

Werklohn bei Vereitelung der Ausführung des Werks

Dr. Johannes Olischar

Die aktuelle Wirtschaftslage führt häufig zu Abbrüchen bereits in Ausführung befindlicher Aufträge durch den Auftraggeber. Im Folgenden sollen die hieraus resultierenden Rechtsfolgen, insbesondere der Werklohnanspruch des Unternehmers, überblicksartig dargestellt, und einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

A. Die Rechtslage

Die Vereitelung der Ausführung eines beauftragten Werks durch den Auftraggeber ist bekanntlich in § 1168 ABGB geregelt. Laut Abs 1 erster Satz leg cit hat der Werkunternehmer Anspruch auf das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und daran durch Umstände gehindert wurde, die dem Auftraggeber zuzurechnen sind. Im zweiten Satz der genannten Bestimmung wird dieser Anspruch eingeschränkt: der Unternehmer muss sich auf sein Entgelt anrechnen lassen, was er sich durch **Unterbleiben der vereitelten Leistung erspart** hat, was er durch **anderweitige Beschäftigung erworben** hat, und was er **absichtlich zu erwerben versäumt** hat¹.

B. Voraussetzungen des Entgeltanspruches

Der Anspruch des Werkunternehmers ist an verschiedene Vorausset-

zungen geknüpft: erstens hat die „Ausführung zu unterbleiben“. Die herrschende Meinung versteht darunter die **Nichtvollendung** des Werks. Dabei kommt es nicht darauf an, in welchem Stadium sich die Werkherstellung befindet. Es ist auch nicht erforderlich, dass mit der Ausführung überhaupt begonnen wurde². Zweitens muss der Werkunternehmer „zur Leistung bereit“ sein; diese **Leistungsbereitschaft** muss tatsächlich bestehen, ausdrücklich erklären muss sie der Unternehmer nicht³. Im Einzelfall stellt sich häufig die Frage, womit die Bereitschaft des Unternehmers zur Leistung bekundet werden soll. Nach *Krejci* kann dies insbesondere durch „*Fähigkeiten, Mittel, organisatorische Möglichkeiten, Gehilfen und die nötige Zeit*“ dargetan werden. Drittens darf das Unterbleiben der Ausführung nicht dem Unternehmer zuzurechnen sein, sondern muss durch **Umstände** begründet sein, die in der „**Sphäre**“ des **Bestellers** liegen⁴, also alles, was ihm im Verhältnis zum Auftragnehmer zuzurechnen ist. Das sind etwa „Handlungen oder Unterlassungen des Bestellers

² OGH 26.11.1970, EvBl 1971/161, sowie dazu *Krejci in Rummel*², ABGB, § 1168 Rz 5

³ Insbesondere dann nicht, wenn aus den Umständen die Leistungsbereitschaft des Unternehmers deutlich erkennbar ist. Vgl *Krejci in Rummel*², ABGB, § 1168 Rz 6, unter Bezugnahme auf OGH 1 Ob 506/85, vom 27.2.2009.

⁴ Liegen die Umstände im neutralen Bereich, besteht kein Entgeltanspruch. Umstände dieser Sphäre hat der Unternehmer zu vertreten: OGH 8 Ob 246/74 vom 17.12.1974

¹ Entschädigungsanspruch nach § 1168 Abs 1 letzter Satz und der, ebenso in § 1168 ABGB geregelte Übergang der Preisgefahr sollen hier nicht behandelt werden.

oder seiner Leute“, auch „Ereignisse in seiner Person, Beschaffenheit der für die Ausführung beigestellten Sachen oder Stoffe“⁵ und freilich auch sein Wille, nämlich wenn er die Ausführung untersagt⁶. Allerdings dürfen diese Umstände nicht auf ein Verschulden des Werkunternehmers zurückzuführen sein⁷, da sie dann nicht als Umstände auf Seite des Bestellers zu werten sind⁸. Der OGH hat beispielsweise ausgesprochen, dass die Nichterteilung einer erforderlichen Baubewilligung, einen auf der Seite des Bestellers liegenden Umstand bildet, wenn ihm die Erwirkung dieser Bewilligung oblegen war⁹.

C. Die Anrechnungstatbestände im Einzelnen

Sinn der Anrechnung ist, dass der Werkunternehmer durch das von ihm nicht zu verantwortende Unterbleiben der Ausführung nicht benachteiligt werden soll. Der Oberste Gerichtshof judiziert hiezu in ständiger Rechtsprechung, dass § 1168 Abs 1 ABGB bezwecke, die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts für den Unternehmer zu erhalten; er solle durch die Stornierung eines Werkauftrages keine Schlechterstellung erfahren¹⁰. Im Ergebnis soll dem Unternehmer der „reine Verdienst“ – also der Unternehmergewinn – bleiben, den er bei vertrags-

gemäßer Ausführung des Werkes erhalten hätte¹¹.

Basis für die Berechnung ist stets der vereinbarte Lohn, nicht ein angemessener Preis, wobei der OGH klargestellt hat, dass auch bei einer Pauschalpreisvereinbarung eine Anrechnung zu erfolgen hat¹².

1. Ersparnis

Erspar hat sich der Werkunternehmer zB nicht aufgewendetes Material oder Arbeitslöhne und sonstige Aufwendungen für Arbeiter, die er ansonsten zu tragen gehabt hätte¹³. Das gilt aber nur soweit, als diese Auslagen im Entgelt enthalten sind: besteht neben dem Werklohn Anspruch auf Ersatz von Auslagen, so werden diese bei der Anrechnung nicht berücksichtigt. Auch die eigene ersparte Arbeitsleistung darf dem Werkunternehmer nicht als Ersparnis angerechnet werden¹⁴.

2. Durch anderweitige Verwendung erworben

Dies ist nur dann denkbar, wenn (nur) aufgrund der entfallenen Werkleistung eine andere Leistung für einen Dritten erbracht werden konnte, also wenn die freigewordene Zeit zur Ausführung eines anderen Werks genutzt wurde; allerdings findet eine Anrechnung nur dann statt, wenn diese Möglichkeit ohne den Ausfall der bedungenen Leistung nicht bestanden hätte¹⁵, da andernfalls Einkünfte aus „anderweitiger Verwendung“

⁵ OGH 1 Ob 569/81, 6.11.1981, sowie FN6

⁶ vgl weiterführend *Adler/Höller in Klang*², V. Band, 402

⁷ vgl SZ 28/121

⁸ *Krejci in Rummel*², ABGB § 1168 Rz 8

⁹ OGH 8 Ob 246/74, 17.12.1974

¹⁰ OGH 4.10.1961, EvBl 1962/64 und Folgeentscheidungen

¹¹ OGH 6 Ob 448/60, 14.12.1960, zuletzt offenbar 1 Ob 642/90, 5.6.1991

¹² vgl SZ 64/71, 2 Ob 54/99a und darauf folgend 9 Ob 279/99s, RdW 2000, 345

¹³ *Adler/Höller in Klang*², V. Band, 403

¹⁴ Ständige Rechtsprechung des OGH, siehe bereits OGH 4.10.1961, EvBl 1962/64, offenbar zuletzt ausdrücklich 1 Ob 642/90, 5.6.1991

¹⁵ *Adler/Höller in Klang*², V. Band, 404

nicht vorliegen: der Werkunternehmer hätte sie sonst unabhängig von der entfallenen Werkleistung erzielt.

3. Zu erwerben versäumt

Anzurechnen ist auch, was dem Werkunternehmer dadurch entgeht, dass er von einer sich ihm bietenden Verdienstmöglichkeit¹⁶ keinen Gebrauch macht, oder dadurch, dass er gar nicht erst versucht hat, den Verlust durch eine anderweitige Verwendung auszugleichen¹⁷. Damit soll verhindert werden, dass sich der Werkunternehmer bewusst auf das Entgelt aus dem nicht erfüllten Werkvertrag verlässt¹⁸ und den Besteller nicht absichtlich schädigt.

D. Charakter und Fälligkeit der Forderung

Nach zutreffender hM und Rsp ist der Anspruch nach § 1168 ABGB kein Schadenersatz-, sondern ein Entgeltanspruch¹⁹. Er konkurriert daher auch nicht mit einem allfälligen, gesonderten Schadenersatzanspruch²⁰. Fälligkeit tritt ein, sobald feststeht, dass die Ausführung des Werkes endgültig unterbleibt, außer, es wurde eine von der Vollendung des Werkes unabhängige Fälligkeit vereinbart²¹.

E. Die Praxis

In der Anwendung der Anrechnungsregelungen stößt man auf beträcht-

liche Beweisschwierigkeiten: nach einhelliger herrschender Meinung hat zwar der Werkunternehmer im Prozess zu behaupten, dass die Erbringung der Leistung durch Umstände des Bestellers vereitelt wurde²². Dem Besteller obliegt es, zu behaupten und zu beweisen, dass der Werkunternehmer sich durch das Unterbleiben der Leistung etwas erspart, oder anderweitig erworben hätte²³. Hierbei reicht ein unbestimmtes Vorbringen nicht aus, vielmehr ist konkret und abschließend vorzutragen und nachzuweisen.

Dabei zeigt sich die Schwäche der Anrechnungsbestimmungen: der geforderte Beweis ist kaum zu erbringen, da der Werkbesteller keine Einsicht in den Betrieb des Unternehmers hat und aus diesem Grund zu meist gar nicht wissen kann, ob sich dieser etwas erspart, woanders erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hatte. Sofern der Besteller nicht zufällig Kenntnis von einer anderen Tätigkeit des Unternehmers hat, durch die sich dieser infolge des Unterbleibens der Werkleistung etwas anderes erwerben konnte, wird der geforderte Beweis regelmäßig scheitern.

Krejci weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der geforderte Beweis mit steigender Betriebsgröße des Unternehmers, sowie zunehmender Anpassungsmöglichkeit der Leistungskapazität des Unternehmers an die Nachfrage, schwieriger werde. Bei evidenter Unterauslastung des Unternehmers müsse der Beweis des Bestellers scheitern. Im Zweifel werde davon auszugehen

¹⁶ es muss eine reale Chance vorliegen.

¹⁷ Adler/Höller in Klang², V. Band, 404

¹⁸ Krejci in Rummel², ABGB § 1168 Rz 18

¹⁹ OGH 2 Ob 54/99a, SZ 64/71

²⁰ OGH 1 Ob 268/03y, SZ 2004/20

²¹ OGH 6 Ob 187/61, EvBl 1961/342, unter Berufung auf Adler/Höller in Klang², V. Band, 403. Auch 5Ob98/59, 22.4.1959 und Folgeentscheidungen

²² Vgl schon OGH 1 Ob 816/51, 28.11.1951, zuletzt 2 Ob 54/99a, SZ 64/71

²³ Vgl OGH 6 Ob 805/81, SZ 54/173, OGH 6 Ob 358/61, EvBl 1962/64 S73

sein, dass der Werkunternehmer den Ausfall aus der Werkleistung nicht ausgeglichen hat²⁴. Im Ergebnis ist der Beweis bei einem größeren Unternehmer praktisch regelmäßig nicht zu erbringen.

F. Das Problem

Wie oben ausgeführt, soll der Unternehmer durch den von ihm nicht zu vertretenden Entfall der Leistung keinen Nachteil erfahren, sondern er soll den „reinen Verdienst“ aus der Tätigkeit erhalten.

Die geltende Judikatur trägt dieser Absicht im Ergebnis jedoch keine Rechnung: im Gegenteil, eine – von der Rechtsprechung derzeit geübte – strenge Anwendung der Beweislastregel führt stets zu einer – nicht gewünschten – Bereicherung des Unternehmers.

§ 1168 Abs1 ABGB darf daher nicht so ausgelegt werden, dass, falls der Werkbesteller den Beweis einer Ersparnis oder einer absichtlichen Versäumnis nicht erbringen kann, dem Werkunternehmer jedenfalls der volle Lohn gebührt. Richtigerweise hat er **nur den Gewinn** zu erhalten, der bei vertragsgemäßer Erfüllung angefallen wäre. Damit stellt sich die Frage nach der Berechnung dieses Gewinnes. Höchstgerichtliche Rechtsprechung fehlt hierzu.

G. Die Lage in der BRD

Die österreichische Rechtslage ist mit jener in der Bundesrepublik Deutschland vergleichbar: Gem. § 649 BGB wird dort dem Werkunternehmer das Recht zugestanden, die „vereinbarte Vergütung“ zu verlan-

gen, falls der Besteller vor Vollen- dung des Werkes des Vertrag kündi- gt. Er hat sich „jedoch anrechnen zu lassen, was er in Folge der Auflö- sung des Vertrages an Aufwen- dungen erspart oder durch ander- weitige Verwendung seiner Arbeits- kraft erwirbt oder zu erwerben bös- willig unterlässt“.

Auch in der Bundesrepublik Deutsch- land liegt es sohin grundsätzlich am Werkbesteller, die Ersparnis des Werkunternehmers zu behaupten und zu beweisen. Da auch dort die- se Anforderungen praktisch kaum erfüllt werden konnten, rückte die Rechtsprechung teilweise wieder davon ab. Der Gesetzgeber über- nahm zuletzt diese Rechtsprechung und fügte an § 649 BGB noch fol- genden Satz an: „Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer fünf von hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistungen entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen“.

Damit wurde Verschiedenes erreicht: **Erstens** wurde die Absicht des Ge- setzgebers erneut verdeutlicht, dass dem Werkunternehmer der reine Ge- winn zustehen soll, sofern die Aus- führung des Werkes aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen un- terbleibt, er aber nicht bereichert werden soll. **Zweitens** wurde klarge- stellt, was zu gelten hat, wenn dem Werkbesteller der Beweis der Er- sparnisse des Werkunternehmers nicht gelingen kann. **Drittens** wird mit der Gesetzesänderung auch der durchschnittliche Gewinn des Werk- unternehmers beziffert. Im Lichte der deutschen Rechtsordnung ist dies dogmatisch konsequent, da der deutsche Gesetzgeber mit dem „Ge- setz zur Beschleunigung fälliger Zah- lungen“ auch eine Pauschale von

²⁴ Siehe auch Krejci in Rummel², ABGB § 1168 Rz 17

5% der Vergütung eingeführt hatte, falls der Besteller des Vertrages wegen Weigerung des Werkunternehmers, eine „Sicherungsbürgschaft“ zu legen, zurückgetreten war. **Viertens** war Zweck der Regelung auch, dem Werkunternehmer eine feste Kalkulationsgrundlage zu bieten.

H. Vorschlag für die österreichische Rechtsentwicklung

Die Orientierung an der deutschen Rechtslage ist auch im gegenständlichen Fall sachgerecht: Zum ersten, da – wie bereits ausgeführt – auch in Österreich regelmäßig dieselben Beweisschwierigkeiten des Werkbestellers bestehen. Zum zweiten ist die Regelung der Rechtsfolgen des Rücktrittes des Werkbestellers vom Vertrag in Österreich gleich der deutschen Regelung. Zum dritten bewegt sich die durchschnittliche Gewinnspanne von an Baugeschäften beteiligten Unternehmen in Österreich ebenfalls bekanntermaßen zwischen 3 und 5% vom Auftragswert.

I. Zusammenfassung

Die geltende Rechtslage gewährt dem Werkunternehmer bei Vereitelung der Ausführung des Gewerks durch den Besteller Anspruch auf den vollen Werklohn. Dabei muss er sich anrechnen lassen, was er sich durch das Unterbleiben seiner Leistung erspart, durch andere Verwendung erworben, oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Nach der von der Rechtsprechung gepflogenen, strengen Auslegung des Gesetzestextes, obliegt es dem Besteller, das Vorliegen der Anrechnungstatbestände konkret zu behaupten und unter Beweis zu stellen. Da dieser Beweis kaum zu erbringen ist, führt dies regelmäßig zu einer, vom Gesetzgeber nicht beabsichtigen, Bereicherung des Unternehmers. Eine Orientierung an der Rechtsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, die aufgrund ähnlicher Probleme bei vergleichbarer Rechtslage, den Gesetzestext geändert, und somit für Klarstellung gesorgt hat, ist sachgerecht und wünschenswert.