

Handelt es sich bei der Leistung eines Bauunternehmers um eine Stück- oder Gattungsschuld?

Die Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungsschuld gehört zu dem, was wohl in jedem Lehrbuch am Anfang des Schuldrechts abgehandelt wird. Es verblüfft daher wohl etwas, dass die Frage, ob die Leistung eines – ganz allgemein gesprochen – Werkunternehmers eine Stück- oder Gattungsschuld sei, bislang offensichtlich ziemlich stiefmütterlich behandelt wurde.

Deskriptoren: Schuldinhalt, Stückschuld, Gattungsschuld, Leistungsgefahr; §§ 905a, 1168, 1168a, 1447 ABGB.

Von Hermann Wenusch

Während manche Autoren¹ bei der titelgebenden Frage eher vage bleiben, bringt es *Krejci* auf den Punkt: „*Außer Streit steht, daß Werke keine Gattungssachen sind. Der Satz: „genus non perit“ ist im gegebenen Zusammenhang unbeachtl*“². Unbestritten ist dies aber keinesfalls (zumindest nicht mehr), auch wenn dieser Passus häufig – allerdings unreflektiert – zitiert wird (dazu sogleich).

Reischauer konstatiert: „*Gegenstand eines Werkvertrages ist idR die Herstellung einer Spezies*“³. Dabei fällt wohl die Abschwächung durch „*idR*“ auf – aber was ist denn die Regel und was sind die Ausnahmen davon? Eine denkbare Ausnahme wäre wohl der Fall, in dem aufgrund eines Werkvertrages ein weiteres Stück einer Gattung hergestellt werden soll (ob dies auch schon für das erste Stück einer gleichsam zukünftigen Gattung gelten soll, mag dahingestellt bleiben). Aber schon ganz grundsätzlich ist wohl nicht danach zu fragen, ob im Ergebnis eine Spezies hergestellt wird, sondern wie die Schuld des Unternehmers zu klassifizieren ist. Gerade in der Baubranche wird immer wieder⁴ betont, dass bloß Unikate hergestellt werden – das darf den Blick aber nicht trüben. Tatsächlich hat die Zuordnung zu einer der beiden Kategorien „Stückschuld“ oder „Gattungsschuld“ bloß den (einzigen!) Zweck zu beschreiben, wen die Leistungsgefahr trifft; maW: Es geht ausschließlich um die Frage, ob der Schuldner bei zufälligem Untergang der geschuldeten Leistung nochmals leisten muss⁵. Sonst kommt der Einteilung keinerlei Bedeutung zu.

Eine Spezies ist ggf endgültig – ein für alle Male – verloren: Verbrennt zB ein „alter Meister“, so kann er niemals wieder geliefert werden (die Vertragserfüllung ist schlicht und einfach unmöglich). Es wäre also völlig unsinnig, den Verkäufer weiterhin zur Lieferung zu verhalten. Daher sieht § 1447 ABGB den „*Zerfall*“⁶ des Vertrages für diesen Fall vor. Einleuchtender Weise ist dies bei Gattungsstücken nicht erforderlich: Zerbricht die zur Auslieferung vorgesehene Glühbirne, so kann sie problemlos ersetzt werden ...

Wird ein Werk (gleich ob es schon fertig oder erst im Entstehen ist) zerstört, so können beide Phänomene beobachtet werden – eine „Reproduktion“ (neuerliche Herstellung) ist entweder möglich oder aber nicht. Eine Reproduktion ist zB dann nicht möglich, wenn

- es sich um die Bearbeitung (nicht: die Herstellung!) eines Unikats handelt
 - es sich um die Verarbeitung einmaligen Materials handelt
 - rechtliche Hindernisse die neuerliche Errichtung verhindern
 - eine Wiederholung wegen Zeitablauf nicht möglich ist
- Ansonsten gleicht die Reproduktion (also die nochmalige Herstellung durch den Werkunternehmer) der „Ersatzlieferung“ (nicht zu verwechseln mit einer Ersatzvornahme durch einen Dritten) eines anderen Gattungsstücks.

Ist eine Reproduktion ausgeschlossen, handelt es sich bei der Schuld des Werkunternehmers wohl um eine Speziesschuld. Bei allen anderen Werken – insbesondere also bei Bauwerken – handelt es sich um eine Gattungsschuld.

Irgend welche werkvertraglichen Sonderbestimmungen sprechen nicht dagegen. Der allenfalls einschlägige erste Satz des § 1168a ABGB („*Geht das Werk vor seiner Übernahme durch einen bloßen Zufall zugrunde, so*

1 So zB *Rabl/Riedler*, Schuldrecht – Besonderer Teil⁶ § 3 Abschn C. oder *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1168a Rz 4 (Stand 1.1.2018, rdb.at): „*Auch die Neuherstellung des bereits vollständig errichteten und vor Übergabe untergegangenen Werks kann geschuldet sein*“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

2 *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1168a ABGB Rz 39 (Stand 1.1.2000, rdb.at); allerdings kann gar keine Rede davon sein, dass dies „*außer Streit*“ steht.

3 *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1419 ABGB Rz 12 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

4 Für viele zB *Flemming* ua Risikomanagement im Bauwesen, in *Schäpke/Scherer*, Informationssysteme im Bauwesen 2, S 229: „*Jedes Bauwerk besitzt andere Merkmale und stellt somit ein Unikat dar*“.

5 *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 116: „*Die Unterscheidung in Gattung oder Spezies ist vor allem für die Gefahrtragung wichtig*“ (Hervorhebung im Original); die Öffnung „*vor allem*“ ist aber irreführend, weil die Unterscheidung ausschließlich für die Regelungen der Gefahrtragung von Bedeutung ist.

6 So *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 219.

kann der Unternehmer kein Entgelt verlangen“) betrifft bloß die Preisgefahr – „Zur Leistungsgefahrtragung sagen die §§ 1168, 1168a nichts“⁷.

Dies entspricht übrigens völlig der Auffassung, dass beim Werkvertrag ein Erfolg geschuldet wird: „Durch den Werkvertrag verpflichtet sich jemand zur Herstellung eines bestimmten Werkes; der Werkunternehmer haftet für einen bestimmten Erfolg“⁸. Es ist „ein „tatsächlicher“ Erfolg, also eine reale Veränderung, herbeizuführen“⁹.

Dem entsprechend wohl richtig:

- *Welser/Zöchling-Jud*: „Die Gefahr für ein bereits hergestelltes Werk wird wie beim Kaufvertrag verteilt: Sie trifft bis zu Zeitpunkt der **bedungenen Übergabe** den Unternehmer, danach den Besteller“¹⁰ (Hervorhebung im Original).
- *M. Bydlinksi*: „Kann das Werk nach seinem Untergang **neuerlich hergestellt** werden, bleibt [der Werkunternehmer] weiterhin leistungspflichtig“¹¹.
- *Judikatur*: „Geht ein angefangenes Werk vor der Übernahme (§ 1168a ABGB) – oder Abnahme (§§ 644, 645 BGB) – durch einen Zufall zugrunde, so ist der Unternehmer zur Wiederherstellung verpflichtet, wenn diese Pflicht nicht nach den allgemeinen Bestimmungen über den Wegfall einer vertraglichen Leistungspflicht (zB Unmöglichkeit der Leistung oder Änderung der Geschäftsgrundlage) aufhört“¹².

Das ist das Wesen der Gefahrtragung: Soweit die Leistung noch möglich ist, trifft bis zur Übergabe den Schuldner die Leistungsgefahr.

Mitunter¹³ wird vertreten, dass bei zufälliger Beschädigung oder Zerstörung des Werkes oder eines Teils davon die gewährleistungsrechtliche „Leistungsgrenze“ anzuwenden sei: Der Unternehmer ist danach nicht zur Reproduktion verpflichtet, wenn diese „für den Übergeber[...] mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre“¹⁴. Dies kann freilich nicht richtig sein:

- Wendet man die gewährleistungsrechtliche „Leistungsgrenze“ für Fragen der Gefahrtragung beim Werkvertrag an, so müsste man sie ebenso für Fragen der Gefahrtragung beim Kaufvertrag anwenden – auf die Idee ist freilich noch niemand gekommen.

- Die gewährleistungsrechtliche „Leistungsgrenze“ dient bloß zur Entscheidung, ob Mängelbehebung oder die „anderen“ gewährleistungsrechtlichen Abhilfen (Preisminderung oder Wandlung) anzuziehen sind. Im Fall der zufälligen Beschädigung oder Zerstörung des Werkes stehen nun aber keine „anderen“ Abhilfen zur Verfügung! Das würde dazu führen, dass der Werkunternehmer bis zum Erreichen der „Leistungsgrenze“ nochmals voll leisten muss – danach aber gar nicht mehr.
- Noch dazu ist die gewährleistungsrechtliche „Leistungsgrenze“ keine absolute Größe, sondern hängt auch von den Bedürfnissen des Gewährleistungsberechtigten (hier also wohl: des Bestellers) ab¹⁵. Die Frage, wer die Gefahr trägt, hinge plötzlich von subjektiven Komponenten ab ...

Anzumerken ist an dieser Stelle, dass es sich bei der Reproduktion (dem „Neubau“) wohl um eine andere Bauleistung handelt, weil die Arbeit zu einer anderen Zeit geleistet werden muss und die zeitliche Komponente bei Bauwerkverträgen wohl eine wichtige Rolle spielt¹⁶. Das ist aber kein Unterschied zu Gattungsstücken: Muss auf ein anderes zurückgegriffen werden, weil das zunächst vorgesehene Stück zufällig untergegangen ist, so handelt es sich eben um ein anderes Stück – vielleicht nur viel teurer zu beschaffen ... Zusammenfassend zum bisherigen ist zu sagen, dass es sich bei der Schuld eines Bauunternehmers (wohl fast immer) um eine Gattungsschuld handelt.

Damit ist – das sei abschließend bemerkt – § 905a ABGB anzuwenden: Wird das Werk nicht im Detail beschrieben, so wird „mittlere Art und Güte“ geschuldet. Würde es sich um eine Speziesschuld handeln, so könnte § 905a ABGB bloß analog angewendet werden, was aber angesichts der ausdrücklichen Nennung der „Gattung“ auf Schwierigkeiten stoßen müsste. Ohne Rekurs auf „mittlere Art und Güte“ wäre man auf Vertragsauslegung angewiesen und stünde allenfalls vor dem Problem, dass aufgrund mangelnder Bestimmtheit gar kein Vertrag zustande käme.

Korrespondenz: RA Ing. DDr. Hermann Wenusch, kanzlei@ra-w.at.

7 *Krejci* in Rummel, ABGB³ § 1168a ABGB Rz 3 (Stand 1.1.2000, rdb.at).

8 RIS-Justiz RS0021642 [T1] (OGH 14.03.1984, 1 Ob 40/83; veröffentlicht: SZ 57/51).

9 RIS-Justiz RS0021678 [T12] (OGH 15.12.2009, 1 Ob 219/09a).

10 *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1139.

11 *M. Bydlinksi* in KBB⁵ § 1168 a Rz 2 (Hervorhebung im Original).

12 RIS-Justiz RS0105095 (RG 29.11.1944, VII 146/44).

13 So zB *Rebbahn/Kietaibl* in Schwimann/Kodek⁴ § 1168a Rz 9.

14 § 932 (2) ABGB.

15 RIS-Justiz RS0119978 [T5] (OGH 23.02.2011, 3 Ob 202/10t): „Ob der Mangel als geringfügig anzusehen ist oder nicht, ist an Hand einer Interessenabwägung durchzuführen, bei der sowohl die Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit der Aufhebung des Vertrages im Hinblick auf die damit verbundenen Folgen für die Parteien, aber auch die „Schwere“ des Mangels zu berücksichtigen

ist“. RIS-Justiz RS0121684 [T2] (OGH 07.07.2008, 6 Ob 134/08m): „Der Verbesserungsaufwand wird in der Regel dann nicht unverhältnismäßig sein, wenn der aus der Verbesserung erwachsende Vorteil so hoch anzusetzen ist, dass ein redlicher und vernünftiger Verkehrsteilnehmer die Reparatur auch auf eigene Kosten durchführen würde. Der Wert des Werkes als solcher ist nicht zwingend die Grenze für die Verbesserungsaufwendungen. Entscheidend ist die konkrete Bedeutung der Behebung des Mangels für den Besteller (Übernehmer) im Verhältnis zu den für den Unternehmer (Übergeber) entstehenden Aufwendungen“.

16 Vgl dazu zB *Wenusch*, Die (in der Baupraxis regelmäßig verkannte) Bedeutung des Umfangs eines Vertrages, bauaktuell 2019, 57: „Eine Errichtung ist nicht nur durch die Merkmale des Ergebnisses definiert, sondern auch durch den Ort, an dem, den Zeitpunkt, zu dem, und die Zeitdauer, innerhalb derer das Ergebnis hergestellt wird“.