

# PRAKTISCHES geleitet von Hermann Wenusch

Wissenswertes und Aktuelles, Checklisten, Muster, Bau(Rechts)Lexikon: Rechtsbegriffe für Baupraktiker, Baubegriffe für Juristen

## WISSENSWERTES UND AKTUELLES

### Das „Werk“ eines Werkvertrages<sup>1</sup>

#### Teil 1: Kauf- und Werkvertrag

<https://doi.org/10.33196/zrb202504XVII01>

Die Herstellung eines Gegenstandes ist etwas anderes als dessen Verkauf

§ 1151 Abs 1 ABGB lautet: „[W]enn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, [so entsteht] ein Werkvertrag“.

Das Gesetz spricht also von der „Herstellung eines Werkes“, die den Schuldinhalt bei einem Werkvertrag bildet. Tatsächlich kann die Schuld des Werkunternehmers vielfältig sein: „Werk“ kann jede „reale Veränderung“<sup>2</sup> sein. Ein Werk kann

- körperlich oder unkörperlich sein,
- aus der Erschaffung von etwas Neuem oder in der Bearbeitung von etwas bereits Vorhandenem bestehen (wobei die Grenze wohl fließend ist, weil bei der Erschaffung von körperlich Neuem bereits Vorhandenes umgewandelt wird, was als Bearbeitung aufgefasst werden kann),
- in physikalischen Einheiten gemessen werden oder nicht.

§ 1053 ABGB definiert demgegenüber den Kaufvertrag: „Durch den Kaufvertrag wird eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem Andern überlassen“.

§ 1166 ABGB versucht den Kaufvertrag vom Werkver-

trag abzugrenzen: „Hat derjenige, der die Verfertigung einer Sache übernommen hat, den Stoff dazu zu liefern, so ist der Vertrag im Zweifel als Kaufvertrag; liefert aber der Besteller den Stoff, im Zweifel als Werkvertrag zu betrachten“. Das ist natürlich oft nicht zielführend, weil zB ein Bauunternehmer (zumindest zumeist) auch die Baustoffe liefert, wonach die Errichtung eines Hauses aufgrund eines Kaufvertrages geschähe. Die Judikatur hat die Abgrenzung präzisiert:

- „Für die Abgrenzung von Kaufvertrag und Werkvertrag kommt es darauf an, ob die zu liefernde Sache nach besonderen Wünschen des Bestellers über Maße, Ausstattung usw hergestellt werden soll“<sup>3</sup>.
- „Dem Verhältnis der Materialkosten zu den Arbeitskosten kommt keine entscheidende Bedeutung zu“<sup>4</sup>.

Eine „Herstellung“ ist als Tätigkeit freilich grundsätzlich etwas anderes als das Werk selbst. Die Überschrift des 26. Hauptstücks des zweiten Teils des ABGB, in dem sich in den §§ 1165 bis 1171 die Regelungen zum Werkvertrag befinden, lautet „Von Verträgen über Dienstleistungen“ – auch dies ist Beleg dafür, dass beim Werkvertrag eine Verrichtung, nämlich eben die „Herstellung eines Werkes“, geschuldet wird<sup>5</sup>. Der Werkunternehmer schuldet also eine Werkleistung – die landläufige Formulierung, es werde „das Werk“<sup>6</sup> geschuldet, ist zumindest irreführend, wenn nicht sogar falsch.

1 Vgl dazu Wenusch, System des Bauwerkvertragsrechts (2025) Rz 647 ff.

2 OGH 15. 12. 2009, 1 Ob 219/09a.

3 OGH 29. 8. 2019, 1 Ob 122/19a.

4 OGH 26. 1. 2018, 8 Ob 131/17y.

5 Vgl Felten in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB<sup>4</sup> § 1151 Rz 22 (Stand 1.8.2022, rdb.at): „Inhalt des Werkvertrags ist demnach die Übernahme einer Erfolgsverbindlichkeit durch den Werkunternehmer, die in der Herstellung des vom Werkbesteller geforderten Werkes besteht“ (Hervorhebung durch den Autor).

6 So zB: Etmayer/Wasinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1151 Rz 109 (Stand 15.12.2023, rdb.at): „Tritt der geschuldete

Erfolg nicht ein, so hat der Werkunternehmer nicht erfüllt und keinen Werklohnanspruch“; RIS-Justiz RS0021642: „Durch den Werkvertrag verpflichtet sich jemand zur Herstellung eines bestimmten Werkes; der Werkunternehmer haftet für einen bestimmten Erfolg“; Schrammel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> (2011) § 1151 ABGB Rz 52: „Zum Unterschied vom Arbeitnehmer schuldet der Werkunternehmer nicht ein bloßes Bemühen [...], sondern den bedungenen Erfolg selbst“; Fähnrich et al in Neubauer/Fähnrich/Haas, Praxishandbuch Bauvertragsrecht (2024) 32: „Der Werkunternehmer schuldet als Erfolg ein bestimmtes Werk“.

Eine „Herstellung“ unterscheidet sich von einer anderen, auch wenn sich die resultierenden Endprodukte „an sich“ weder in Qualität noch Quantität unterscheiden<sup>7</sup>. Die „Herstellung“ eines Gebäudes im Winter ist etwas anderes als dessen Errichtung im Sommer. Die „Herstellung“ eines Gebäudes im ländlichen Raum ist etwas anderes als dessen Errichtung im Zentrum einer Metropole<sup>8</sup>. Und die „Herstellung“ eines Gebäudes in einem Zeitraum von zwölf Monaten ist etwas anderes als die Errichtung eben dieses Gebäudes in einem Zeitraum von 18 Monaten – dies auch dann, wenn der Baubeginn (oder das Bauende) in beiden Fällen derselbe ist.

Freilich könnte man sagen, dass ein Werk im werkvertraglichen Sinn auch durch die Zeit und den Ort seiner Errichtung definiert wird, nur verleitet es vielleicht trotzdem zu Missverständnissen, wenn man davon spricht, dass „das Werk“ geschuldet wird<sup>9</sup>. Aber selbstverständlich legt das nach Quantität und Qualität beschriebene Endprodukt jedenfalls die „Ausrichtung“ (das angestrebte Ziel) der Werkleistung fest<sup>10</sup> – ohne Beschreibung des Endprodukts lässt sich „die Herstellung“ nicht definieren – „das Werk“ ist also nicht die geschuldete Leistung, es ist aber Teil der „Definition“.

Wird die Herstellung eines Werkes irgendwie verlagert oder verzögert, so verändert sie sich und entspricht nicht mehr der ursprünglichen. Die ursprüngliche Herstellung ist – bei ganz strenger analytischer Betrachtung – unmöglich, wenn eine Verlagerung oder Verzögerung erfolgen muss: Eine Tätigkeit um 15:00 ist etwas anderes als die ansonsten völlig entsprechende Tätigkeit um 12:00 – dass sich die Verrich-

tung an sich (also das gewünschte Endprodukt) vielleicht noch nachholen lässt, tut dem keinen Abbruch.

Nun kommt es häufig vor, dass das gewünschte Endprodukt nicht durch die zunächst versprochene Werkleistung<sup>11</sup> errichtet werden kann – bildlich ausgedrückt: Am Weg zum Ziel stößt man auf unvermutete Hindernisse. Das ABGB berücksichtigt dies und trägt diesem Umstand praxistauglich mit dem letzten Satz von § 1168 Abs 1 Rechnung: Abweichungen von der versprochenen (ursprünglich vereinbarten) Herstellung („Erschwernisse“), die notwendig werden, um zum gewünschten Endprodukt zu gelangen, sollen nicht zur Unmöglichkeit und zum „Ende des Vertrages“ führen, sondern nur zu einer Anpassung der Werkleistung und des Entgelts<sup>12</sup>. „Das Gesetz will also verhindern, dass der [Unter]nehmer am ursprünglichen vereinbarten Werklohn festgehalten wird, obwohl er mehr leisten muss als ursprünglich vorgesehen“<sup>13</sup>. In die Bestimmung darüberhinausgehend hineinzuinterpretieren, dass damit auch die Fortschreibung einer „subjektiven Äquivalenz“ verordnet werden soll, muss gekünstelt wirken. Nach wie vor wird jedenfalls nicht „das Werk“ geschuldet, es legt aber natürlich – wie gesagt – nach wie vor die Ausrichtung (das Ziel) der Werkleistung fest.

Dazu ist an dieser Stelle der Vollständigkeit halber anzuführen, dass diese „Flexibilisierung“ irgendwann an ihre Grenzen stößt und ab dann tatsächlich zu sagen ist, dass die vereinbarte Herstellung unmöglich ist und dass eine „andere“ Herstellung notwendig ist, um das gewünschte Werk zu erhalten<sup>14</sup>.

Hermann Wenusch

7 Vgl. Wenusch, Des einen Traum, des anderen Albtraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag, bbl 2006, 177: „[D]ie Errichtung des Werkes in der einen Umwelt unterscheidet sich von der Errichtung des nach Ausmaß und Qualität völlig übereinstimmenden Werkes in einer anderen Umwelt“.

8 Siehe zB Wenusch, Der Vertrag, ZRB 2021, IX FN 18.

9 Ausführlich zu dem Thema zB Wenusch, Der Werkbegriff im Bauwesen, ZRB 2014, 59 (59 ff).

10 Ähnlich übrigens auch beim Dienstvertrag: Schrammel, „Gewährleistung“ für schlechte Dienste? in FS Welser (2004) 985 (986) „Die vereinbarte Arbeitsleistung ist am Arbeitserfolg ausgerichtet, den der Arbeitgeber anstrebt; insoweit sind die Dienste erfolgsorientiert“.

11 Die ursprüngliche versprochene Werkleistung ist wohl das, was die Schöpfer des Begriffs „Bausoll“ vor Augen gehabt haben – da der Begriff im Verlauf der Zeit ziemlich ausgefranst wurde, sollte von seiner Verwendung Abstand genommen werden.

12 Vgl. zB Kodek in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar<sup>5</sup> (2021) § 1168 Rz 138 unter Verweis auf OGH 30. 8. 1994, 5 Ob 558/93: „Aus systematischer Sicht handelt es sich bei § 1168 Abs 1 S 2 um eine gesetzliche Vertragsanpassung“ (Hervorhebung im Original). Ganz genau genommen sollte man wohl von einer Anpassung des Schuldverhältnisses (der Rechte und Pflichten aus einem Vertrag) sprechen, weil „der Vertrag“ ja gar nicht geändert wird – Einzelheiten dazu siehe Wenusch, Die Abgrenzung von Verträgen, ZRB 2024, 64.

13 Kodek in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>5</sup> § 1168 Rz 138.

14 Kodek in Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm, Mehrkosten beim Bauvertrag<sup>2</sup> (2022) 59 spricht in diesem Zusammenhang von der „Identität des Vertrages“.