Nachleistung durch schlechte

⁵¹⁾ Siehe etwa OGH 02.08.2000, 2 Ob 110/99m (Geltendmachung nicht von vornherein aussichtsloser Gegenansprüche) und 26.06.2012, 10 Ob 23/12y (Abfindungszahlung an Gesellschafter wegen drohender Nichterfüllung möglicher künftiger Haftungen für Sozialversicherungsbeiträge). Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Anwendung des § 1052 S 2 (analog) wurde in diesen Entscheidungen schlussendlich aus anderen Gründen verneint.

⁵²⁾ Zu diesen Begriffen *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2015) § 7 Rz 16 mwN.

⁵³⁾ *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 7 Rz 17 mN aus der Rsp.

⁵⁴⁾ *F. Bydlinski* in Rummel, ABGB I³ § 7 Rz 2.

⁵⁵⁾ HHB 78 BlgHH XXI. Session 170; auch wenn sich die schlussendlich Gesetz gewordene Bestimmung von der *Clausula*-Lehre insofern abhebt, als auch bei Vertragsschluss bereits vorhandene schlechte Vermögensverhältnisse eine Zurückbehaltung rechtfertigen können.

⁵⁶⁾ OGH 28.08.1907, Nr 9341 = Rsp des kk OGH Nr 9807.

⁵⁷⁾ OGH 15.01.1908, Nr 16.811 = GIUNF 4080 = ZBl 1908, 316; 22.03.1910, Rv I 238/10 = GIUNF 5003 = ZBl 1910, 949.

Vermögensverhältnisse gefährdet war. Die *Leistungen*, aufgrund derer *in diesen Entscheidungen* zurückbehalten werden sollte, waren *stets Geldleistungen*. Auch § 321 BGB, der zur Zeit der Arbeiten an der 3. TN bereits in Geltung stand und der im Gesetzgebungsprozess zu § 1052 S 2 ABGB – wenn auch ausdrücklich nur zu einer anderen Problematik⁵⁸⁾ – bereits mitberücksichtigt wurde,⁵⁹⁾ *beschränkte* die Unsicherheitseinrede *auf eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen* des Nachleistungspflichtigen.⁶⁰⁾ Schlussendlich war die Unsicherheitseinrede des § 1052 S 2 ABGB wesentlich beeinflusst von einem Plenissimarbeschluss des OGH aus dem Jahre 1912.⁶¹⁾ Der Beschluss beantwortete die vom Justizministerium gestellte Frage, ob ein Vorleistungspflichtiger zu „seiner Leistung auch verhalten ist“, wenn „nach dem Vertragsabschlusse eine solche Verschlechterung der Vermögenslage des anderen Teiles eingetreten oder bekannt geworden ist, daß der Eingang der Gegenleistung sich als unwahrscheinlich oder doch als unsicher herausstellt“. Der OGH legte einige Tatbestände dar, in denen der Gesetzgeber die „Forderung des Gläubigers im Hinblick auf Vermögensveränderungen oder hervorgekommene ungünstige Vermögensverhältnisse berücksichtigt und als schützenswert erkennt“, und zog eine Rechtsanalogie zu diesen Fällen. *Auf sonstige Leistungshindernisse bzw auf nachleistungspflichtige Sachleistungsschuldner ging der OGH in diesem Beschluss nicht ein.* Dass auch dem OGH der damalige § 321 BGB bei dieser Beschlussfassung bereits bekannt war, steht aufgrund entsprechender Nennung im Beschluss außer Frage. Ausdrücklich in seine Argumentation eingebaut hat der OGH den § 321 BGB aber nur im Zuge der Behandlung einer anderen Fragestellung.⁶²⁾ Der in dem Judikat entwickelte Rechtssatz wurde in der Folge – kaum modifiziert – durch die 3. TN in Gesetzesform gegossen.⁶³⁾ Weiters erhellt ein Blick in die Materialien zur 3. TN, dass Anlass für § 1052 S 2 ABGB war, dass die „Verkehrsauffassung dringend eine Erweiterung jenes Zurückbehaltungsrechtes in der Richtung [forderte], dass auch der vertragsgemäß oder gesetzlich zur Vorausleistung Verpflichtete seine Leistung bis zur Erfüllung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern könne, wenn diese unvorhergesehenerweise durch Insolvenz des Gegners gefährdet erscheint“.⁶⁴⁾ Offenbar erwuchs aus dem Verkehr Druck dahingehend, das Zurückbehaltungsrecht zugunsten des Vorleistungspflichtigen

⁵⁸⁾ Nämlich, ob eine Zurückbehaltung auch hinsichtlich bei Vertragsschluss bereits bestehender schlechter Vermögensverhältnisse möglich sein soll.

⁵⁹⁾ HHB 78 BlgHH XXI. Session 170.

⁶⁰⁾ § 321 BGB idF vor dem SMG 2001.

⁶¹⁾ Judikat 195 = GIUNF 5637 = ZBI 1912, 316.

⁶²⁾ Siehe Fn 58.

⁶³⁾ HHB 78 BlgHH XXI. Session 170 aE; dazu auch *Gschntzer*, Schafft Gerichtsbrauch Recht?, in FS zur Hundertjahrfeier des österreichischen OGH (1950) 40 (50); *Wimmer*, ÖJZ 1980, 449.

⁶⁴⁾ HHB 78 BlgHH XXI. Session 170.

auszuweiten. Diese Verkehrsauffassung und damit auch die *Forderungen zur Erweiterung des Zurückbehaltungsrechts* waren aber – was die Sachverhalte der älteren Judikate indizieren – geprägt von dem *Primärfall der Geldschuld als Nachleistung und somit den schlechten Vermögensverhältnissen als naheliegendes – bis auf „ausgerissene“ Fälle⁶⁵⁾ wohl sogar einziges – Hindernis bei Geldschulden*. Daneben gilt es auch noch zu beachten, dass die Unsicherheitseinrede gemäß § 1052 S 2 ABGB durch Sicherstellung abgewendet werden kann, welche nach den §§ 1373 f ABGB⁶⁶⁾ primär durch Pfandbestellung und, erst wenn dies nicht möglich sein sollte, durch Bürgen geschehen kann. Durch Pfandbestellung kann aber die vertragsgemäße Erbringung einer anderen Leistung als einer Geldleistung in der Regel nicht sichergestellt werden. Für die Fälle anderer Leistungen als Geldleistungen wäre aber wohl eine Sicherstellung durch Bürgen möglich (§ 1350 ABGB), wobei es auch hierbei zu bedenken gilt, dass der Verbürgung für Nichtgeldleistungen nur wenig praktische Bedeutung zukommt.⁶⁷⁾ Auch dies stärkt den Anschein, dass primär an Geldleistungen gedacht wurde.

Wenn aber die Forderung nach Ausweitung des Zurückbehaltungsrechts auf den Primärfall der schlechten Vermögensverhältnisse bei Geldschulden konzentriert war, § 321 BGB eine Einschränkung auf schlechte Vermögensverhältnisse vorlebte und die bisherige Judikatur sich nur mit schlechten Vermögensverhältnissen als Leistungshindernis beschäftigt hatte, blieb wohl wenig Anlass, sich mit wertungsgleichen Sachverhalten zu beschäftigen. All dies deutet darauf hin, dass eine *unmittelbare Auseinandersetzung mit der Frage, ob auch andere drohende Leistungshindernisse auf Seiten des Nachleistungspflichtigen die Zurückbehaltung rechtfertigen sollten, nicht erfolgt* ist. Viel eher liegt nahe, dass vom Primärfall des nachleistungspflichtigen Geldschuldners ausgegangen wurde und der Gesetzgeber sich Nachleistungen in Form von Sachleistungen und damit verbundene andere Leistungshindernisse nicht umfassend genug vorgestellt hat. Insofern ist *keine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Erweiterung der Unsicherheitseinrede auf sonstige Leistungshindernisse* anzunehmen, sondern die oben bereits festgestellte Lücke als planwidrig zu betrachten.

⁶⁵⁾ Möglich wäre etwa, dass das Herkunftsland des ausländischen Schuldners eine Transaktionssperre verhängt und so die Zahlung der Schuld (temporär) verhindert.

⁶⁶⁾ Siehe *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 34; *Dullinger*, Bürgerliches Recht II – Schuldrecht Allgemeiner Teil⁶ (2017) Rz 2/47; *Lukas*, Zession und Synallagma 184.

⁶⁷⁾ *P. Bydlinski* in KBB, ABGB⁴ § 1350 Rz 1; *derselbe*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht (1991) 1; *Gamerith* in Rummel, ABGB II/3³ (2002) § 1350 Rz 1; *Neumayer/Rabl* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} (2015) § 1350 Rz 1.

4. Dogmatische Grundlage und Wertungsgleichheit

§ 1052 S 2 ABGB wird überwiegend als *Ausdruck der clausula rebus sic stantibus* (Umstandsklausel) verstanden,⁶⁸⁾ die der Gesetzgeber einer Reihe von Bestimmungen zugrunde legt.⁶⁹⁾ Die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des nachleistungspflichtigen Geldschuldners stellt eine Änderung der Vertragsverhältnisse dar, die eine Einschränkung der Pflichten des Vertragspartners dahingehend rechtfertigt, dass er seine Leistung zurückbehalten darf.⁷⁰⁾ So betrachtet lässt sich wertungsmäßig kein Unterschied zwischen einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse und anderen Fällen der Leistungsgefährdung erkennen, handelt es sich doch auch bei diesen um eine Änderung der Umstände, die eine Gefahr für die Erbringung der Gegenleistung mit sich bringt.

Andere Stimmen⁷¹⁾ sehen die dogmatische Grundlage für die Unsicherheitseinrede im *Vertrauensschutz*. Das Vertrauen auf den Bestand des Leistungswillens und der Leistungsfähigkeit des Nachleistungspflichtigen sei insofern schutzwürdig, als die Vorleistung nicht erbracht werden muss, wenn die Erbringung der Nachleistung ungewiss ist.⁷²⁾ Auch dieser Vertrauensschutzgedanke lässt sich aber ohne Modifikation auf sonstige Leistungshindernisse weiterspinnen. Wenn ein schutzwürdiges Vertrauen auf die Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des Nachleistungspflichtigen das ausschlaggebende Erklärungsprinzip für die Unsicherheitseinrede des § 1052 S 2 darstellt⁷³⁾ und nicht etwa (nur) der Schutz vor Insolvenz desselben, erfüllt die ausschließliche Berücksichtigung schlechter Vermögensverhältnisse den Zweck der Regelung nicht umfassend. Der Vorleistungspflichtige ist in seinem Vertrauen auf die Erfüllung der Nachleistung nämlich ebenso verletzt, wenn eine rechtzeitige und vollständige Erbringung derselben aufgrund anderer Leistungshindernisse gefährdet ist. Damit zeigt sich auch bereits die *sachliche Nähe* der Fälle der Gefährdung aufgrund anderer Leistungshindernisse zum gesetzlich geregelten Fall der Gefährdung durch schlechte Vermögensverhältnisse. Diese

⁶⁸⁾ Aicher in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 28; Ehrenzweig, System I/1 (1925) 242; Gschnitzer, Schuldrecht Allgemeiner Teil (1965) 56; Jabornegg, Zurückbehaltungsrecht 229; OGH 10.07.1997, 8 Ob 229/97b; für Deutschland: mwN Otto in Staudinger, BGB II (2001) § 321 Rz 3.

⁶⁹⁾ Bollenberger in KBB, ABGB⁴ § 901 Rz 7 bezüglich §§ 936, 1052 S 2, § 1170a Abs 2; Fulterer, Der Irrtum und die Geschäftsgrundlage bei vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften (1931) 183 bezüglich §§ 936, 947 f, 962 usw; siehe auch OGH Judikat 195 = GIUNF 5637 bezüglich § 936.

⁷⁰⁾ Siehe etwa Gschnitzer, Schuldrecht AT 56.

⁷¹⁾ Wimmer, ÖJZ 1980, 452 ff; Spitzer/Binder in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ § 1052 Rz 83 („Spezialfall der ‚clausula rebus sic stantibus‘“ und „Ausfaltung des Vertrauensschutzes“); siehe zur deutschen Rechtslage auch: Begr RegE, BT-Drucks 14/6040, 178.

⁷²⁾ Wimmer, ÖJZ 1980, 452.

⁷³⁾ Wimmer, ÖJZ 1980, 452; so darstellend auch Begr RegE, BT-Drucks 14/6040, 178.

Wertungsähnlichkeit rechtfertigt in Verbindung mit der bereits bejahten planwidrigen Unvollständigkeit einen Analogieschluss.⁷⁴⁾

Damit steht einer Analogie, sei dies eine Rechtsanalogie zum Grundsatz der „*clausula rebus sic stantibus*“,⁷⁵⁾ welche sich auf nachträglich eingetretene Leistungshindernisse beschränken muss,⁷⁶⁾ oder eine Gesetzesanalogie zu § 1052 S 2 ABGB,⁷⁷⁾ nichts mehr im Wege. Eine Analogie zu § 1052 S 2 ABGB ist jedoch schon deshalb klar vorzugswürdig, weil über Analogie zum Rechtsgedanken der *clausula rebus sic stantibus* die Fälle anfänglich bereits vorhandener, aber nicht erkennbarer Leistungshindernisse nicht erfasst werden können.⁷⁸⁾

5. Unsicherheitseinrede in anderen Rechtssystemen

Art 71 UN-K erlaubt es einer Partei, „die Erfüllung ihrer Pflichten aus(zu)setzen, wenn sich nach Vertragsschluss herausstellt, dass die andere Partei einen wesentlichen Teil ihrer Pflichten nicht erfüllen wird“, und beschränkt dieses Zurückbehaltungsrecht nicht auf Kreditunwürdigkeit, sondern gewährt es auch bei anderen schwerwiegenden Mängeln der Erfüllungsfähigkeit oder verdächtigem Verhalten bei Erfüllung bzw deren Vorbereitung. Auch diese, zum österreichischen Rechtsbestand zählende, Bestimmung könnte als Stütze für die oben angeführte Analogie dienen.

Auch der deutsche Gesetzgeber erkannte im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung 2001 (SMG 2001), dass auch sonstige drohende Leistungshindernisse ein Risiko für den Vorleistungspflichtigen bedeuten.⁷⁹⁾ Zwar erzielten Lehre und Rsp bis dahin bereits ähnliche Ergebnisse unter Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben,⁸⁰⁾ mit der Novelle wurden die Fälle sonstiger Leistungshindernisse (zB Export- oder Importverbote, Kriegsereignisse, Zusammenbrüche von Zulieferern, krankheitsbedingte Ausfälle) aber ausdrücklich in den Tatbestand des § 321 BGB miteinbezogen.⁸¹⁾

⁷⁴⁾ Dazu *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 7 Rz 21.

⁷⁵⁾ Diese Idee zur Rechtslage vor dem SMG in Deutschland bejahend: *Otto* in Staudinger, BGB II (2001) § 321 Rz 12.

⁷⁶⁾ Siehe dazu bereits HHB 78 BlgHH XXI. Session 170.

⁷⁷⁾ Ähnlich, nämlich eine Analogie zu § 321 BGB aF ziehend, zur Rechtslage vor dem SMG in Deutschland: *Otto* in Staudinger, BGB II (2001) § 321 Rz 12.

⁷⁸⁾ § 1052 S 2 ABGB stellt ausdrücklich auf schlechte Vermögensverhältnisse ab, die „ihm (Anm. dem Vorleistungspflichtigen) zur Zeit des Vertragsschlusses nicht bekannt sein mußten“ und erfasst damit auch bereits bei Vertragsschluss bestehende Leistungshindernisse, sofern sie dem Vorleistungspflichtigen nicht bekannt sein mussten. Die Entscheidung des Gesetzgebers in diese Richtung dokumentierend HHB 78 BlgHH XXI. Session 170.

⁷⁹⁾ So Begr RegE, BT-Drucks 14/6040, 179.

⁸⁰⁾ Andere etwa bejahten auch eine Analogie zu § 321 BGB: *Otto* in Staudinger, BGB II (2001) § 321 Rz 12.

⁸¹⁾ So Begr RegE, BT-Drucks 14/6040, 179; zur Entwicklung auch *Gsell* in Soergel, BGB¹³ § 321 Rz 4.

Das Schweizer Obligationenrecht hingegen gewährt ein Leistungsverweigerungsrecht – ähnlich dem Wortlaut des § 1052 S 2 ABGB – nur bei Zahlungsunfähigkeit des Vertragspartners.⁸²⁾

6. Vorübergehende Leistungshindernisse

Es stellt sich nun noch die Frage, wie das Leistungshindernis beschaffen sein muss, um die Unsicherheitseinrede zu rechtfertigen. Fraglich ist, ob ein vorübergehendes Leistungshindernis, also ein voraussehbarer Verzug mit der Leistungserbringung genügt oder doch ein dauerndes Leistungshindernis vorliegen muss. Der BGH⁸³⁾ (ihm zustimmend die wohl hL⁸⁴⁾ gewährte dem Vorleistungspflichtigen die Unsicherheitseinrede, obwohl das Leistungshindernis (in dem judizierten Fall: „fehlender Grundschuldbrief“) voraussichtlich nur vorübergehend bestand (in concreto: Aufgebotsverfahren zur Kraftloserklärung [§§ 1165, 1192 BGB] war bereits eingeleitet). Aus § 321 Abs 2 BGB (Rücktrittsrecht des Vorleistungspflichtigen nach erfolglosem Ablauf der Nachfrist, die dem Vorleistungsberechtigten wegen Gefährdung der Nachleistung gesetzt wurde) schließt er, dass der Vorleistungsverpflichtete einen vertragswidrigen Schwebezustand nicht hinnehmen müsse.⁸⁵⁾ In der Lehre stieß diese Entscheidung zum Teil auf Kritik.⁸⁶⁾ Der Vorleistungspflichtige gehe das Vorleistungsrisiko bewusst ein; nur wenn absehbar ist, dass sein Vertragspartner gar nicht oder nicht wie geschuldet leisten wird, müsse nicht vorgeleistet werden.⁸⁷⁾ Eine Anwendung des § 321 BGB erscheine nicht interessengerecht, die Schadenersatzansprüche wegen Verzugs seien ausreichend.⁸⁸⁾

In dieser Frage ist mE den Argumenten für die Ansicht des BGH und der hL in Deutschland mehr Gewicht beizumessen. Da dies aus den Materialien⁸⁹⁾ eindeutig hervorgeht, gestehen sogar die Kritiker ein, dass die Unsicherheitseinrede zustehe, wenn Gefahr besteht,

⁸²⁾ *Leu* in Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar – Obligationenrecht I⁶ (2015) Art 83 OR Rz 1; *Weber* in Berner Kommentar² (2005) Art 83 OR Rz 27 ff.

⁸³⁾ BGH 11.12.2009, V ZR 217/08 = NJW 2010, 1272.

⁸⁴⁾ *Grüneberg* in Palandt, BGB⁷⁶ § 321 Rz 4; *Schulze* in Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger, Handkommentar BGB⁹ § 321 Rz 3; *Schwarze* in Staudinger, BGB (2015) § 321 Rz 41; *Stürner* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB¹¹ § 321 Rz 3.

⁸⁵⁾ BGH 11.12.2009, V ZR 217/08 Rz 18 = NJW 2010, 1272 Rz 18.

⁸⁶⁾ *D. Kaiser*, Unsicherheitseinrede des Vorleistungspflichtigen nach § 321I BGB, NJW 2010, 1254 (1254 f); dieser zustimmend: *Emmerich* in MünchKomm BGB⁷ § 321 Rz 12; dem BGH zustimmend und somit aA: *Grüneberg* in Palandt, BGB⁷⁶ § 321 Rz 4; *Schulze* in Schulze ea, Hk-BGB⁹ § 321 Rz 3; *Stürner* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB¹¹ § 321 Rz 3.

⁸⁷⁾ *D. Kaiser*, NJW 2010, 1255.

⁸⁸⁾ *Emmerich* in MünchKomm BGB⁷ § 321 Rz 12.

⁸⁹⁾ Begr RegE, BT-Drucks 14/6040, 179 („...eine zu erwartende vertragswidrige Beschaffenheit von einigem Gewicht“).

dass der Nachleistungspflichtige nicht wie geschuldet leisten wird.⁹⁰⁾ Auch wenn die Leistung nicht rechtzeitig erfolgt, wurde nicht wie geschuldet geleistet und hat der Schuldner dadurch seine Pflicht verletzt.⁹¹⁾ Freilich eröffnet nicht jede kleinste potentielle Verzögerung die Unsicherheitseinrede, auch diese muss ein gewisses Maß an Erheblichkeit aufweisen.⁹²⁾ So geht aus den Materialien zum SMG hervor, dass eine „vertragswidrige Beschaffenheit von einigem Gewicht“ erforderlich sei.⁹³⁾ Davon abgesehen zeigen die von den Materialien genannten Beispiele,⁹⁴⁾ dass auch vorübergehende Leistungshindernisse erfasst sein sollen. So sind etwa krankheitsbedingte Ausfälle zur Leistung notwendiger Mitarbeiter oder des Schuldners selbst typischerweise vorübergehende Hindernisse.

Auch für Österreich ist stRsp, dass die Gefährdung der Gegenleistung iS des § 1052 S 2 ABGB nicht die Zahlungsunfähigkeit voraussetzt, sondern schon dann zu bejahen ist, wenn der an sich zahlungsfähige Schuldner die notwendigen Geldmittel „nicht in absehbarer Zeit flüssigmachen kann, so daß der Gläubiger mit einer *unverhältnismäßigen Verzögerung* der ihm geschuldeten Leistung, wenn nicht mit einer Erzwingung im Exekutionswege rechnen muß“.⁹⁵⁾ Nach *hL und stRsp* ist eine Gefahr für die Erfüllung der Gegenleistung dann gegeben, wenn bei objektiver Beurteilung zu befürchten ist, dass die *volle und zeitgerechte Bewirkung* der Gegenleistung in Frage gestellt ist.⁹⁶⁾ Insofern muss dies auch für den in dieser Arbeit dargelegten Analogieschluss auf sonstige Leistungshindernisse gelten. Zu diesem Ergebnis kommt auch der OGH in der bereits erwähnten Entscheidung 8 Ob 209/62.⁹⁷⁾

Zu bedenken ist aber trotzdem, dass auch für sonstige Leistungshindernisse – ebenso wie für den ausdrücklich geregelten Fall der schlechten Vermögensverhältnisse⁹⁸⁾ – ein *gewisses (jedenfalls hohes) Maß an Erheblichkeit* gegeben sein muss, damit die Unsicherheitseinrede zusteht.

⁹⁰⁾ D. Kaiser, NJW 2010, 1255.

⁹¹⁾ Siehe nur *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT²¹ Rz 327, 331.

⁹²⁾ So für Österreich OGH 10.07.1997, 8 Ob 229/97b = bbl 1998/68 (*Helmborg*) = RdW 1998, 67 („unverhältnismäßige Verzögerung“); 13.06.1991, 7 Ob 536/91 = RdW 1991, 332 („zeitgerechte Bewirkung der Gegenleistung“); für Deutschland D. Kaiser, NJW 2010, 1255 („wobei die Mängel erheblich sein müssen“), wobei diese sich wohl auf Mängel des Leistungsgegenstands selbst, nicht auf jene hinsichtlich der Leistungszeit bezieht.

⁹³⁾ Begr RegE, BT-Drucks 14/6040, 179.

⁹⁴⁾ Begr RegE, BT-Drucks 14/6040, 179.

⁹⁵⁾ So OGH 18.02.1932, 2 Ob 65/32 = RZ 1932, 84; 27.02.1985, 1 Ob 506/85; 10.07.1997, 8 Ob 229/97b; 28.05.2003, 7 Ob 81/03t; RIS-Justiz RS0021094; RS0108181; zustimmend *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 29; *Karollus/Lukas*, JBI 2001, 770; *Wahle* in Klang IV/2² 101.

⁹⁶⁾ *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 29; *Apathy* in KBB, ABGB⁴ § 1052 Rz 4; *Karollus/Lukas*, JBI 2001, 769; *Wahle* in Klang IV/2² 100 f; *Wimmer*, ÖJZ 1980, 449; OGH 10.07.1997, 8 Ob 229/97b = bbl 1998/68 (*Helmborg*) = RdW 1998, 67; 13.06.1991, 7 Ob 536/91 = RdW 1991, 332; RIS-Justiz RS0021076. Eine bloße Verzögerung des vereinbarten Zeitplans ohne Gefährdung der vollen Erbringung der Gegenleistung als nicht ausreichend bezeichnend jedoch OGH 10.11.1993, 6 Ob 580/93 = HS 24.558; diese Entscheidung wurde wohl fälschlicherweise RS0021076 zugeordnet und von *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 29.

⁹⁷⁾ OGH 04.09.1962, 8 Ob 209/62 = EvBl 1963/46, 68.

⁹⁸⁾ Vgl nur die Rsp in Fn 95 („unverhältnismäßige Verzögerung“).

7. Abgrenzung zur Unmöglichkeit

Gerade das Element der Rechtzeitigkeit der Leistungserbringung grenzt auch die Fälle der Unsicherheitseinrede von jenen der Unmöglichkeit ab.⁹⁹⁾ Steht einer Leistung ein dauerndes Hindernis entgegen, ist Unmöglichkeitsrecht anzuwenden.¹⁰⁰⁾ Für die Unsicherheitseinrede des Gläubigers ist – wie anhand der einzelnen Fallgruppen sogleich noch zu zeigen sein wird – insofern kein Platz. Wenn aber eine ernstzunehmende Chance besteht, dass die Leistung – wenn auch verspätet – doch noch erbracht werden kann, finden die §§ 920 f, 1447 ABGB keine Anwendung¹⁰¹⁾ und die Unsicherheitseinrede kann – bei Vorliegen der Voraussetzungen – eingreifen.

In den Fällen der *zufälligen nachträglichen Unmöglichkeit* der Nachleistung (§ 1447 ABGB) findet die Unsicherheitseinrede jedenfalls keine Anwendung. Welcher Ansicht man auch folgt,¹⁰²⁾ Einigkeit besteht darüber, dass die Parteien von den Leistungspflichten frei werden. Mangels einer einforderbaren Nachleistungspflicht kann nach beiden Ansichten keine Unsicherheitseinrede erhoben werden.¹⁰³⁾

Zu behandeln sind demnach noch die Fälle anfänglicher schlichter Unmöglichkeit bzw anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit¹⁰⁴⁾ und jene Fälle nachträglicher Unmöglichkeit, die von einem der Vertragspartner zu vertreten sind. Bei *vom Schuldner zu vertretender nachträglicher Unmöglichkeit* gibt § 920 ABGB dem Gläubiger ein Wahlrecht, entweder am Vertrag festzuhalten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten. Auch wenn er aber am Vertrag festhält, kann er seine Leistung nicht mit Berufung auf die Unsicherheitseinrede verweigern. Immerhin kann ein Vorleistungspflichtiger nicht seine Vorleistung wegen einer Gegenleistung zurückbehalten, welche aufgrund Unmöglichkeit nicht mehr erbracht werden kann. Möglich wäre aber eine Unsicherheitseinrede bei Gefährdung des Schadenersatzanspruches auf den Wert der unmöglichen Leistung (Austauschanspruch). Nach überwiegender Lehre steht auch dieser Schadenersatzanspruch im Austauschverhältnis¹⁰⁵⁾ und würde damit bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen zur Zurückbehaltung berechtigen.

⁹⁹⁾ So für Deutschland auch *Schwarze* in Staudinger, BGB (2015) § 321 Rz 41.

¹⁰⁰⁾ Siehe nur *Dullinger*, Schuldrecht AT⁶ Rz 3/45.

¹⁰¹⁾ *Heidinger* in Schwimann, ABGB VI⁴ (2016) § 1447 Rz 3.

¹⁰²⁾ Nach einer Ansicht fällt der Vertrag ex lege fort: *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 164; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) 220; nach *Reischauer* in Rummel, ABGB I³ § 920 Rz 13 sowie in FS 200 Jahre ABGB I (2011) 577 (594 f) bedarf es eines Rücktritts; diesem folgend *Dullinger*, Schuldrecht AT⁶ Rz 3/53; *Heidinger* in Schwimann, ABGB VI⁴ § 1447 Rz 15 (anders noch in der Voraufgabe).

¹⁰³⁾ So auch *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 9.

¹⁰⁴⁾ Dazu *Lukas*, Zur Haftung beim anfänglich unbehebbareren Mangel, JBI 1992, 11 (15 ff).

¹⁰⁵⁾ *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 9; *Lukas*, Zession und Synallagma 209 Fn 926; *Spitzer/Binder* in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ § 1052 Rz 8; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1052 Rz 8.

Bei der *vom Gläubiger zu vertretenden nachträglichen Unmöglichkeit* wird der Schuldner von der Leistung frei.¹⁰⁶⁾ Der Gläubiger kann seine Leistung nicht wegen Unsicherheit der unmöglichen Gegenleistung des Schuldners verweigern, da insofern kein Sicherungsinteresse mehr besteht.

Auch bei *schlichter anfänglicher Unmöglichkeit* gilt, sofern der Vertrag überhaupt zustande kommt bzw. aufrecht bleibt:¹⁰⁷⁾ Keine Unsicherheitseinrede wegen einer Gegenleistung, die nicht erbracht werden kann.

Diese Betrachtung der einzelnen Unmöglichkeitsformen erhellt, dass die Unsicherheitseinrede – auch in der hier vertretenen analogen Anwendungsform – nicht mit dem Unmöglichkeitsrecht konkurriert. Auch kann daraus geschlossen werden, dass in all jenen Fällen, in denen der Nachleistung ein *dauerndes Leistungshindernis* entgegensteht, Unmöglichkeitsrecht anzuwenden ist und dem Vorleistungspflichtigen *keine Unsicherheitseinrede* zukommt. Sogar für den Fall, dass zuerst bei objektiver Betrachtung die volle und zeitgerechte Erbringung der Leistung in Frage gestellt ist,¹⁰⁸⁾ aber noch eine ernstzunehmende Chance besteht, dass die Leistung erbracht wird, und sich dann später herausstellt, dass die Leistung gänzlich unmöglich ist, harmonisieren die beiden Rechtsbehelfe. Bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Unmöglichkeit der Leistung feststeht, steht dem Leistungsbegehren des Schuldners der gefährdeten Leistung die Unsicherheitseinrede entgegen, danach gelten die Bestimmungen des Unmöglichkeitsrechts wie oben dargelegt.¹⁰⁹⁾

8. Weiterer Verlauf des Schuldverhältnisses

In einem letzten Schritt bleibt nun der weitere Verlauf des Schuldverhältnisses zu klären. Steht fest, dass die vollständige oder rechtzeitige Erfüllung der Nachleistung aufgrund schlechter Vermögensverhältnisse oder sonstiger Leistungshindernisse gefährdet ist, ist dem Vorleistungspflichtigen ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1052 S 2 ABGB (analog) zu gewähren. Dieses Zurückbehaltungsrecht steht dem Vorleistungspflichtigen nur so lange zu, bis die Gegenleistung bewirkt oder sichergestellt ist.¹¹⁰⁾ Einer *Bewirkung* der Gegenleistung steht auch bei sonstigen Leistungshindernissen zumindest theoretisch nichts entgegen (oftmals mag es zumindest temporär aufgrund tatsächlich bestehender Leistungshindernisse nicht möglich sein). Eine *Sicherstellung* hingegen ist bei nachleistungspflichtigen

¹⁰⁶⁾ Dullinger, Schuldrecht AT⁶ Rz 3/65.

¹⁰⁷⁾ Die verschiedenen Lehrmeinungen zu den Rechtsfolgen der anfänglichen schlichten Unmöglichkeit bei Dullinger, Schuldrecht AT⁶ Rz 3/123.

¹⁰⁸⁾ Apathy in KBB, ABGB⁴ § 1052 Rz 4.

¹⁰⁹⁾ Aicher in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 9.

¹¹⁰⁾ Siehe nur OGH 24.09.2008, 2 Ob 261/07g = JBI 2009, 176; Aicher in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 28.

Sachleistungsschuldern zum Teil nur schwer vorstellbar. Greift man etwa wieder auf das Beispiel zurück, bei welchem die rechtzeitige Herstellung des Werks aufgrund Säumigkeit des Werkunternehmers faktisch nicht mehr möglich ist, wird klar, dass es keine Möglichkeit der Sicherstellung der Primärleistung gibt. Ist die verbleibende Zeit so gering, dass er das Werk nicht mehr rechtzeitig herstellen kann, oder kann er erforderliche Teile aufgrund einer Importsperre nicht rechtzeitig besorgen, kann er meist auch nicht sicherstellen, dass das Werk rechtzeitig hergestellt wird. In diesem und ähnlichen Fällen würde die Vorleistungspflicht bis zur Fertigstellung des Werks aufgeschoben, da dem Anspruch des Nachleistungspflichtigen die Unsicherheitseinrede entgegengehalten werden kann. Faktisch wäre ab diesem Zeitpunkt wieder der Werkunternehmer „vorleistungspflichtig“. Zwar wäre eine Sicherstellung der sich potentiell aus der Nichterfüllung ergebenden Sekundäransprüche denkbar, vor allem sei hier gedacht an Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung. Will man aber eine Sicherstellung der Sekundäransprüche genügen lassen, so würde dies bedeuten, dass die Sekundäransprüche den Primäransprüchen diesbezüglich gleichgestellt werden. Eine Wertung, die diese Gleichstellung stützen würde, kann dem Gesetz aber nicht entnommen werden.

Der Schuldner der Nachleistung (hier: der Werkunternehmer) hat das Wahlrecht zwischen Bewirkung oder Sicherstellung. Der Vorleistungspflichtige (hier: der Werkbesteller) kann ihn aber nicht auf Bewirkung oder Sicherstellung klagen.¹¹¹⁾ Auch die Vorleistung kann nicht eingefordert werden, steht diesem Anspruch doch die Unsicherheitseinrede entgegen. Es kommt also zu einer Pattstellung.¹¹²⁾ Diese löst die hA dadurch, dass sie dem Vorleistungspflichtigen analog § 918 ABGB ein Rücktrittsrecht nach Setzung einer angemessenen Frist zur Sicherheitsleistung gewährt.¹¹³⁾ Dies hätte aber – wie *Jabornegg*¹¹⁴⁾ darlegt – zur Folge, dass der Vorleistungspflichtige, welcher eigentlich von § 1052 S 2 ABGB geschützt werden soll, gezwungen wird vorzuleisten, (möglicherweise ewig) auf eine Leistung oder Sicherstellung des Nachleistungspflichtigen zuzuwarten oder vom Vertrag zurückzutreten. Dabei muss er sich in ersterem Fall gerade der Gefahr aussetzen, vor der ihn § 1052 S 2 ABGB schützen möchte, nämlich keine Gegenleistung zu erhalten. Tritt er vom Vertrag zurück, verzichtet er sofort auf die ursprünglich gewollte Gegenleistung, deren Erbringung § 1052 S 2 ABGB sichern sollte. Diese Lösung widerstreitet wohl dem Willen beider Parteien.

¹¹¹⁾ *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 34.

¹¹²⁾ *Dullinger*, Schuldrecht AT⁶ Rz 2/48.

¹¹³⁾ OGH 15.04.1953, 1 Ob 295/53 = JBI 1953, 630; 28.10.1971, 1 Ob 284/71 = SZ 44/167; *Bettelheim* in Klang II/2 (1934) 964; *Jud*, Zur Einfügung einer Bestimmung über die „Bauhandwerkersicherung“ in das ABGB, RdW 1998, 248; *Wahle* in Klang IV/2² 102; in Analogie zu § 1168 S 2: *Mayrhofer*, Schuldrecht AT 363.

¹¹⁴⁾ *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 232.

Überzeugender, weil dem Gesetz näher und dem Parteiwillen eher entsprechend, ist hier der Ansatz *Jaborneggs*.¹¹⁵⁾ Seiner Ansicht nach wandelt sich die Vorleistung bei begründeter Unsicherheitseinrede in ein Zug-um-Zug-Geschäft. Ab diesem Zeitpunkt sei die frühere Vorleistung nur mehr Zug um Zug gegen Sicherstellung oder Bewirkung der Gegenleistung zu erbringen. Entscheidend ist aber, dass der Vorleistungspflichtige erst ab dem Zeitpunkt auf Leistung Zug um Zug klagen könne, in dem dies auch bei normalem Verlauf möglich gewesen wäre.¹¹⁶⁾ Hat der Vorleistungspflichtige durch Anbieten seiner Leistung gegen Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung die von ihm geforderte Erfüllungshandlung gesetzt und ist die Kreditierungsfrist verstrichen, so werde die Nachleistung fällig und könne vom Vorleistungspflichtigen Zug um Zug eingeklagt werden.¹¹⁷⁾

9. Einschränkungen für Werkverträge

Darauf, ob das Leistungshindernis aus neutraler Sphäre kommt (zB Import-/Exportsperren) oder auf Verschulden des Nachleistungspflichtigen beruht (zB verschuldet verspäteter Beginn mit der Werkherstellung), kommt es für die Unsicherheitseinrede grundsätzlich nicht an.¹¹⁸⁾ Beruht die Verzögerung oder das Unterbleiben der Werkherstellung aber lediglich auf *Ereignissen*, die *in der Sphäre des Werkbestellers* liegen, so erscheint es nicht sachgerecht, dem leistungsbereiten Werkunternehmer die Entgeltansprüche zu verwehren.

Unterbleibt die Ausführung des Werks aus Gründen in der Sphäre des Bestellers¹¹⁹⁾ endgültig, greift die Unmöglichkeitregel¹²⁰⁾ des § 1168 Abs 1 S 1 ABGB. Danach gebührt dem Unternehmer das vereinbarte Entgelt, sofern seinerseits Leistungsbereitschaft besteht.¹²¹⁾ Unterbleibt aber das gesamte Werk endgültig, hat der Besteller wiederum keinen offenen Erfüllungsanspruch, zu dessen Sicherung er die Unsicherheit einreden könnte.

Wird die Werkherstellung aus Gründen in der Sphäre des Bestellers nur verzögert, ist § 1168 Abs 1 S 1 ABGB nicht anwendbar.¹²²⁾ Jedoch sieht § 1168 Abs 1 S 2 ABGB für diesen

¹¹⁵⁾ *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 230 ff; diesem folgend *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 34; *Lukas*, Zession und Synallagma 235.

¹¹⁶⁾ *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 231.

¹¹⁷⁾ *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 231; ähnlich auch *Wimmer*, ÖJZ 1980, 449.

¹¹⁸⁾ *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 29; *Wimmer*, ÖJZ 1980, 449 f mwN.

¹¹⁹⁾ Dazu mit neuartigen Ansätzen *K. Schmid*, Gefahrtragung beim Werkvertrag (Dissertation 2016; bisher unveröffentlicht) 59 ff.

¹²⁰⁾ *Lukas*, Harmonie oder Divergenz im Leistungsstörungenrecht, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 1239 (1242).

¹²¹⁾ *Karollus/Lukas*, JBI 2001, 768; *M. Bydlinski* in KBB, ABGB⁴ § 1168 Rz 2.

¹²²⁾ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1168 Rz 15; *Krejci* in Rummel, ABGB I³ § 1168 Rz 5.

Fall vor, dass dem Werkunternehmer eine angemessene Entschädigung¹²³⁾ gebührt, wenn er aufgrund von Umständen auf Seiten des Bestellers durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werks verkürzt wurde. Zwar hat der vorleistungspflichtige Besteller – anders als in den Fällen des § 1168 S 1 ABGB – einen offenen Erfüllungsanspruch gegen den Werkunternehmer, der an sich durch Unsicherheitseinrede gesichert werden könnte. Es stellt sich aber die Frage, ob in diesem Fall die vollständige und rechtzeitige Erfüllung der – nun mehr Zeit in Anspruch nehmenden – Werkleistung tatsächlich gefährdet ist. Obwohl § 1168 Abs 1 S 2 ABGB im Kern nur den erweiterten Erfüllungsanspruch des Unternehmers anspricht, geht das Gesetz immer davon aus, dass die Werkleistung noch erbracht wird.¹²⁴⁾ Wenn aber der Werkunternehmer zur Werkherstellung nach wie vor verpflichtet ist und der Werkbesteller die Gefahr für den Zeitverlust tragen soll (dieser Gedanke sei durch die „Lohnerhöhung“ verwirklicht)¹²⁵⁾, muss dem Werkunternehmer zur Herstellung des Werks auch eine um die Verzögerung verlängerte Fertigstellungsfrist gewährt werden. Andernfalls würde der leistungsbereite Werkunternehmer ab dem ursprünglichen Fertigstellungstermin in Verzug geraten und der Besteller könnte etwa unter Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten (§ 918 ABGB).¹²⁶⁾ Dies würde der gesetzlichen Wertung zuwider laufen. In Anbetracht dessen kann dem Besteller die Unsicherheitseinrede aber nur insoweit gewährt werden, als Gefahr besteht, dass der Werkunternehmer auch diese verlängerte Fertigstellungsfrist erheblich überschreiten wird.

C. Zurückbehaltungsrecht bei Nichterfüllung der örtlichen Bauaufsicht

Im vorhergehenden Kapitel (B.) wurde festgestellt, dass eine (Teil-)Leistung nicht gemäß § 1052 S 1 ABGB zurückbehalten werden kann, wenn der Schuldner der im Austauschverhältnis stehenden Nachleistung mit dieser noch nicht in Verzug geraten ist. Nur für den Fall, dass die Erbringung der Nachleistung erheblich gefährdet ist, steht dem Vorleistungspflichtigen die Unsicherheitseinrede zu. In der Einleitung wurde aber bereits darauf hingewiesen, dass ein Vertrag, der Leistungen unterschiedlicher Art beinhaltet, möglicherweise differenziert zu betrachten ist.

¹²³⁾ Nach heute hA handelt es sich dabei um einen erweiterten Entgeltsanspruch: *M. Bydliński* in KBB, ABGB⁴ § 1168 Rz 7; *Kletečka* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1168 Rz 39; *Krejci* in Rummel, ABGB I³ § 1168 Rz 28; stRsp: RIS-Justiz RS0021875; zuletzt OGH 17.10.2012, 3 Ob 180/12k.

¹²⁴⁾ So HHB 78 BlgHH XXI. Session 243 („Zeitverlust ‚bei der Ausführung‘, nicht bei unterbliebener Ausführung“) und 222.

¹²⁵⁾ So HHB 78 BlgHH XXI. Session 222 zu § 1155 ABGB, wobei bei § 1168 ABGB auf diese Ausführungen verwiesen wird (HHB 78 BlgHH XXI. Session 243).

¹²⁶⁾ So auch *Krejci*, ÖZW 1999, 71.

I. Pflichten im Rahmen der örtlichen Bauaufsicht

Der in 10 Ob 10/10h zu beurteilende Vertrag enthält neben Architektur- und Ingenieurleistungen auch die Pflicht zur Durchführung der örtlichen Bauaufsicht. Für die Frage, welche Pflichten im Rahmen der örtlichen Bauaufsicht im konkreten Vertragsverhältnis bestehen, kann nur die Parteienvereinbarung maßgeblich sein.¹²⁷⁾ Legen die Parteien den Pflichtenkatalog nicht ausreichend genau fest, ist die Vereinbarung nach der Übung des redlichen Verkehrs auszulegen (§ 914).¹²⁸⁾ Allgemein umfasst die örtliche Bauaufsicht die Bauüberwachung und Koordination, Termin- und Kostenverfolgung, Qualitätskontrolle, Rechnungsprüfung, Bearbeitung von Mehr- und Minderkostenforderungen, Übernahme und Abnahmen, Mängelfeststellung und -bearbeitung, Dokumentation und sonstige Teilleistungen (zB temporäre Übernahme der Bauherrnkompetenzen bei Gefahr im Verzug).¹²⁹⁾ Nach dem OGH gehören zur örtlichen Bauaufsicht all jene Kontrolltätigkeiten, die sich unmittelbar auf den Baufortschritt beziehen und nur im Zusammenhang mit Wahrnehmungen auf der Baustelle selbst sinnvoll ausgeübt werden können.¹³⁰⁾ Welche Aufgaben die örtliche Bauaufsicht in 10 Ob 10/10h umfasste, kann der Entscheidung nicht entnommen werden. Das Erstgericht hat lediglich festgestellt, dass die Mängel am Werk teilweise auch auf die Bauaufsicht zurückzuführen seien. Naheliegend ist daher, dass von der Bauaufsicht auch Kontroll- und Überprüfungstätigkeiten durchzuführen gewesen wären, was offenbar nicht oder nicht ordnungsgemäß erfolgt ist.

II. Charakterisierung der Pflichten

Während die Architektur- und Ingenieurleistungen werkvertraglichen Charakter haben, sind die Kerntätigkeiten der örtlichen Bauaufsicht dienstvertraglicher bzw auftragsvertraglicher Natur.¹³¹⁾

So ist etwa die Bauüberwachung is einer tatsächlichen Kontrolle der Bauleistungen dem freien Dienstvertrag sehr ähnlich.¹³²⁾ Eine werkvertragliche Pflicht kann darin meist nicht

¹²⁷⁾ Deshalb zu pauschal RIS-Justiz RS0058803; wie hier auch auch *Mogel/Cronenberg*, Regress zwischen Bauunternehmen und Bauaufsicht, bbl 2014, 192 (192).

¹²⁸⁾ Siehe auch *Mogel/Cronenberg*, bbl 2014, 192.

¹²⁹⁾ Siehe „Leitfaden zur Kostenabschätzung von Planungsleistungen Band 3 – ÖBA – Örtliche Bauaufsicht; Stand: 30.04.2006“, ausgegeben von der Bundesinnung Bau der Wirtschaftskammer (abrufbar unter: <wko.at/branchen/gewerbe-handwerk/bau/Band_3__Oertliche_Bauaufsicht_1._Auflage.pdf>); vgl auch *Rindler/Pflaum* in Pflaum/Karlberger/Wiener/Opetnik/Rindler/Henseler, Handbuch des Ziviltechnikerrechts² (2015) 108.

¹³⁰⁾ RIS-Justiz RS0058803.

¹³¹⁾ Siehe auch *Krejci* in Rummel, ABGB I³ § 1151 Rz 87, § 1165 f Rz 14.

¹³²⁾ *Krejci* in Rummel, ABGB I³ § 1151 Rz 87; *Pflaum/Schima*, Der Architektenvertrag (1991) 16 (bei Fn 2) und 41 f; *Rindler/Pflaum* in Pflaum ea, Handbuch² 7.

erblickt werden, weil keine „bestimmte, letztlich abgeschlossene Tätigkeit“¹³³⁾ iS eines Werkerfolgs¹³⁴⁾ gefordert ist. Vielmehr ist im Rahmen der Bauaufsicht meist nur die sorgfältige Durchführung der im jeweiligen Bauabschnitt anfallenden Aufsichtstätigkeiten geschuldet und dies zeitlich so lange die Bauausführung dauert.¹³⁵⁾ Die Aufsichtstätigkeiten sind daher regelmäßig Sorgfaltspflichten.¹³⁶⁾ Der Aufsichtspflichtige hat eben nicht für die Herstellung des Bauwerkes einzustehen, sondern muss diese nur im Interesse des Bauherrn überwachen.¹³⁷⁾ Dass § 1052 ABGB auch auf dienstvertragliche Leistungen Anwendung findet, wird nur von einer Mindermeinung¹³⁸⁾ bestritten. Wenn vom Aufsichtführenden auch Vertretungshandlungen zu setzen sind, enthält der Vertrag auch Elemente eines Bevollmächtigungsvertrags.¹³⁹⁾

Ob nun die Kombinationstheorie anzuwenden ist und der Vertrag als gemischter Vertrag anzusehen ist¹⁴⁰⁾ oder die Absorptionstheorie zur Anwendung kommt (die Judikatur dazu ist nicht eindeutig)¹⁴¹⁾, ist für die Beurteilung, ob ein Zurückbehaltungsrecht besteht, einerlei.

Der OGH nimmt eine Kategorisierung der Leistungen in 10 Ob 10/10h offenbar gar nicht vor, was mitunter auch dazu führt, dass Fälligkeit und Rechtsfolgen der Nichterfüllung der verschiedenartigen Leistungen des Werkunternehmers bzw „Aufsichtspflichtigen“ nicht differenziert werden. Dazu im Detail sogleich.

III. Fälligkeit der Leistungen im Rahmen der örtlichen Bauaufsicht

Das Werk selbst soll zum Endfertigstellungstermin oder mangels vertraglicher Vereinbarung der Natur der Sache nach innerhalb der für das konkrete Werk angemessenen

¹³³⁾ *Mazal*, Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag, *ecolex* 1997, 277 (279).

¹³⁴⁾ Siehe zur Abgrenzung auch *Lukas*, Anwaltshaftung und Beweislast – Zugleich eine Besprechung von 6 Ob 596/92, JBI 1994, 62 (65).

¹³⁵⁾ Vgl dazu *Pflaum/Schima*, Architektenvertrag 95 f.

¹³⁶⁾ So auch *Hussian*, Die Haftung des Architekten und der örtlichen Bauaufsicht, ZRB 2015, 139 (144).

¹³⁷⁾ Siehe *Mogel/Cronenberg*, *bbl* 2014, 194, 196.

¹³⁸⁾ *Fischer*, Das Zurückbehaltungsrecht im Arbeitsrecht?, ZAS 1987, 109; dagegen hA: *Apathy* in KBB, ABGB⁴ § 1052 Rz 1; *F. Bydlinski* in FS Steinwenter 150 f; *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 191 ff; *derselbe* in FS Schwarz 89; *Spitzer/Binder* in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ § 1052 Rz 55–60; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 1052 Rz 21; stRsp zum Arbeitsvertrag: RIS-Justiz RS0020176, zuletzt OGH 9 ObA 39/11t = *ecolex* 2012, 1007; auch 9 ObA 6/94 = RdW 1994, 357; zum freien Dienstvertrag: OGH Nr 12769 = GIU 4485; mit Einschränkungen *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II – Sachprobleme⁷ (2011) 116 ff; auch schon *Tomandl*, Arbeitsrecht 2 – Sachprobleme (1990) 99 f.

¹³⁹⁾ So auch *Krejci* in Rummel, ABGB I³ § 1151 Rz 87; OGH 7 Ob 515/91 = JBI 1992, 114 (*Karollus*); 5 Ob 262/65 = EvBl 1966/336.

¹⁴⁰⁾ So etwa *Hussian*, ZRB 2015, 139; *Pflaum/Schima*, Architektenvertrag 42; *Riedler* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 859 Rz 15; RIS-Justiz RS0019364.

¹⁴¹⁾ Siehe dazu die Ausführungen bei *Strasser* in Rummel, ABGB I³ § 1002 Rz 27; RIS-Justiz RS0021309; RS0019364.

Frist fertiggestellt sein.¹⁴²⁾ Auch die *Erfüllungszeit* für die Leistungen im Rahmen der örtlichen Bauaufsicht ist primär der Parteienvereinbarung zu entnehmen. Da die Parteien für die im Vorhinein zum Teil nicht einmal konkret bestimmbar Leistungen¹⁴³⁾ aber häufig keine konkrete Fälligkeit festlegen,¹⁴⁴⁾ hat sich die Leistungszeit an Natur und Zweck der jeweiligen Leistung zu orientieren. Die Teilleistungen sind insofern dem *Fortschritt der Bauausführung* entsprechend¹⁴⁵⁾ rechtzeitig und in angemessener Frist zu erbringen.¹⁴⁶⁾ So ist etwa die Kontrolle des Gewerks eines Subunternehmers auf fachgerechte Ausführung, Übereinstimmung mit dem Vertrag und den bautechnischen Vorschriften in der Regel innerhalb angemessener Frist nach Fertigstellung durch den Subunternehmer durchzuführen. Auch muss der Aufsichtspflichtige zwar nicht ununterbrochen, aber doch zu gewissen Zeiten auf der Baustelle anwesend sein, um wichtige Baumaßnahmen bzw -abschnitte bereits in ihrer Ausführung zu überwachen und gegebenenfalls korrigierend einzugreifen.¹⁴⁷⁾ Zwar ist die Bestimmung der Angemessenheit der Leistungsfrist bzw der konkreten Leistungszeit eine Frage des Einzelfalls und kann hier nicht gelöst werden. Fest steht jedoch, dass der Aufsichtspflichtige bereits vor Fertigstellung des Baus seine Leistungspflicht verletzt, wenn er etwa eine Überprüfung im Rahmen der Bauaufsicht nicht binnen der zu ermittelnden angemessenen Frist durchführt.

IV. § 1052 S 1 ABGB bei mangelhafter Bauaufsicht

Es stellt sich nun die Frage, ob der Bauherr seine Teilleistungen zurückbehalten kann, wenn der Aufsichtspflichtige säumig ist. Hinsichtlich der allgemeinen Fragen zum Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1052 S 1 ABGB (Einrede des nicht [gehörig] erfüllten Vertrages) sei auf die Ausführungen in Kapitel B.I. und B.II. dieses Beitrags verwiesen.

¹⁴²⁾ *Schwebisch*, Fälligkeitskonzepte 110 f.

¹⁴³⁾ *Jagenburg* in Bindhardt/Jagenburg, Die Haftung des Architekten⁸ (1981) § 6 Rz 111.

¹⁴⁴⁾ *Jagenburg* in Bindhardt/Jagenburg, Haftung⁸ § 6 Rz 166.

¹⁴⁵⁾ Vgl RIS-Justiz RS0058803 („Kontrolltätigkeiten, die sich unmittelbar auf den Baufortschritt beziehen“).

¹⁴⁶⁾ So (allgemein für die von ihnen genannten Architektenpflichten und daher wohl auch für die örtliche Bauaufsicht) *Pflaum/Schima*, Architektenvertrag 91; siehe auch *Rindler/Henseler/Pflaum* in Pflaum ea, Handbuch² 108 („Der Ziviltechniker hat die verschiedenen Bauleistungen rechtzeitig zu untersuchen und etwaige ihm erkennbare Baustoff- oder Ausführungsmängel unverzüglich zu beanstanden“); zum deutschen Recht: *Jagenburg* in Bindhardt/Jagenburg, Haftung⁸ § 6 Rz 166 (auch wenn sie als Beispiel für nicht rechtzeitige Erfüllung in der Folge die Erstellung von Bauvorlagen und Ausführungszeichnungen heranziehen), vgl auch § 6 Rz 110 ff.

¹⁴⁷⁾ *Pflaum/Schima*, Architektenvertrag 96; *Rindler/Henseler/Pflaum* in Pflaum ea, Handbuch² 109 f; vgl auch RIS-Justiz RS0058803, erstmals OGH 5 Ob 91/91 („Kontrolltätigkeiten, die sich unmittelbar auf den Baufortschritt beziehen und nur im Zusammenhang mit Wahrnehmungen auf der Baustelle selbst sinnvoll ausgeübt werden können“); vgl ebenso die stRsp des BGH: VII ZR 171/61 = NJW 1963, 1401; VII ZR 132/69 = NJW 1971, 1130; zum Umfang der Aufsichtspflicht ausführlich und deshalb viel zitiert: OLG München 24 U 831/86 = NJW-RR 88, 336; aus neuerer Zeit fordert OLG Düsseldorf 07.04.2016, I-5 U 135/14 sogar „bei einfachen, gängigen Tätigkeiten, die für die Funktionalität der Gesamtwerkleistung nicht wichtig sind“, zumindest Stichproben während und am Ende der Ausführung des jeweiligen Gewerks.

Vorweg kann festgehalten werden, dass die örtliche Bauaufsicht auch in Kombination mit anderen Leistungen wie Architektur- und Ingenieurleistungen in der Regel als Hauptleistungspflicht oder zumindest als äquivalente Nebenpflicht zu behandeln ist.¹⁴⁸⁾ Insofern muss auf die Unterscheidung zwischen Haupt- und äquivalenten Nebenpflichten einerseits und inäquivalenten Nebenpflichten andererseits im Zusammenhang mit Austauschverhältnissen¹⁴⁹⁾ nicht näher eingegangen werden.

Zweck der örtlichen Bauaufsicht ist vor allem die Risikominimierung.¹⁵⁰⁾ Sie stellt eine zusätzliche Sicherheitsmaßnahme dar, um eine mangelfreie Herstellung des Bauwerks zu erreichen.¹⁵¹⁾ Vor allem soll sie dem Werkbesteller ermöglichen, Mängel frühzeitig zu erkennen und deren Behebung zu fordern, bevor sich diese durch Fortschreiten der Werkherstellung nicht oder nur mehr schwer beheben lassen. Der Wert dieser Leistungen spiegelt sich auch im vom Werkbesteller zu zahlenden Entgelt wieder (in 10 Ob 10/10h wurde der Anteil am Entgelt aufgrund der pauschalen Beurteilung nicht ermittelt). Wenn ihr aber nach dem Parteiwillen ein entsprechender *Teil des Entgelts* gegenübersteht, steht die örtliche Bauaufsicht in ihrer Gesamtheit in einem *Austauschverhältnis* zur Gegenleistung.

Dass die Anwendung des Zurückbehaltungsrechts bei Leistungsstörungen im Zusammenhang mit der örtlichen Bauaufsicht häufig von entscheidender Bedeutung ist, lässt sich an einem Beispiel zeigen: Hinsichtlich der Kontrolltätigkeiten kann während laufender Abwicklung regelmäßig festgestellt werden, ob erforderliche Einzelleistungen erbracht wurden. Hat der Aufsichtspflichtige eine erforderliche Qualitätsprüfung nicht durchgeführt, kann es vorkommen, dass der für den nächsten Bauabschnitt herangezogene Werkunternehmer mit seiner Arbeit noch nicht beginnen kann. Jedenfalls liegt es nicht im Interesse des Werkbestellers, etwa den Bodenleger mit seiner Arbeit beginnen zu lassen, wenn nicht vorher der Aufsichtspflichtige den Estrich auf Mängel überprüft hat. Dies würde dem mit der Vereinbarung der örtlichen Bauaufsicht verfolgten Sicherungszweck zuwiderlaufen. Derartige Fälle verlangen nach einem Mittel, um den Aufsichtspflichtigen zur Erfüllung seiner Verpflichtung zu bewegen. Dieses finden wir im Zurückbehaltungsrecht

¹⁴⁸⁾ Auch *Pflaum/Schima*, Architektenvertrag 41 ordnen die örtliche Bauaufsicht den Hauptleistungspflichten des Architekten zu.

¹⁴⁹⁾ *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 8; *Dullinger*, Schuldrecht AT⁶ Rz 2/46; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1052 Rz 8.

¹⁵⁰⁾ Vgl OGH 1 Ob 2409/96p = SZ 70/198.

¹⁵¹⁾ Siehe so auch *Seebacher/Andrieu*, Der Regress der Örtlichen Bauaufsicht als Solidarschuldnerin – Eine rechtsdogmatische Betrachtung, bbl 2012, 109 (109); *Hussian*, ZRB 2015, 144; *Mogel/Cronenberg*, bbl 2014, 193; *Pflaum/Schima*, Architektenvertrag 95; *Rindler/Henseler/Pflaum* in *Pflaum* ea, Handbuch² 108; siehe dazu auch RIS-Justiz RS0108535.

gemäß § 1052 S 1, das neben seiner Sicherungsfunktion gerade auch „Druckfunktion“¹⁵²⁾ hat und somit taugliches Verteidigungsmittel ist, um den Aufsichtspflichtigen zur Erfüllung seiner Leistungspflicht zu bewegen und eine weitere Verzögerung des Baufortschritts zu verhindern.

Ein Zurückbehaltungsrecht steht freilich nur dann zu, wenn die verletzte Leistungspflicht noch besteht.¹⁵³⁾ Ist die Erfüllung der entsprechenden Pflicht des Werkunternehmers hingegen *nicht mehr nachholbar*, kann der Werkbesteller seine Zahlungen nicht wegen dieser zurückhalten.

Um eine derartige Beurteilung für den der Entscheidung 10 Ob 10/10h zugrundeliegenden Sachverhalt vorzunehmen, fehlen die nötigen Feststellungen der Unterinstanzen. Da der OGH eine Differenzierung der Leistungen des Werkunternehmers/Aufsichtspflichtigen aber nicht vorgenommen und folglich die Leistungszeit derselben nicht unterschieden, sondern unter Vorhalt des „Vorschuss“-Begriffs eine Vorleistung des Werkbestellers hinsichtlich aller von seinem Vertragspartner zu erbringenden Leistungen angenommen hat, hielt er es auch nicht für nötig, dem Erstgericht diesbezügliche Feststellungen im zweiten Rechtsgang aufzutragen. Zwar war im gegebenen Fall wohl das Gros der Leistungen des Aufsichtspflichtigen ohnehin nicht mehr nachholbar und diesbezüglich eine Leistungsverweigerung des Werkbestellers nicht mehr zulässig. Die pauschale Aussage, dem Werkbesteller stehe aufgrund der Vorschussvereinbarung hinsichtlich keiner der verschiedenartigen Leistungen ein Zurückbehaltungsrecht zu, scheint aber überschießend und birgt die Gefahr, dass künftige Fälle darauf aufbauend falsch beurteilt werden.

D. Fazit

Vorschüsse im Zusammenhang mit Werkverträgen sind nach Ansicht des OGH Teilleistungen auf das Werkentgelt vor Fertigstellung des Werks, die nicht bestimmte Teilleistungen abgelten sollen.¹⁵⁴⁾ Auch Vorschüsse nach dem Verständnis des OGH stehen im Austauschverhältnis zur Werkleistung.¹⁵⁵⁾

Wenn die Werkleistung anders als das Werkentgelt nicht in Teilleistungen gegliedert ist und somit über die Einrede nicht gehöriger Erfüllung (§ 1052 S 1 ABGB) einer drohenden Säumnis des Werkunternehmers nicht entgegengewirkt werden kann, bleibt dem

¹⁵²⁾ RIS-Justiz RS0018507; erst kürzlich 22.03.2016, 5 Ob 143/15p; *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 1 („Druckmittel“) und 6 („Verteidigungsmittel“); *F. Bydlinski* in FS Steinwenter 143 („Verteidigungsmittel“); *Lukas*, *Zession* und *Synallagma* 180 („Sicherungs- und Druckausübungsinstrument“); *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1052 Rz 5 mwN aus der Judikatur.

¹⁵³⁾ *Aicher* in Rummel, ABGB I³ § 1052 Rz 9.

¹⁵⁴⁾ Siehe Kapitel B.II.

¹⁵⁵⁾ Siehe Kapitel B.II.

Werkbesteller lediglich die Unsicherheitseinrede gemäß § 1052 S 2 ABGB.¹⁵⁶⁾ Diese ist mittels Analogie vorsichtig auf andere Leistungshindernisse als schlechte Vermögensverhältnisse auszudehnen. Ist die *vollständige und rechtzeitige Erfüllung* der Gegenleistung – auch aus anderen Gründen als schlechter Vermögensverhältnisse des Nachleistungspflichtigen – *in erheblichem Maße* gefährdet, kann der Vorleistungspflichtige seine Leistung gemäß § 1052 S 2 ABGB analog zurückbehalten.¹⁵⁷⁾ Für den zu Vorschüssen verpflichteten Werkbesteller bedeutet dies, dass er den Ansprüchen auf Vorschussleistung die Unsicherheitseinrede entgegenhalten kann, wenn die rechtzeitige und vollständige Erfüllung der Werkleistung in erheblichem Maße gefährdet ist.

Bei *entgeltlichen Verträgen* über Architektur- und Bauleistungen, die auch zur *örtlichen Bauaufsicht*¹⁵⁸⁾ verpflichtet, stehen auch die im Rahmen der örtlichen Bauaufsicht zu erbringenden Leistungen im Austauschverhältnis zum Entgelt.¹⁵⁹⁾ Werden diese Leistungen bei Fälligkeit, welche meist dem Zweck der Leistung nach zu bestimmen sein wird,¹⁶⁰⁾ nicht vertragsgemäß erbracht, kann der Bauherr dem Entgeltanspruch des Aufsichtführenden die *Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrages* (§ 1052 S 1 ABGB) entgegenhalten, solange die betreffende Leistung vom Aufsichtführenden noch nachgeholt werden kann.

Korrespondenz: Univ.-Ass. Mag. *Dominic Gerstberger*, Institut für Zivilrecht, Universität Linz, Altenberger-Straße 69, 4040 Linz, Österreich; E-Mail: dominic.gerstberger@jku.at.

¹⁵⁶⁾ Siehe Kapitel B.II. aE, B.III. und B.IV.

¹⁵⁷⁾ Siehe Kapitel B.IV.

¹⁵⁸⁾ Siehe Kapitel C.I. und C.II.

¹⁵⁹⁾ Siehe Kapitel C.IV.

¹⁶⁰⁾ Siehe Kapitel C.III.