



## WERKVERTRAG

### WO ENDET DAS ZAHLUNGSVERWEIGERUNGSRECHT DES AUFTRAGGEBERS?

Insbesondere bei komplexen Bauvorhaben findet in der Regel vor der eigentlichen Übergabe der einzelnen Gewerke eine Vorbegehung statt, in deren Rahmen erkennbare Gewährleistungsmängel aufgelistet und eine Frist zur Sanierung festgelegt wird. Sofern die festgestellten Gewährleistungsmängel der Übergabe/Übernahme des jeweiligen Gewerks nicht entgegenstehen, nimmt der Auftraggeber das hergestellte Werk in Gebrauch und wartet zunächst die Sanierung der gerügten Gewährleistungsmängel ab.

Nicht selten geht mit dem Zwartan auf Verbesserung auch die Zurückbehaltung der restlichen Werklohnzahlung einher, schließlich möchte der Werkbesteller sicherstellen, dass der Werkunternehmer innerhalb angemessener Zeit die Mängel vollständig beseitigt.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie lange dem Werkbesteller das volle Leistungsverweigerungsrecht (Zurückbehaltung des restlichen Werklohnes) zusteht und welche nachträglichen Handlungen dazu führen können, dass das Zurückhalten des restlichen Werklohns als rechtsmissbräuchlich und unzulässig angesehen wird.

Ganz allgemein ist der Werkbesteller zur Zurückbehaltung des Werklohns berechtigt, wenn er ein ernstliches Verbesserungsbegehren erhebt, der gerügte Mangel vorhanden und tatsächlich behebbar ist. Mit der Zurückbehaltung soll auf den Werkunternehmer Druck ausgeübt werden, rasch eine fachgerechte Sanierung vorzunehmen.

Das volle Leistungsverweigerungsrecht besteht jedoch nicht, wenn von einem Missverhältnis zwischen den vom Gewährleistungsberechtigten verfolgten Interessen an der weiteren Leistungsverweigerung und dem Interesse des Werkunternehmers an der Bezahlung des Werklohnes für den mängelfreien Teil des Werkes auszugehen ist. So hat der Oberste Gerichtshof beispielsweise festgehalten, dass der Werkbesteller mit der Auszahlungsverweigerung rechtsmissbräuchlich agiert, wenn er das hergestellte Werk in Gebrauch nimmt und die Behebung der Gewährleistungsmängel nicht zwingend ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien erfordert und auch keine besondere Fachkenntnis zur Sanierung erforderlich ist. In diesem Fall beschränkt sich in der Regel das Leistungsverweigerungsrecht auf jenen Teil des Werklohns, der für die vollständige Sanierung der Mängelbehebung durch ein Drittunternehmen aufgewendet werden muss.

Wenn der Werkbesteller ursprünglich Verbesserung begehrt, in weiterer Folge aber die Verbesserung durch den Gewährleistungspflichtigen nicht zulässt oder verhindert oder gar zu erkennen gibt, dass er an einer Verbesserung durch den Werkunternehmer kein Interesse mehr hat, weil er an dessen fachlicher Eignung oder Zuverlässigkeit zweifelt, dann ist er keinesfalls weiter zur Verweigerung der Gegenleistung (d.h. Einbehalt des Werklohns) berechtigt, sondern kann nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes nur mehr Preisminderung verlangen.

Gleiches gilt, wenn der Werkbesteller zunächst zwar Verbesserung fordert, in weiterer Folge aber eine vom Werkunternehmer beigestellte Haftrücklassgarantie in Anspruch nimmt, um damit die von ihm geforderte Sanierung des gerügten Mangels zu bezahlen. Durch das Abrufen der Haftrücklasssumme wird das ursprüngliche Begehren auf Verbesserung letztlich auf Preisminderung umgestellt. Dies hat zur Folge, dass der restliche Entgeltanspruch des Werkunternehmers zur Zahlung fällig wird und der Auftraggeber die Auszahlung des durch den Preisminderungsanspruch (geltend gemacht durch die in Anspruch genommene Haftrücklasssumme) entsprechend verminderten Werklohns nicht länger mit der Begründung verweigern kann, das Werk sei noch nicht vollendet.

In der Praxis ist demzufolge das konkrete Begehren des Auftraggebers bzw. dessen Verhalten im Zusammenhang mit der geforderten Sanierung zu prüfen. Solange Verbesserung eines Mangels begehrt wird und diese im Interesse des Bestellers liegt, ist die Fälligkeit des restlichen Werklohns hinausgeschoben. Fällt dieses Interesse aber weg, besteht kein Bedürfnis nach Gewährung eines gänzlichen Leistungsverweigerungsrechtes durch den Auftraggeber mehr.

*Wilfried Opetnik* ■