

Welches Entgelt gebührt bei einer Verlustkalkulation nach einer Abbestellung?

1. Nach § 1168 Abs 1 ABGB gebührt dem Unternehmer das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände auf Seiten des Bestellers, wie insbesondere die Abbestellung des Werks, an der Ausführung des Werks (endgültig) verhindert worden ist. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben verabsäumt hat.
2. Bei der Ermittlung dessen, was dem Unternehmen zu vergüten ist, ist daher zunächst zu errechnen, welche Vergütung ihm zustünde, wenn das Vertragsverhältnis nicht durch Stornierung des Vertrags seitens des Bestellers beendet worden wäre. Dieser Entgeltanspruch ist auf Antrag des Bestellers um das zu mindern, was sich der Unternehmer infolge Unterbleibens erspart hat, wie insbesondere nicht verbrauchtes Material und Entgelt für nicht in Anspruch genommene Fremdleistungen, und damit um variable Kosten. Aufwendungen für Produktionsfaktoren, die zwar nicht eingesetzt wurden, aber trotzdem bereitgehalten und bezahlt wurden (Fixkosten), sind nicht als Erspartes anzurechnen.

<https://doi.org/10.33196/zrb201901003101>

OGH 25.06.2018, 8 Ob 121/17b

Deskriptoren: Werkvertrag, Entgelt, Abbestellung; § 1168 ABGB.

Sachverhalt

Die Beklagte schrieb für ihr Betriebsgebäude die Herstellung von Fassaden-Sandwichpaneelen und einer Blechfassade aus. Die Klägerin legte für diese Gewerke ein schriftliches Anbot, das bei der Vergabeverhandlung von der Beklagten angenommen wurde. Die Parteien schlossen einen Werkvertrag, wonach die Klägerin die Sandwichpaneel um 73.020 EUR netto und die Blechfassade um 51.800 EUR netto je abzüglich eines Nachlasses von 7 % ausführen sollte.

Trotz Leistungsbereitschaft der Klägerin unterblieb die Ausführung des Werks, weil sich die Beklagte auf den Standpunkt stellte, dass kein Vertrag abgeschlossen worden war. Sie ließ die Arbeiten von einem anderen Unternehmen ausführen.

Die Klägerin begehrt unter Berücksichtigung einer Eigensparnis von 83.629,- EUR netto die Zahlung des restlichen Werklohns von 38.944,32 EUR.

Die Beklagte bestritt und brachte vor, das Werk sei zu dem angebotenen Preis technisch nicht mangelfrei innerhalb der Frist ausführbar gewesen. Die Klägerin hätte vielmehr einen erheblichen Verlust erlitten. So habe sie die Sandwichpaneel um 55,- EUR netto/m² angeboten, sie hätte das Material jedoch bestenfalls um 70,- EUR netto/m² zukaufen können, zuzüglich der Kosten des Fugenmaterials bedeutet das einen Nettoverlust an Material

von 31,- EUR pro m². Auch bei der Blechfassade seien die Materialkosten und die Arbeitskosten wesentlich geringer veranschlagt gewesen als von der Firma, die letztlich die Ausführung übernommen habe. Die Lohnkosten seien ebenfalls zu gering angesetzt. Für LKW-Transport und Montagekosten mit Bühne seien nur 550,- EUR netto kalkuliert worden, die ausführende Firma habe dafür 37.700,- EUR netto auslegen müssen.

Obwohl die schließlich ausführende Firma um insgesamt 160.274,56 EUR (netto) abgeschlossen habe, habe sie einen Gesamtverlust von rund 41.200,- EUR netto erlitten. Der Werkvertrag hätte daher von der Klägerin niemals kostendeckend mangelfrei ausgeführt werden können.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht wies die Klage ab. Es traf nachfolgende Feststellungen: „Bei tatsächlicher Ausführung des Werkvertrags hätte die Klägerin, die ihre Angebote insgesamt zu niedrig kalkuliert hatte, bei Gesamtbetrachtung beider Gewerke (Blechfassade und Sandwichpaneel) jedenfalls insgesamt einen Verlust erlitten. Dieser Verlust ist durch das Unterbleiben der Auftragsdurchführung nicht eingetreten“.

Rechtlich führte es aus, dass bei Unterbleiben der Werk-ausführung kein Vergütungsanspruch bestehe, wenn sich der Unternehmer die verlustbringenden Aufwendungen erspart habe. Da nicht feststehe, ob die Klägerin überhaupt Aufwendungen getätigt habe, habe sie keinen Werklohnanspruch.

Der Berufung der Klägerin gab das Berufungsgericht nicht Folge. Bei Abbestellung des Werks habe der Unternehmer nach § 1168 Abs 1 ABGB Anspruch auf den

Werklohn. Er solle jedoch weder besser noch schlechter gestellt werden als bei Ausführung des Werks. Es stehe fest, dass die Klägerin bei Ausführung der Arbeiten einen Verlust erlitten hätte. Dieser sei aufgrund der Nichtdurchführung nicht entstanden. Bei einer nicht kostendeckenden Verlustkalkulation gebühre nur ein entsprechender Teil des Aufwands. Dass im konkreten Fall nähere Feststellungen zur Höhe des Verlustes fehlten, schade nicht, da es Sache der Klägerin gewesen wäre, ihren bis zur Abbestellung des Geschäfts getätigten Aufwand zu beweisen. Das sei ihr jedoch nicht gelungen. Es fehle aber auch an entsprechenden Behauptungen. Daher könne sie auch keinen anteiligen Ersatz ihres Aufwands begehren.

Die Revision ließ das Berufungsgericht nicht zu.

Die Klägerin begehrt in ihrer gegen die Abweisung eines Betrags von 35.000,- EUR gerichteten außerordentlichen Revision, das Urteil dahingehend abzuändern, dass der Klage stattgegeben wird.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Revision ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichts zur Klarstellung der Rechtslage zulässig und auch im Sinne des Aufhebungsantrags berechtigt. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen. Nicht mehr strittig im Revisionsverfahren ist, dass ein Werkvertrag zustande gekommen ist, dessen Ausführung aufgrund von Umständen, die die Beklagte zu vertreten hat, unterblieben ist.

1. Nach § 1168 Abs 1 ABGB gebührt dem Unternehmer das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände auf Seiten des Bestellers, wie insbesondere die Abbestellung des Werks, an der Ausführung des Werks (endgültig) verhindert worden ist. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben verabsäumt hat. Bei der Ermittlung dessen, was dem Unternehmen zu vergüten ist, ist daher zunächst zu errechnen, welche Vergütung ihm zustünde, wenn das Vertragsverhältnis nicht durch Stornierung des [Ver]trags seitens des Bestellers beendet worden wäre. Dieser Entgeltanspruch ist auf Antrag des Bestellers um das zu mindern, was sich der Unternehmer infolge Unterbleibens erspart hat, wie insbesondere nicht verbrauchtes Material und Entgelt für nicht in Anspruch genommene Fremdleistungen, und damit um variable Kosten. Aufwendungen für Produktionsfaktoren, die zwar nicht eingesetzt wurden, aber trotzdem bereitgehalten und bezahlt wurden (Fixkosten), sind nicht als Ersparnis anzurechnen (vgl. *Reb-*

hahn/Kietaibl in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1168 Rz 35).

2. Der Unternehmer muss seine Leistungsbereitschaft, das Unterbleiben infolge von Umständen auf Seiten des Bestellers und die Höhe seines Anspruchs behaupten und beweisen (RIS-Justiz RS0021841 [T3]; vgl. auch *Reiner* in Schwimann, ABGB Taschenkommentar³ § 1168 Rz 10 ua). Es ist aber Sache des Bestellers, konkrete Behauptungen darüber aufzustellen und zu beweisen, was sich der Unternehmer durch das Unterbleiben der Arbeit erspart hat (RIS-Justiz RS0021768; RS0112187; RS0021841).

3. § 1168 Abs 1 ABGB bezweckt, die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts für den Unternehmer zu erhalten. Er soll durch die Stornierung des Werk[ver]trags keine Schlechterstellung, aber auch keine Besserstellung auf Kosten des Vertragspartners erfahren (RIS-Justiz RS0021779). Eine Besserstellung würde aber eintreten, wenn der Werklohn so kalkuliert wurde, dass der Unternehmer bei Ausführung des [Ver]trags einen Verlust erlitten hätte, ihm aber dennoch der gesamte bis zur Stornierung des [Ver]trags getätigte Aufwand zuerkannt würde (vgl. *Krejci* in Rummel, ABGB³ § 1168 Rz 15). Davon ausgehend wurde in der vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung 1 Ob 642/90 darauf verwiesen, dass es vom Ansatzpunkt her unzutreffend sei, einen Ersatzanspruch des Unternehmers nach den von ihm getätigten Aufwendungen zu bestimmen und den Aufwand noch daraufhin zu prüfen, ob er angemessen sei.

Den Vorinstanzen kann jedoch nicht darin gefolgt werden, dass, weil die Klägerin nicht nachweisen konnte, in Ausführung des Werks bereits einen Aufwand getätigt zu haben, ihr deshalb überhaupt kein Anspruch zusteht. Richtig zeigt die Revision auf, dass bei Verlustgeschäften, also Geschäften, bei denen das vereinbarte Entgelt die Gesamtkosten des Unternehmers bei [Ver]trags Erfüllung nicht abdecken kann, nicht auszuschließen ist, dass dessen ungeachtet die Fixkosten zumindest zum Teil abgedeckt hätten werden können, wodurch das unternehmerische Gesamtergebnis verbessert worden wäre. Betragen bei einem vereinbarten Entgelt von 80 die Fixkosten 60 und die variablen Kosten 40 hätte der Verlust bei Ausführung 20 betragen. Soll der Unternehmer bei Unterbleiben der Ausführung genauso gestellt werden wie bei Durchführung muss er, trotzdem es sich um ein Verlustgeschäft handelt, 40 erhalten.

Gerade dieses Ergebnis erzielt man aber, wenn man, wie vom Gesetz vorgesehen, vom vereinbarten Entgelt die ersparten Aufwendungen abzieht (vgl. dazu die ausführliche Darstellung in *Van Gelder*, NJW 1975, 189 ff zur vergleichbaren Bestimmung des § 649 Satz 2 BGB). Im Rahmen der nicht ersparten Ausgaben verbleibt dann dem Unternehmer jener Verlust, der auch bei Durchführung des Rechtsgeschäfts nicht hätte vermieden werden können. Nur wenn diese Berechnung ein negatives Er-

gebnis ergäbe, hätte der Werkunternehmer keinen Ersatzanspruch. Dies steht auch im Einklang mit der zitierten Entscheidung 1 Ob 642/90, die letztlich nur darauf verweist, dass das nach § 1168 Abs 1 ABGB zu zahlende Entgelt bei Verlustgeschäften nicht ohne weiteres mit dem bereits getätigten Aufwand gleichzusetzen ist, da der Unternehmer sonst besser gestellt würde als bei einer Ausführung des Geschäfts.

4. Aus den getroffenen Feststellungen lässt sich jedoch nur ableiten, dass das Geschäft für die Klägerin als solches einen Verlust dargestellt hätte, nicht aber, ob die Klägerin durch das wirtschaftliche Ergebnis bei Durchführung des [Ver]trags nicht ungeachtet des Umstands, dass es sich insgesamt um ein Verlustgeschäft gehandelt hat, einen wirtschaftlichen Vorteil lukrieren hätte können.

Dem Berufungsgericht kann auch nicht darin gefolgt werden, dass die Klägerin diesbezüglich ihrer Behaup-

tungs- und Beweislast nicht nachgekommen ist. Die Klägerin hat das vereinbarte Entgelt abzüglich von ihr selbst angerechneter Ersparnisse geltend gemacht. Dass darüber hinaus Anrechnungen vorzunehmen sind, die zu einem so negativen Ergebnis führen, sodass für die Klägerin überhaupt kein wirtschaftlicher Vorteil mit dem Geschäft verbunden gewesen wäre, ist aber, wie ausgeführt, von der Beklagten zu behaupten und zu beweisen.

Da das Erstgericht ausgehend von der vom erkennenden Senat nicht geteilten Rechtsansicht die zur rechtlichen Beurteilung erforderlichen Feststellungen nicht getroffen hat, lässt sich die Berechtigung des Klagebegehrens derzeit nicht beurteilen. Die Entscheidungen der Vorinstanzen waren daher aufzuheben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Der Entscheidung ist vollinhaltlich zuzustimmen. Ein entscheidendes Argument wird allerdings gar nicht behandelt:

Wenn ein Unternehmer einen „Unterpreis“ anbietet, so wird dies einen Grund haben. Er verspricht sich irgendeinen Vorteil, weil altruistisches Handeln wohl kaum je beabsichtigt ist. Zu denken ist etwa daran, dass ein Referenzprojekt hergestellt werden soll. Der Unternehmer plant zukünftig zB an Ausschreibungen eines öffentlichen Bestellers teilzunehmen und da ist damit zu rechnen, dass entsprechende Referenzen beizubringen sind, die der Unternehmer aber bislang nicht hat ... Das ist kein an den Haaren herbeigezogenes Beispiel und es lassen sich auch viele andere nennen – Interessierten ist der Blick in ein Lehrbuch für allgemeine Betriebswirtschaftslehre oder Marketing zu empfehlen (Stichwort: Preispolitik).

Für den Unternehmer hat der Vertrag trotz des „Unterpreises“ einen positiven Wert. Dieser „Wert“ lässt sich natürlich kaum zwingend beweisen – nur darauf kommt es eben nicht an! Erfolgreiche Unternehmer sind nicht deshalb erfolgreich, weil sie unoriginell irgendwelche „Anleitungen“ anwenden, sondern weil sie „das richtige Gespür“ haben. Die entsprechenden Erwartungen des Unternehmers werden nun durch eine „Abbestellung“ frustriert. Wieso soll der vertragstreue

(sic!) Unternehmer den erhofften Nutzen nun (ersatzlos) verlieren?

Man erinnere sich an zwei zentrale Grundsätze: Die Privatautonomie und den Satz „*pacta sunt servanda*“. Jeder ist seines Glückes Schmied – niemandem ist vorzuschreiben welche Verträge er abzuschließen hat – niemand muss sich dafür rechtfertigen, dass er einen bestimmten Vertrag abschließt oder eben nicht abschließt – maW: die Motivation zum Vertragsabschluss ist nicht zu hinterfragen (etwas anders ist dies allenfalls im Geltungsbereich des öffentlichen Vergaberechts, nur soll dieser hier ausgeklammert bleiben). Wird aber ein Vertrag abgeschlossen, so bleibt es dann dabei, gleich ob das Geschäft für einen Teil besonders gut oder besonders schlecht ist.

Der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ wird für Bauwerkverträge nun durchbrochen „*weil es unbillig und unzweckmäßig wäre, [den Besteller] zu zwingen, das Werk auch dann herstellen zu lassen, wenn sein Interesse daran nicht mehr besteht*“ (OGH 04.06.2014, 7 Ob 43/14w). Ob das auch dann gelten soll, wenn der Unternehmer nicht bloß Interesse am vereinbarten Entgelt, sondern auch ein darüber hinausgehendes hat (siehe zum Beispiel oben), mag hier dahingestellt bleiben.

Die Möglichkeit der Abbestellung ist ein Durchbruch eines zentralen Grundsatzes der

Rechtsordnung zu Gunsten des Bestellers! Dieser Vorteil darf aber natürlich keinesfalls zu Lasten des Unternehmers gehen.

Ein konkretes Beispiel: Der Unternehmer bietet ein Werk, das ihm selbst Kosten von 100 verursacht, um bloß 80 an. Er tut das sicher nicht selbstlos, sondern weil er sich irgendeine „Umwegrentabilität“ von (zumindest) 20 erwartet. Selbst wenn der Unternehmer noch keine Produktionsfaktoren beschafft oder reserviert hat und er sich alle (!) Kosten einsparen kann, so entgeht ihm durch die Abbestellung die von ihm mit 20 bewertete Chance.

Wenn man es ernst meint mit der Aussage, dass der Unternehmer durch die Stornierung eines Werkvertrags keine Schlechterstellung erfahren darf, dann muss man diesen Entgang kompensieren. Wie käme der Unternehmer nun aber plötzlich dazu, den „Wert“ dieses Entgangs zu beweisen oder auch nur zu bescheinigen oder auch nur zu argumentieren? Niemand muss sich schließlich dafür rechtfertigen, dass er einen Vertrag abgeschlossen hat! Dies darf auch nicht durch ein Hintertürchen geschehen. Dabei muss man der Versuchung widerstehen, in schadenersatzrechtlichen Kategorien zu denken, wonach nur gewisse Schäden zu ersetzen sind und der Geschädigte mit einer Fülle von Beweispflichten belastet ist

(Schadenersatz würde übrigens schon aus dem Grund ausscheiden, dass „*die Abbestellung (Stornierung) durch den Besteller, sofern [...] keine Abnahmeverpflichtung vereinbart wurde, nicht rechtswidrig ist*“ [OGH 14.12.2011, 3 Ob 126/11t]). Gegenständlich geht es um einen Entgeltanspruch und nicht einen Schadenersatzanspruch (vgl. OGH 17.10.2012, 3 Ob 180/12k: „*Der Anspruch ist kein Schadenersatzanspruch (vor allem kein deliktischer Schadenersatzanspruch [...]), sondern ein Entgeltanspruch (Erfüllungsanspruch) des Werkunternehmers*“ – auch wenn es dabei um eine Anpassung des Entgelts aufgrund einer Erschwernis gegangen ist, lässt sich der Grundsatz auf alle Ansprüche des Unternehmers nach § 1168 ABGB ausdehnen)!

Abschließend nochmal: Eine Abbestellung ist eine Rechtswohltat zu Gunsten des Bestellers, mit der der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ in seinem Interesse durchbrochen wird. Auch wenn der Unternehmer nicht die Erbringung der von ihm geschuldeten Leistung begehren kann, so kann er jedenfalls das vereinbarte Entgelt fordern (wobei eine allfällig anzurechnende „Ersparnis“ eine weitere Rechtswohltat für den Besteller ist, mit welcher übrigens ebenfalls der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ durchbrochen wird).