



## WERKVERTRAG

### WERKLOHNANSPRUCH BEI ABBESTELLUNG TROTZ FEHLER IN DER KALKULATION

Mitunter kann es vorkommen, dass Angeboten eine fehlerhafte Kalkulation zu Grunde liegt und somit nach erfolgter Werkausführung das vereinbarte Entgelt den tatsächlichen Aufwand nicht abdeckt, also ein sprichwörtliches "Verlustgeschäft" realisiert wird. In der Entscheidung 8 Ob 121/17b hatte der Oberste Gerichtshof darüber zu urteilen, ob die Abbestellung eines Werkes durch den Auftraggeber auch dann zu einem abgeminderten Entgeltanspruch des Werkunternehmers führt, wenn dieser bei tatsächlicher Werkausführung einen finanziellen Verlust erlitten hätte.

Konkret legte der Werkunternehmer für die von ihm angebotenen Lieferungen und Leistungen ein zu niedrig kalkuliertes Angebot. Noch vor Ausführung bestellte der Auftraggeber das Werk wieder ab. Der Werkunternehmer bekundete nichts desto trotz seine Leistungsbereitschaft und die Fähigkeit, das Gewerk dennoch herzustellen. Der Auftraggeber stellte sich jedoch auf den Standpunkt, keinen Auftrag erteilt zu haben und lies die Arbeiten von einem anderen Unternehmen ausführen.

Der Werkunternehmer legte daraufhin Schlussrechnung, zog seine Eigensparnis aufgrund unterbliebener Ausführung des Werkes ab und klagte den restlichen Werklohn ein. Der beklagte Auftraggeber bestritt seine Zahlungspflicht und wendete ein, dass die Ausführung des Werkes zu dem angebotenen Preis technisch nicht mangelfrei inneralb der vereinbarten Frist möglich gewesen sei, weil der Werk-unternehmer bei Ausführung aufgrund von Fehlern in der Preiskalkulation des benötigten Materials insgesamt einen Verlust erlitten hätte. Dieser Verlust sei durch das Unterbleiben der Werkherstellung nicht eingetreten, weshalb dem Werkunternehmer auch kein Vergütungsanspruch zustehe.

Das Höchstgericht führte zunächst aus, dass gemäß § 1168 Abs. 1 ABGB dem Werkunternehmer das vereinbarte Entgelt zusteht, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände auf Seiten des Auftraggebers, wie insbesondere die Abbestellung des Werkes, an der Werkausführung endgültig verhindert worden ist. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge Unterbleibens der Leistung erspart oder durch anderwärtige Verwendung erworben oder zu erwerben verabsäumt hat.

Bei der Ermittlung dessen, was dem Unternehmer bei Stornierung des Werkes zu bezahlen ist, ist zunächst zu errechnen, welche Vergütung ihm zustünde, wenn das Vertragsverhältnis nicht durch Abbestellung beendet worden wäre. Dieser abgeminderte Vergütungsanspruch ist – allerdings nur auf Antrag des Auftraggebers - um das zu mindern, was sich der Werkunternehmer infolge Unterbleibens der Werkausführung erspart hat, insbesondere nicht verbrauchtes Material und Entgelt für nicht in Anspruch genommene Fremdleistungen (z.B. Subunternehmer), sohin um die variablen Kosten. Aufwendungen für Produktionsfaktoren, die zwar nicht eingesetzt, aber vom Werkunternehmer trotzdem bereitgehalten und bezahlt wurden (Fixkosten), sind hingegen nicht als ersparter Aufwand abzuziehen. Zwar soll der Werkunternehmer durch Stornierung des Auftrages keine Besserstellung, aber auch keine Schlechterstellung erfahren. Eine Besserstellung würde eintreten, wenn der Werklohn so kalkuliert wurde, dass der Unternehmer bei Ausführung des Auftrages einen Verlust erlitten hätte, ihm aber dennoch der gesamte bis zur Abbestellung getätigte Aufwand zuerkannt würde. Auch bei Verlustgeschäften ist nicht auszuschließen, dass zumindest Fixkosten des Unternehmers zumindest zum Teil abgedeckt hätten werden können, wodurch sich das unternehmerische Gesamtergebnis verbessert.

Letztendlich kam der Oberste Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass der Werkunternehmer zumindest Anspruch auf Ersatz jener Fixkosten abzüglich des Verlustes hat, die er -trotzdem es sich bei Gesamtbetrachtung um ein Verlustgeschäft handelt - bei Ausführung des Werkes abdecken hätte können.

Für die Praxis bedeutet dies, dass ein Werkunternehmer jedenfalls seine Leistungsbereitschaft, die beauftragten Leistungen tatsächlich durchzuführen unmissverständlich erklären und idR vom vereinbarten Entgelt die Ersparnisse, insbesondere für nicht in Anspruch genommene Fremdleistungen, abziehen muss. Fixkosten hingegen sind bei der Ermittlung der Ersparnis nicht heranzuziehen. Der Werkbesteller hat, wenn er die Vergütung weiter mindern will, alle darüber hinaus vom Werkunternehmer vorzunehmenden Abzüge und Anrechnungen zu behaupten und zu beweisen und darzulegen, dass kein wirtschaftlicher Vorteil bei Ausführung der Werkleistung durch den Werkunternehmer eingetreten wäre.

*Wilfried Opetnik* ■