

## Stillschweigende Abbestellung

1. Gemäß § 1168 (1) Satz 1 ABGB gebührt dem Unternehmer, wenn die Ausführung des Werks unterbleibt, gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seiten des Bestellers liegen, daran verhindert worden ist. Er muss sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.
2. [Kann ein Werkunternehmer in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls davon ausgehen, dass der Werkbesteller an der Erfüllung kein Interesse mehr hat,] ist die Setzung einer Nachfrist durch den Werkunternehmer an sich nicht erforderlich.
3. Grundlage des Anspruchs nach § 1168 ABGB ist das vereinbarte Entgelt in seiner Gesamtheit.
4. Der Unternehmer muss [im Falle einer Abbestellung] nicht von sich aus eine Anrechnung vornehmen, sondern der Besteller hat zu behaupten und zu beweisen, was sich der Unternehmer anrechnen lassen muss.

<https://doi.org/10.33196/zrb202001002801>

OGH 18.11.2019, 8 Ob 102/19m

**Deskriptoren:** Werkvertrag, Werkentgelt, Abbestellung; § 1168 ABGB.

### Sachverhalt

Die Klägerin – ein Gebäudesanierungsunternehmen – beehrte vom Beklagten die Zahlung eines Werklohns von 9.279,38 für in dessen Auftrag durchgeführte, nur teilweise fertiggestellte Sanierungsarbeiten.

Der Beklagte bestellte bei der Klägerin am 29.9.2017 zu einem Gesamtpreis von 17.338,19 netto mit den Sanierungsarbeiten. Nachdem die Klägerin im Oktober 2017 mit den Arbeiten begonnen hatte, hielt sie damit Ende des Jahres 2017 auf ausdrücklichen Wunsch des Beklagten inne. Da sie in der Folge keine Rückmeldung mehr vom Beklagten erhielt, was mit den wunschgemäß abgebrochenen Arbeiten geschehen sollte, und der Beklagte weder auf ein E-Mail des Geschäftsführers der Klägerin reagierte noch für diesen im Frühjahr 2018 telefonisch erreichbar war oder auch nur zurückrief, verrechnete die Klägerin dem Beklagten mit Schlussrechnung am 23.4.2018 9.279,36 inklusive 20 % Umsatzsteuer für die erbrachten Leistungen.

### Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Die Vorinstanzen gaben dem Klagebegehren übereinstimmend statt.

Die ordentliche Revision wurde vom Berufungsgericht für zulässig erklärt, weil die Rechtsfrage, inwiefern im Fall eines Anbots nach Stückzahlen bei einer Abrechnung nach § 1168 (1) ABGB für die erbrachten Teilleistungen die Abrechnung nach geleisteten Arbeitsstunden zulässig sei, seiner Ansicht nach die Qualität des § 502 (1) ZPO erfülle.

### Aus den Entscheidungsgründen:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die von der Klägerin beantwortete Revision des Beklagten ist entgegen dem – nicht bindenden – Ausspruch des Berufungsgerichts mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig. Die Zurückweisung eines ordentlichen Rechtsmittels wegen Fehlens einer erheblichen Rechtsfrage kann sich auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken (§ 510 Abs 3 ZPO):

1. Gemäß § 1168 (1) Satz 1 ABGB gebührt dem Unternehmer, wenn die Ausführung des Werks unterbleibt, gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seiten des Bestellers liegen, daran verhindert worden ist. Er muss sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Die Regelung des § 1168 (1) ABGB bezweckt die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts für den Unternehmer zu erhalten. Er soll durch die Stornierung des Werkauftrags keine Schlechterstellung, allerdings auch keine Besserstellung auf Kosten des Vertragspartners erfahren (RIS-Justiz RS0021779).

2.1 Der Revisionswerber meint, den Feststellungen des Erstgerichts sei die endgültige Vereitelung des Werks nicht zu entnehmen; vielmehr sei der Beklagte für die Klägerin lediglich in einem bestimmten Zeitraum nicht erreichbar gewesen. Allenfalls sei für die Klägerin damit nicht absehbar gewesen, ob es bei einer bloßen Verzögerung bleiben oder zu einer Vereitelung kommen werde. Sie hätte daher in diesem Fall nur unter Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktreten können.

Entgegen der Meinung des Beklagten ist die Setzung einer Nachfrist durch den Werkunternehmer an sich nicht erforderlich (RS0025694; *Rebhahn/Kietaibl* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1168 Rz 19). Ob ein Werkunter-

nehmer in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls davon ausgehen konnte, dass der Werkbesteller an der Erfüllung kein Interesse mehr hat, begründet keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung (8 Ob 91/08b).

2.2 [...]

Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass bei diesem Sachverhalt die Vollendung des Werks aus Gründen auf Seiten des Beklagten endgültig gescheitert ist, zumal der Beklagte selbst im erstinstanzlichen Verfahren nie behauptet hat, Interesse an der Fertigstellung des Werks zu haben, ist nicht zu beanstanden. Davon ausgehend ist auch die Fälligkeit des Anspruchs zu bejahen (vgl. RS0021826).

3.1 Der Beklagte steht weiters auf dem Standpunkt, selbst wenn ein „Unterbleiben“ im Sinn des § 1168 ABGB vorliege, sei keine korrekte (vertragsgemäße) Abrechnung erfolgt, weil für das Gewerk ein Gesamtpreis auf Basis von Stückzahlen und kein Regiepreis vereinbart worden sei. Auch damit zeigt der Beklagte im Ergebnis keine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung durch das Berufungsgericht auf, weil der zugesprochene Betrag im Anspruch der Klägerin jedenfalls Deckung findet.

3.2 Grundlage des Anspruchs nach § 1168 ABGB ist das vereinbarte Entgelt in seiner Gesamtheit (8 Ob 133/16s).

Der Unternehmer muss nicht von sich aus eine Anrechnung vornehmen, sondern der Besteller hat zu behaupten und zu beweisen, was sich der Unternehmer anrechnen lassen muss (RS0112187; RS0021768; RS0021841).

3.3 Der Beklagte hat im Verfahren keine konkreten Behauptungen darüber aufgestellt, was sich die Klägerin durch das (teilweise) Unterbleiben der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Der Umstand, dass die Klägerin den Einwand des Beklagten vorweggenommen und nur einen Teil des vereinbarten Werklohns eingeklagt hat, ent-

hob den Beklagten nicht von seiner Behauptungs- und Beweislast dafür, dass sich die Klägerin durch das Unterbleiben der Ausführung des Werks noch mehr erspart hat (so auch 8 Ob 133/16s). Auf die vom Berufungsgericht als erheblich bezeichnete Rechtsfrage kommt es damit nicht an.

4.1 Der Beklagte argumentiert in der Revision erneut damit, dass die Ö-Norm [B] 6400-1 hier anwendbar sei, obwohl ihre Anwendung zwischen den Vertragsparteien nicht vereinbart wurde. Seine Ausführungen gehen von der Annahme aus, dass die Klägerin für Wärmedämmverbundsysteme ungeeignete Platten verbaut habe. Damit setzt sich der Beklagte aber über die Feststellungen hinweg, dass eine Ö-Norm-gerechte Herstellung der Sockeldämmung aus technischer Sicht nicht erforderlich und die Haftung der angebrachten XPS-Dämmplatten sehr gut ist sowie dass es nicht zu einem Ablösen der Deckschicht kommen wird. Auch den Erwägungen des Beklagten, wonach die Klägerin ihrer Warnpflicht in Bezug auf die Dämmplatten nicht nachgekommen sei, liegt die feststellungswidrige Prämisse zugrunde, dass die verbauten XPS-Platten nicht geeignet seien.

4.2 Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens, der im Rechtsmittel geltend gemacht wurde, vom Gericht zweiter Instanz aber verneint wurde, im Revisionsverfahren nicht mehr gerügt werden (RS0042963). Der Beklagte kann daher die Abweisung seines kurz vor Schluss der mündlichen Streitverhandlung gestellten Beweisantrags auf „Durchführung einer Haftungsprüfung der XPS-Platten durch die bautechnische Versuchs- und Forschungsanstalt“, die von den Vorinstanzen insbesondere damit begründet wurde, dass er kein konkretes Vorbringen zu einem entsprechenden Fehler erstattet habe, nicht als Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens geltend machen.

## Anmerkung

### Von Hermann Wenusch

Im Verfahren wurde offensichtlich gar nicht thematisiert, ob die geschuldete Werkleistung aufgrund der Verspätung überhaupt noch möglich war. Jedem Werkvertrag ist eine zeitliche Komponente inhärent: Mit der Zeit können sich die Umstände der Leistungserbringung oder die sonstigen Umstände beim Unternehmer so ändern, dass eine Situation erreicht wird, für welche der Unternehmer den Vertrag (zumindest mit diesem Inhalt) nicht abgeschlossen hätte: Die Errichtung eines Gebäudes im Sommer ist zB etwas völlig anderes als die Errichtung eines identen Gebäudes am selben Ort aber im Winter: In OGH 19.03.1985, 5 Ob 519/85 wurde zB judiziert, dass dann, wenn sich die Baufertigstellung aufgrund einer ver-

späteten Baubewilligung unvorhergesehen über einen Winter erstreckt, „*höhere Werklohnforderungen des Unternehmers wegen Mehraufwendungen, die auf Umstände in der Bestellersphäre zurückzuführen sind, selbst bei Zugrundelegung eines „Kostenvoranschlags unter ausdrücklicher Gewährleistung“ im Sinne des § 1170 a Abs 1 ABGB nicht ausgeschlossen sind*“. MaW: Es handelt sich ggf um ein gleichsam „anderes“ Werk, für das der Kostenvorschlag eben nicht erstellt wurde.

Nur weil ein Werk grundsätzlich auch zu einem späteren Zeitpunkt noch errichtet werden kann, bedeutet dies nicht unbedingt, dass dann die geschuldete Werkleistung noch erbracht werden kann.