

Zur Abgrenzung zwischen Kaufvertrag und Werkvertrag

BEITRAG. Die präzise Abgrenzung zwischen verschiedenen Vertragstypen beschäftigt sowohl Lehre als auch Rsp schon seit langer Zeit. Die daraus resultierende Frage nach der Anwendbarkeit gewisser Rechtsnormen löst die Rsp regelmäßig mit der Kombinationstheorie und wendet die jeweils sachlich befriedigendste Vorschrift an. Neben Gedanken zur Problematik der Abgrenzung von Kauf- und Werkvertrag liefert der Beitrag weiterführende Überlegungen zur Anwendbarkeit von § 1168 a ABGB bei Sachverhalten, die dem VGG unterliegen, sowie zur dogmatischen Einordnung der ebengenannten Norm. **ecolex 2024/216**



Mag. **Andreas Schmid** ist Rechtsanwaltsanwärter in Linz.

A. Einleitung

Die konkrete Einordnung des ggst Vertrags bereitet in der Praxis oftmals nicht nur Schwierigkeiten, sondern ist auch von großer Bedeutung: Schließlich wirkt sich diese auf die Anwendbarkeit gewisser Normen sowie ganzer Normkomplexe aus. Folgender Sachverhalt soll als Grundlage für die weiteren Ausführungen dienen: Die Bekl beauftragt die Kl mit der Lieferung und der Montage von vier elektrisch betriebenen Boilern zur Warmwasserbereitung des gesamten Wohnhauses. Der Einbau der Boiler widerspricht dem Baugesetz, weshalb die Bekl keine Benützungsbewilligung erhält; dem Klagebegehren auf Zahlung des restlichen Werklohns hat die Bekl daher eine Verletzung der Warnpflicht entgehen.¹⁾

B. Kauf- oder Werkvertrag?

Die Grundlage zur Abgrenzung zw Kauf- und Werkvertrag normiert § 1166 ABGB; demnach kommt es primär darauf an, wer den zur Fertigung des Werks notwendigen Stoff bereitstellt. Die Unschärfe dieser Regelung hat zu weiteren Präzisierungen durch die Lehre geführt, weshalb zusätzlich gefragt werden soll, ob „die Sache gerade für die individuellen Bedürfnisse des Werkbestellers und entsprechend seinen Wünschen anzufertigen ist“.²⁾

Der Grund für die doch sehr umfassende Auseinandersetzung mit diesem Problem liegt in den Folgen der vertragsrechtlichen Einordnung; denn große Teile der Lehre³⁾ vertreten die sogenannte Absorptionstheorie: Demnach sei in Fällen, wo ein aus kauf- und werkvertraglichen Elementen gemischter Vertrag vorliegt, die Zuordnung zu einem Vertragstypus vorzunehmen. Dies habe die Anwendbarkeit lediglich einer der beiden Normkomplexe zur Folge; so kämen bei (durchaus vertretbarer⁴⁾) Annahme eines Kaufvertrags im oben skizzierten Fall die werkvertraglichen Regelungen nach §§ 1167 ff ABGB und dabei insb die hier relevante Warnpflicht nach § 1168 a ABGB nicht zur Anwendung.

Nach der in stRsp⁵⁾ vertretenen Kombinationstheorie ist bei gemischten Verträgen hingegen auf die einzelne Leistungspflicht abzustellen und daraufhin die sachlich am meisten befriedigende Vorschrift heranzuziehen. Die Kombinationstheorie führt dabei regelmäßig⁶⁾ zu einer sachgerechteren Lösung⁷⁾ als die Absorptionstheorie, dies zeigt sich auch im oben skiz-

zierten Fall: Bei Bejahung eines Kaufvertrags würde die Bekl damit die Möglichkeit verlieren, sich auf § 1168 a ABGB zu berufen; selbst bei vorsichtiger Herangehensweise, indem zwei separate Verträge (ein Kaufvertrag über die Boiler sowie ein Werkvertrag hinsichtlich des Einbaus) geschlossen werden, könnte ein Richter diese als einheitlichen Vertrag⁸⁾ und damit als Kaufvertrag interpretieren. Gewissheit hat die Bekl nur, wenn sie mit einer anderen Partei einen reinen Werkvertrag (mit selbem Inhalt) schließt; die Notwendigkeit für eine solche Maßnahme ist jedoch sachlich nicht nachvollziehbar.

Weshalb vertreten Teile der Lehre die Absorptionstheorie? Der diesbezügliche Ursprung wird in § 1055 ABGB gesehen, der die Abgrenzung zw Tausch- und Kaufvertrag normiert.⁹⁾ Ähnlich fordere auch § 1166 ABGB die Zuordnung zu einem Vertragstyp, woraufhin nur die diesbezüglichen Regelungen zur Anwendung kommen sollen.

¹⁾ Mit geringen Abweichungen ist dieser Sachverhalt auch Grundlage der Entscheidung: OGH 22. 11. 2022, 1 Ob 164/22g.

²⁾ HL; statt aller: Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB: Großkommentar³ § 1166 Rz 3 mwN; RIS-Justiz RS0021657.

³⁾ Rebhahn/Kietzibl in Schwimann/Kodek, ABGB: Praxiskommentar⁴ § 1166 Rz 6; Schopper in Klang³ § 1166 Rz 21; wohl auch: Gruber, Wandlung bei Verträgen über Hard- und Software, RdW 1989, 354; nur hinsichtlich § 1166 auch: M. Reiner in Schwimann/Neumayr, ABGB: Taschenkommentar⁵ § 1166 Rz 4.

⁴⁾ Für die Annahme eines Kaufvertrags spricht etwa, dass die Kl die Boiler liefert, ohne dafür Material von der Bekl zu erhalten, sowie die Wertrelation der kauf- und werkvertraglichen Elemente und zuletzt wird auch nicht auf besondere Bedürfnisse der Kl eingegangen.

⁵⁾ RIS-Justiz RS0013941; zuletzt OGH 24. 5. 2022, 10 Ob 21/22v.

⁶⁾ Zweifel bestehen hingegen bei der Mischung von Gesellschaftsvertrag mit Bestandrecht; dazu: Iro/Riss, Gebrauchsüberlassung in Einkaufszentren: Miete, Pacht oder Gesellschaft? RdW 2006/392, 417 ff.

⁷⁾ Dies wird von der Lehre wohl auch nicht bestritten: M. Reiner in Schwimann/Neumayr⁵ § 1166 Rz 4.

⁸⁾ Selbst bei zwei gesonderten Verträgen können bspw geringe Materialkosten für einen einheitlichen Vertrag sprechen; so: Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰⁴ § 1166 Rz 104; Schopper in Klang³ § 1166 Rz 19.

⁹⁾ Mayer-Maly in Klang IV/2² § 1055 (242) plädiert etwa für ein allgemeines Absorptionsprinzip, das auf andere Mischverträge auszuweiten sei.

Ist es jedoch notwendig, bei Zuordnung zu einem Vertragstypus die Anwendung der Regelungen des anderen Vertragstyps gänzlich zu verneinen oder ist die Absorptionstheorie insofern überschießend? Die Rsp stützt die Kombinationstheorie insb auf § 1151 Abs 2 ABGB, wonach bei Geschäftsbesorgung im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags auch „die Vorschriften über den Bevollmächtigtungsvertrag beobachtet werden“. Durch die Verankerung dieser Norm zeigt der Gesetzgeber durchaus den Willen, bei einem Vertrag mehrere Regelungskomplexe heranziehen zu lassen; ebenso normiert § 1066 ABGB im Rahmen des Kaufvertragsrechts, im Falle der Notwendigkeit auf die Regelungen über Verträge allgemein oder Tauschverträge zu rekurrieren. ME bezweckt der Gesetzgeber mit der Zuordnung zu einem Vertragstypus, ungerichtete Graubereiche zu vermeiden. Der Wille, durch diese Zuordnung die Anwendbarkeit gewisser Normen einzuschränken, ergibt sich wohl weder aus den diesbezüglichen Normen noch den Mat. So führt Zeiller zu § 1055 lediglich die Regel „a potiori fit denominatio“ an, erklärt hingegen am Ende, die Unterscheidung sei „von keiner Wichtigkeit“. ¹⁰⁾ Weiters unterlässt der Gesetzgeber in den Mat zur 3. TN ¹¹⁾ explizit eine konkrete Ausgestaltung der Rechtsfolgen mit dem Hinweis, alle denkbaren Fälle seien schlichtweg nicht im Gesetz zu erfassen, und überlässt die diesbezügliche Lösung der Wissenschaft und Praxis. Somit ergibt sich wohl weder aus dem Wortlaut des § 1166 ABGB noch aus den Mat die Rechtsfolge, nach Einordnung zu einem konkreten Vertragstypus sämtliche Normen des ausgeschlossenen Vertragstypus abzulehnen.

Die Kombinationstheorie führt daher nicht nur zu sachlicheren Lösungen, sondern lässt sich zudem – ohne weitere Auslegung – mit dem Gesetz vereinbaren; die Absorptionstheorie geht hinsichtlich der angenommenen Rechtsfolge wohl schlichtweg zu weit.

C. Identes Ergebnis durch Schadenersatz aufgrund Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht?

Selbst bei Verneinung einer Warnpflicht ist für einen etwaigen Werkbesteller jedoch nicht aller Tage Abend: Ein vergleichbares Ergebnis führt möglicherweise das Abstellen auf die Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht herbei, auf die in weiterer Folge grds ein Schadenersatzrechtlicher Anspruch gestützt werden kann.

Indem die Parteien mit der Intention aufeinander zugehen, einen Vertrag über die Lieferung mitsamt Einbau von Boilern abzuschließen, entsteht nach hL und Rsp ¹²⁾ bereits ein vorvertragliches Schuldverhältnis. Erblickt nun der Werkunternehmer Probleme bei der potenziellen Ausführung, wie die Unvereinbarkeit des konkreten Einbaus der Boiler mit dem Baugesetz, hat er seinen Vertragspartner bei sonstigem Schadenersatz ¹³⁾ darüber aufzuklären. ¹⁴⁾

Bei der Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht ist nach der hL und Rsp ¹⁵⁾ der Vertrauensschaden zu ersetzen. Ebenso steht dem Werkbesteller bei fehlerhafter oder unterlassener Warnung gem § 1168a ABGB der Vertrauensschaden zu. Er ist demnach so zu stellen, wie er stünde, wenn der Werkunternehmer seiner Warnpflicht entsprochen hätte. ¹⁶⁾ Die Bejahung eines Schadenersatzanspruchs aufgrund der Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht führt somit zum gleichen Ergebnis wie § 1168a ABGB.

D. Anwendbarkeit des VGG auf einen aus kauf- und werkvertraglichen Elementen gemischten Vertrag

Könnte der oben geschilderte Sachverhalt grds ¹⁷⁾ in den Anwendungsbereich des VGG fallen? Dieses spricht in § 1 Abs 1 Z 1 vom „Kauf von Waren“, wovon laut den Mat ¹⁸⁾ lediglich ein „Werkvertrag klassischer Ausprägung“ ausgeschlossen ist. Ein solcher liegt nach den Mat etwa vor, wenn lediglich eine Dienstleistung zu erbringen ist ¹⁹⁾ oder der Materialeinsatz des Werkunternehmers bei wertender Betrachtung deutlich hinter das Dienstleistungselement zurücktritt.

Nach hA ²⁰⁾ sind daher auch sogenannte Werklieferungsverträge umfasst, dies deckt sich auch mit dem doch sehr weiten Verständnis des Begriffs, der den Mat zugrunde liegt. Wiederrum stellt sich die Frage, wie bei Verträgen mit sowohl kaufvertraglichen als auch werkvertraglichen Elementen vorzugehen ist: *Stabentheiner* ²¹⁾ will § 1166 ABGB nicht als Auslegungsregel heranziehen, da dieser schon bei der Abgrenzung zw Kauf- und Werkvertrag zu keiner guten Lösung geführt habe und dies umso weniger beim weiteren Warenkauf-Begriff tun werde. Dem ist durchaus zuzustimmen, schließlich hat der Gesetzgeber einerseits von § 1166 ABGB divergierende Kriterien festgelegt und sich andererseits deutlich für den Einbezug von gemischten Verträgen ausgesprochen, da lediglich „reine Werkverträge“ nicht umfasst sein sollen.

Bei Übertragung dieser Erkenntnisse auf obigen Sachverhalt ist – unter der Prämisse des Vorliegens eines Verbrauchergeschäfts – die Anwendung des VGG zu bejahen; denn der werkvertragliche Teil hat wohl deutlich untergeordneten Charakter und auch die Wertrelation spricht vermutlich klar zugunsten eines Kaufs von Waren.

¹⁰⁾ Zeiller, Kommentar ABGB III/1, 353f.

¹¹⁾ 78 BlgHH, 21. Sess 1912, 231ff.

¹²⁾ Siehe nur: *Wiebe in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON ¹⁰⁴ § 861 Rz 30 mwN insb auch zur Rsp.

¹³⁾ Selbstverständlich müssen alle sonstigen Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches ebenso vorliegen.

¹⁴⁾ Eine Aufklärungspflicht darüber, den Vertragsgegenstand nicht rechtmäßig nutzen zu können, besteht mE mit großer Sicherheit; der OGH bejahte etwa zum Benützungsverbot einer Mietwohnung (6 Ob 275/70) oder beim Fehlen einer wasserrechtlichen Bewilligung bei Veräußerung eines Jugendheimes (3 Ob 568/85) zu Recht eine Aufklärungspflicht.

¹⁵⁾ *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON ¹⁰³ § 1294 Rz 17; RIS-Justiz RS0016374.

¹⁶⁾ Siehe nur: *Schopper in Klang* ³ § 1168a Rz 103; *Kodek in Schwimann/Kodek* ⁶ § 1168a Rz 48ff jeweils mwN.

¹⁷⁾ Abgesehen von dem Fehlen des zeitlichen Anwendungsbereichs sind im ggst Sachverhalt beide Parteien Unternehmer.

¹⁸⁾ ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 12f.

¹⁹⁾ Hier wird als Bsp die Herstellung eines Anzugs durch einen Herrenschneider angeführt.

²⁰⁾ *Dullinger*, Das neue Gewährleistungsrecht, RFG 2022/9, 40; *Stabentheiner*, Ein Überblick über das Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz, VbR 2021/108, 188; *Stabentheiner*, Was ist neu am neuen Gewährleistungsrecht? ÖJZ 2021/123, 968.

²¹⁾ *Stabentheiner*, ÖJZ 2021/123, 968.

E. § 1168a ABGB – Schadenersatz- oder Gewährleistungsnorm?

Bei Bejahung der Anwendbarkeit des VGG auf derartige Verträge müsste dieses Gesetz konsequenterweise als *lex specialis* anderen gewährleistungsrechtlichen Normen vorgehen. Eine der Normen, die auf diesem Wege durch das VGG verdrängt würden, könnte § 1168a ABGB sein; schließlich versteht ein großer Teil der Lehre²²⁾ diese Bestimmung als Gewährleistungsnorm. Insb vor der eben geschilderten Problematik verdient die Frage, ob es sich bei § 1168a um eine Schadenersatz- oder Gewährleistungsnorm handelt, eine erneute Betrachtung.

Der Wortsinn des Begriffs („Schaden“) spricht zwar deutlich für eine Norm des Schadenersatzrechts; manche Autoren vertreten hingegen, dass unter „Schaden“ zumindest im weitesten Sinn auch Gewährleistung verstanden werden kann.²³⁾ Eine systematische Interpretation der Norm, insb iZm § 1168 ABGB, solle hingegen in Richtung einer Gewährleistungsnorm deuten.²⁴⁾ Dabei wird insb auf den Zusammenhang der §§ 1168 und 1168a eingegangen; dies wohl unter der Prämisse, dass Gewährleistung eine Unterkategorie der Gefahrtragung (im weiteren Sinn) sei.

ME führt die systematische Interpretation jedoch zum umgekehrten Ergebnis: Denn § 1167 ABGB trägt die Überschrift „Gewährleistung“, was eine abschließende Regelung der werkvertraglichen Gewährleistung zumindest suggeriert. Zwar ist dem Argument, die Gewährleistung als Unterkategorie der Gefahrtragung anzusehen, sehr wohl einiges abzugewinnen; der umgekehrte Schluss trifft hingegen wohl nicht zu: Aus der Existenz von Regeln über Gefahrtragung resultiert nicht, dass diese Norm eine Gewährleistungsnorm ist.

Schon in den Mat zur Teilnovelle wird zw Gewährleistung und Gefahrtragung differenziert, was sich auch im Gesetz durch getrennte Überschriften²⁵⁾ materialisiert hat. Hätte zudem der Gesetzgeber § 1168a ABGB als Gewährleistungsnorm verstanden, hätte er wohl im Rahmen des GewRäG²⁶⁾ in § 1167 ABGB nicht nur den Verweis auf das allgemeine Gewährleistungsrecht machen können, sondern die Parenthese „vorbehaltlich des § 1168a ABGB“ vornehmen können.

Zu guter Letzt ergeben sich bei der konkreten Anwendung der Norm deutliche Probleme, die nicht nur eine „Besonderheit“²⁷⁾ des Gewährleistungsrechts, sondern eine „unnötige Friktion“²⁸⁾ darstellen: Schließlich soll unabhängig von der konkreten Einordnung nicht nur ein Verschulden vorliegen, zudem wird auch eine „geteilte Gewährleistung“ vertreten. Das derartige Konstellationen im Gewährleistungsrecht zumindest höchst unüblich sind, wird jedoch nicht einmal bestritten.

Somit sprechen wohl die gewichtigeren Argumente für die Interpretation des § 1168a ABGB als Schadenersatznorm. Dadurch könnte diese Regelung auch bei Sachverhalten, in denen

das VGG einschlägig ist, ohne Probleme zur Anwendung kommen.²⁹⁾ Bei gegenteiliger Auffassung besteht selbstverständlich dennoch die Möglichkeit, zu vertreten, § 1168a sei diesfalls dennoch anzuwenden; auf Basis dieser Ansicht besteht jedoch erheblicher Begründungsbedarf. Dabei wäre der (Verbraucher-)Schutzgedanke des VGG hervorzuheben, wonach dieses Gesetz keinesfalls die Folge haben soll, Rechte des Verbrauchers einzuschränken, und § 1168a ABGB durch das VGG nicht verdrängt werden sollte, sondern weiterhin anwendbar bleibt.³⁰⁾

Schlussstrich

Zusammengefasst lässt sich Folgendes festhalten:

- ▶ Die Absorptionstheorie könnte hinsichtlich ihrer Folge, wonach nur ein Normkomplex zur Anwendung kommen darf, zu weit gehen; die Kombinationstheorie ist nicht nur aufgrund ihrer sachlicheren Lösungen zu bevorzugen, sondern lässt sich auch mit dem Gesetz vereinbaren.
- ▶ § 1168a ABGB kann grds auch im Bereich des VGG zur Anwendung kommen.
- ▶ Bei § 1168a ABGB handelt es sich um eine Norm des Schadenersatzrechts.

²²⁾ Schopper in Klang³ § 1168a Rz 109ff; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰⁴ § 1168a Rz 57; Kodek in Schwimann/Neumayr⁵ § 1168a Rz 167; Rebhahn/Kietaibl in Schwimann/Kodek⁴ § 1165 Rz 39; H. Schlosser/Hartl/L. Schlosser, Die Warnpflicht des Werkunternehmers und die Folgen ihrer Verletzung, bauaktuell 2010, 56 (58, 99); Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag (1989) 18; ohne nähere Begründung: Stoffl, Grenzen von Prüf-, Warn- und Überwachungspflichten beim Werkvertrag (2019) 53; aA: Wilhelm, Eine Studie zu Gefahr und Warnpflicht beim Werkmangel, in Festschrift Rudolf Welser zum 65. Geburtstag (2004) 1191ff; OGH 29. 1. 1992, 1 Ob 628/91; M. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer⁷ § 1168a Rz 10; K. Schmid, Gefahrtragung beim Werkvertrag (2017) 174ff; Karasek, ÖNORM B 2110³ Rz 782.

²³⁾ Rebhahn/Kietaibl in Schwimann/Kodek⁴ § 1165 Rz 39.

²⁴⁾ Schopper in Klang³ § 1168a Rz 110.

²⁵⁾ § 1167 ABGB: „Gewährleistung“; §§ 1168ff ABGB: „Vereitelung der Ausführung“.

²⁶⁾ BGBl I 2001/48.

²⁷⁾ Kurschel, Gewährleistung 18.

²⁸⁾ K. Schmid, Gefahrtragung 177.

²⁹⁾ Dies unter Bejahung der Kombinationstheorie; ansonsten wäre § 1168a ABGB nur in dem Grenzbereich anzuwenden, wo nach den Normen des ABGB ein Werkvertrag anzunehmen wäre und zugleich ein Warenkauf iSd § 1 Abs 1 Z 1 VGG vorliegt.

³⁰⁾ Etwa bejahte bereits Welser die Anwendbarkeit der §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB auch im Bereich des (spezielleren) KSchG: Welser, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 1.