

11. Jahrgang / Juli 2020 / Nr. 4

bau *aktuell*

Baurecht – Baubetriebswirtschaft – Baumanagement

Herausgegeben von

Gerald Goger | Detlef Heck | Georg Karasek | Andreas Kletečka | Arnold Tautschnig

SCHWERPUNKT Digitalisierung

Interview mit Michael Salzmann

„Komplexe Bauvorhaben brauchen neue Herangehensweisen“

Alexander Schopper

Von Verzugszinsen, Bauzinsen und Mehrkostenforderungen

Thomas Frad

Bemerkenswerte baurechtliche Entscheidungen des OGH im Jahr 2019

Leopold Winkler

Digitalisierungsmaßnahmen als Problemlöser in der Bauwirtschaft

**Alexandra Mazak-Huemer / Robert Galler / Robert Wenighofer /
Gerald Goger / Thomas Bednar / Christian Huemer / Manuel Wimmer**
Interdisziplinäres Forschungsprojekt TransIT

Norbert Jagerhofer

ARGE-Versicherungen

Gerald Fuchs

Das Ölkesseleinbauverbotsgesetz

Wolfgang Hussian

Aus der aktuellen Rechtsprechung

Das letzte Wort hat Rainer Kurbos

Von Verzugszinsen, Bauzinsen und Mehrkostenforderungen

Alexander Schopper

Der vorliegende Beitrag widmet sich Bauzinsen und Verzugszinsen bei Zahlungsverzug mit dem Werklohn sowie bei Mehrkostenforderungen.

1. Bauzinsen

1.1. Begriff und Rechtsnatur

Bauzinsen werden in **Punkt 3.4 der ÖNORM B 2061**¹ definiert als „Kosten des für die Durchführung eines Bauauftrags erforderlichen Kapitals, mit welchem der Auftragnehmer in Vorlage zu treten hat, einschließlich der Kosten für Sicherstellungen; hierzu gehören nicht die für die Betriebsführung und für die Gerätebestellung notwendigen Zinskosten.“ Die bauvertragsrechtliche Literatur greift auf diese Definition zurück.² Die hier zu behandelnden Bauzinsen sind zu unterscheiden vom „Bauzins“ als Entgelt für die Bestellung des Baurechts gemäß § 1 BauRG³ und von dem im Aktienrecht verwendeten Begriff „Bauzinsen“ im Sinne von Zinsen, die den Aktionären für den Zeitraum, den die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfang des vollen Betriebs erfordert, zugesagt werden.⁴

Wirtschaftlich betrachtet besteht der **Zweck** von solchen Bauzinsen darin, die Kosten des Werkunternehmers aufgrund seines Vorfinanzierungsbedarfs pauschaliert abzudecken.⁵ Dabei geht es um die Finanzierungskosten im Zeitraum zwischen der Bezahlung der von ihm erbrachten Leistungen (Löhne, Gehälter, Material, Subunternehmer) durch den Werkunternehmer und der Begleichung des Werklohnanspruchs durch den Werkbesteller.⁶ Auch die Kosten für die vom Werkunternehmer beizubringenden Sicherstellungen (Vadium, Kautions-, Deckungs- und Haftungsrücklass) werden in der Regel von den vereinbarten Bauzinsen abgedeckt.⁷

Ein Anspruch des Werkunternehmers auf Bauzinsen ergibt sich **nicht aus dem Gesetz**. Weder die Regeln des Werkvertrages gemäß §§ 1165 ff ABGB noch das allgemeine Schuld- oder das Bereicherungsrecht sehen einen solchen Anspruch vor. Ganz im Gegenteil: Nach § 1170 ABGB tritt die Fälligkeit des Anspruchs auf Werklohn erst mit der Vollendung des Werks ein. Nach dieser dispo-

sitiven Norm muss der Werkunternehmer den Finanzierungsbedarf für die Herstellung des Werks abdecken, das heißt, er trägt die wirtschaftliche Last der Vorfinanzierung. Das damit verbundene wirtschaftliche Risiko des Werkunternehmers sichert das Gesetz durch das zwingende Recht auf Sicherstellung nach § 1170b ABGB nur teilweise⁸ ab.

Da sich der Anspruch auf Bauzinsen nicht aus dem Gesetz ableiten lässt, muss er **im Vertrag vereinbart** werden.⁹ Insofern wird der Werkunternehmer durch die Vereinbarung von Bauzinsen vertraglich besser gestellt, als er nach dem dispositiven gesetzlichen Regeln des ABGB stünde.¹⁰ Allerdings darf nicht übersehen werden, dass ein nach wirtschaftlichen Grundsätzen vorgehender Werkunternehmer, der einen hohen Fremdfinanzierungsanteil hat, seine Finanzierungskosten ohnehin **in seiner Kalkulation berücksichtigen** und **in den Angebotspreis einrechnen** muss. Somit führt die Vereinbarung von Bauzinsen im Sinne der ÖNORM B 2061 letztlich nur dazu, dass der Werkunternehmer den Bauzinssatz als Teil der Gesamtkosten **gesondert** gegenüber dem Werkbesteller **auszuweisen** hat, die er ansonsten in den Angebotspreis einrechnen würde. Offengelegt wird im K3-Blatt aber grundsätzlich nur das Ergebnis der Kalkulation in Form des Bauzinsaufschlags, nicht jedoch die Kalkulationsgrundlage, also die tatsächlich intern kalkulierten Vorfinanzierungskosten.¹¹ Generell ist das K3-Blatt lediglich die standardisierte Darstellung für die Ergebnisse der Kalkulation, welche allerdings im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung vom Werkunternehmer zu plausibilisieren ist.¹²



Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper

ist Leiter des Instituts für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck.

1 ÖNORM B 2061: Preisermittlung für Bauleistungen – Verfahrensnorm (Ausgabe: 1. 9. 1999).

2 Vgl zB Karasek, ÖNORM B 2110³ (2016) Rz 1336; Kodek in Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 58; Reckerzügl, Die korrekte Vergütung von Bauzinsen, bau aktuell 2014, 13; Fabich/Stempkowski in K. Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management² (2015) 582.

3 K. Müller/Goger, Der gestörte Bauablauf (2016) 310.

4 Vgl § 54 Abs 2 AktG in der Stammfassung BGBl 1965/98.

5 Pauschaliert ist die Abdeckung, weil der Besteller die vereinbarten Bauzinsen auch dann schuldet, wenn die tatsächlichen Vorfinanzierungskosten des Werkunternehmers höher oder niedriger ausfallen.

6 Karasek, ÖNORM B 2110³, Rz 1336.

7 Karasek, ÖNORM B 2110³, Rz 1336.

8 Gemäß § 1170b Abs 1 ABGB ist das Recht auf Sicherstellung mit 20 % bzw mit 40 % des vereinbarten Gesamtentgelts begrenzt.

9 Auch die ÖNORM B 2110 sieht – im Unterschied zu Punkt 7.4.3.3 der ÖNORM B 2118 – keinen Anspruch auf Bauzinsen vor. Daher müssen Bauzinsen im Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110 entweder vertraglich vereinbart werden oder der Bauunternehmer rechnet sie von vornherein in die Werklohnforderung ein, ohne sie gesondert auszuweisen. Andernfalls besteht kein Anspruch auf Bauzinsen; anderer Ansicht wohl Fabich/Stempkowski in K. Müller/Stempkowski, Claim-Management², 593 (dort allerdings zu Bauzinsen im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen).

10 Wie erwähnt, trägt nach den dispositiven Regeln des ABGB der Werkunternehmer die wirtschaftliche Last der Vorfinanzierung. Die Vereinbarung von Bauzinsen stellt sohin eine (freiwillige) Besserstellung der Werkunternehmerseite durch die Werkbestellerseite dar, welche das gesetzliche Gleichgewicht zugunsten der Werkunternehmer verschiebt.

11 Siehe grundlegend zur Baukalkulation jüngst Kropik, Die Baukalkulation, in FS Karasek (2018) 423.

12 Im Falle von unplausiblen Bauzinsen hat die ausschreibende Stelle im Zuge der vertieften Angebotsprüfung diese aufzuklären und kann den Werkunternehmer – falls erforderlich – zur Darlegung seiner Kalkulationsgrundlagen auffordern.

Neben diesen **allgemeinen Bauzinsen** für den planmäßigen Ablauf des Bauprojekts im Sinne des ursprünglichen Bauvertrages werden gerade bei Großprojekten im Vertrag häufig auch **Bauzinsen für die Abhandlung von Mehrkostenforderungen** für Leistungsänderungen¹³ vereinbart.¹⁴ Grund dafür ist, dass die Abhandlung von Mehrkostenforderungen im Regelfall zu einer Verlängerung des auf Basis des ursprünglichen Werkvertrages kalkulierten Vorfinanzierungszeitraums wegen zusätzlicher Nachweis-, Prüfungs- und Verhandlungsschritte führt.¹⁵

In der spärlichen rechtswissenschaftlichen Literatur zum Thema wird der Anspruch auf allgemeine Bauzinsen als **Teil des Vergütungsanspruchs** des Werkunternehmers angesehen.¹⁶ Allgemeine Bauzinsen haben daher *per se* nichts mit einer gestörten Ausführung des Werkvertrages oder einem Zahlungsverzug des Werkbestellers zu tun. Sind Bauzinsen vereinbart, dann stehen sie dem Werkunternehmer auch dann zu, wenn das Werk ohne jegliche Störungen vertragsgemäß ausgeführt wird.¹⁷

Sieht der Vertrag für die Abhandlung von **Mehrkostenforderungen gesonderte Bauzinsen** vor, handelt es sich dabei um einen Teil der Mehrkostenforderungen. Auf § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB gestützte Mehrkostenforderungen sind nach ganz herrschender Auffassung ein (gesetzlich modifizierter) Entgeltanspruch.¹⁸ Daher sind auch vertraglich vereinbarte Bauzinsen für Mehrkostenforderungen Teil dieses gesetzlich modifizierten Entgeltanspruchs. Gleiches gilt, wenn die Mehrkostenforderung auf Punkt 7.4.1 der ÖNORM B 2110¹⁹ gestützt wird, zumal der Wortlaut hier noch klarer als § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB von einem „Anspruch auf Anpassung des Entgelts“ spricht.

Als Bestandteil des Vergütungsanspruchs wird mit den allgemeinen Bauzinsen ein Teil der Hauptleistungspflicht des Werkbestellers vertraglich festgelegt. Sofern die Bauzinsen vertraglich so verein-

bart werden, dass es sich um eine einmalige, individuelle ziffernmäßige Festlegung eines Teils der Hauptleistungspflicht des Werkbestellers handelt, unterliegt die Vereinbarung von Bauzinsen im Regelfall auch dann nicht der **Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB**, wenn sie im Rahmen der allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt.²⁰ Zu beachten ist aber, dass der Begriff „Hauptleistung“ im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB eng ausgelegt wird. Allgemeine Umschreibungen, welche die Preisberechnung betreffen, und Regelungen, die eine nachträgliche Veränderung der ursprünglich festgelegten Hauptleistung ermöglichen, fallen nicht darunter.²¹ Daher ist § 879 Abs 3 ABGB auf die Vereinbarung spezieller Bauzinsen bei Mehrkostenforderungen sehr wohl anzuwenden, weil und sofern es sich hier um eine vertragliche Regelung über eine nachträgliche Veränderung der ursprünglich festgelegten Hauptleistung handelt. Überhöhte Bauzinsen an versteckter Stelle in allgemeinen Geschäftsbedingungen können zudem nach § 864a ABGB oder § 879 Abs 1 bzw Abs 2 Z 4 ABGB unwirksam sein.

Da Bauzinsen Teil des Werklohns und keine Verzugszinsen sind, kommen weder **§ 456 UGB** noch **§ 459 UGB** oder die **vergaberechtlichen Restriktionen**²² für die vertragliche Vereinbarung eines Verzugszinssatzes zur Anwendung. Als Bestandteil des Entgelts unterliegen Bauzinsen der Umsatzsteuer.

1.2. Höhe und Berechnung

Nach dem etwas kryptisch formulierten Punkt 5.5 der ÖNORM B 2061 sind die allgemeinen Bauzinsen mit Ausnahme der in Punkt 5.1.3 (Einzelgerätekosten), Punkt 5.2.4 (Gerätekosten der Baustelle) und Punkt 5.3 Abs 7 (Abschreibung und Verzinsung der dem Gesamtbetrieb dienenden Anlagen als Posten der Geschäftsgemeinkosten) angeführten Kapitalkosten zu ermitteln. Bauzinsen sind ein als Prozentsatz ausgedrückter Anteil des Gesamtzuschlags im K3-Blatt und dort in der Zeile O anzugeben.²³ Sie sind **einmalig auf den jeweiligen Umsatz aufzuschlagen**. Im Unterschied zu Verzugszinsen errechnen sich die Bauzinsen in der Regel somit **nicht zeitbezogen (pro anno)**.

Anderes gilt jedoch für **spezielle Bauzinsen**, die gesondert für die Abhandlung von Mehrkostenforderungen vereinbart werden. Wie erwähnt, sollen diese Bauzinsen den verlängerten Vorfinanzierungszeitraum des Werkunternehmers abdecken, der unter anderem dadurch entsteht, dass der Werkbesteller die angemeldeten Mehrkostenforderungen dem Grunde und der Höhe nach prüfen muss oder zB auch weitere Nachweise vom Werkunternehmer vorgelegt werden müssen, was zu einer verzögerten Beauftragung führen kann. Diese Bauzinsen für die Abhandlung von Mehrkostenforderungen haben in der Regel auch eine

13 Siehe hierzu zB *Hagen/Oberzaucher*, Über die vergabe- und zivilrechtliche Zulässigkeit von Leistungsänderungen im Anwendungsbereich der ÖNORMen B 2110 und B 2118, ZRB 2012, 16, die sich eingehend sowohl mit den vergabe- als auch zivilrechtlichen Aspekten von Leistungsänderungen im Sinne der einschlägigen ÖNORMEN und deren Zulässigkeit befassen.
 14 Siehe zB Punkt 2.10.4.3.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB-Konzerns für Bauaufträge (Ausgabe: März 2016), online abrufbar unter https://konzern.oebb.at/de/dam/jcr:ce0e275b-c19c-4d45-b6c9-af60241ea6f9/agg_bauauftraege_03_2016.pdf.
 15 Siehe Punkt 4.2.
 16 *Karasek*, ÖNORM B 2110³, Rz 1336; ebenso *Reckerzügl*, bau aktuell 2014, 15; offenbar auch *Kodek* in *Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 58: „..., wenn der Werklohn auch Bauzinsen als Ausgleich für die Vorleistungspflicht des Unternehmers vorsieht.“
 17 Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110³, Rz 1336; *Reckerzügl*, bau aktuell 2014, 15.
 18 *M. Bydliński* in *Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB⁶ (2020) § 1168 Rz 7; *Kodek*, Mehrkosten beim Bauvertrag – Business as usual? in FS 40 Jahre ÖGEBAU (2019) 219 (235); *derselbe* in *Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 18; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03}, § 1168 Rz 39; *derselbe*, Beweisfragen im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen beim Bauwerkvertrag (Teil I), bau aktuell 2017, 4 (6); *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1168 Rz 28; *Kronthaler*, Welche Leistungen sind von einer Pauschalpreisvereinbarung umfasst? bau aktuell 2017, 98 (103).
 19 ÖNORM B 2110: Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm (Ausgabe: 15. 3. 2013).

20 Vgl dazu *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴, § 879 Rz 374; *G. Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04}, § 879 Rz 288.
 21 *G. Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04}, § 879 Rz 288.
 22 Siehe § 100 Abs 5 (Ausschreibung) und § 111 Abs 5 BVergG 2018 (Leistungsvertrag); für öffentliche Sektorenauftraggeber siehe § 269 Abs 5 und § 278 Abs 5 BVergG 2018.
 23 *Reckerzügl*, bau aktuell 2014, 14; *Tautschnig/Carstens*, Herleitung der Höhe des Zinssatzes zusätzlicher Bauzinsen, bau aktuell 2017, 225.

zeitliche Komponente, die sich aus der konkreten vertraglichen Vereinbarung ergibt.

Wirtschaftlich sind für die Kalkulation der Höhe der Bauzinsen unterschiedliche Einflussfaktoren maßgebend.²⁴ Im Mittelpunkt stehen dabei vereinfacht ausgedrückt 1.) der Vorfinanzierungszeitraum für den Werkunternehmer und 2.) die Kosten des Werkunternehmers für die von ihm zu tragende Vorfinanzierung. Einzelkosten spielen insoweit eine Rolle, als die allgemeinen Bauzinsen als Prozentsatz auf die Einzelkosten aufgeschlagen werden. Einfluss haben die Anteile der unterschiedlichen Einzelkosten (Lohn, Material, Gerät, Subunternehmer), da diese jeweils unterschiedliche Vorfinanzierungszeiträume haben.

In der Literatur wird festgehalten, dass für Bauzinsen **zirka 0,5 % bis 2 %** der Einzelkosten angesetzt werden.²⁵ Rein wirtschaftlich ist festzuhalten, dass die tatsächlichen Vorfinanzierungskosten der Bauunternehmen infolge des anhaltenden Niedrigzinsumfelds grundsätzlich derzeit tendenziell niedrig ausfallen werden. Rechtlich hängt die Höhe der Bauzinsen allein davon ab, was die Parteien im Bauvertrag konkret vereinbart haben.

2. Verzugszinsen

2.1. Zahlungsverzug des Werkbestellers

Der Werkbesteller ist zur Leistung von Verzugszinsen verpflichtet, wenn er sich im Schuldnerverzug befindet. Ein solcher Verzug liegt dann vor, wenn der Besteller seiner Zahlungsverpflichtung bei Fälligkeit nicht nachkommt. Die **Fälligkeit** einer Zahlung ergibt sich primär aus der Vereinbarung (§§ 904 und 1417 ABGB).²⁶ Mangels abweichender Vereinbarung tritt die Fälligkeit ein, wenn das Werk vollendet ist und durch den Werkbesteller übernommen bzw. überprüft wurde (§ 1334 iVm § 1170 ABGB).²⁷ Verweigert der Besteller grundlos die Übernahme oder eine dafür notwendige Mitwirkung, dann tritt die Fälligkeit schon vor Übernahme ein. Steht die Werklohnforderung der Höhe nach noch nicht fest (insbesondere bei Einheitspreis- und Regiepreisverträgen), dann tritt die Fälligkeit nach dem Eingang der Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung ein (§ 1334 ABGB).

2.2. Rechtsnatur

Nach § 1333 Abs 1 ABGB sollen Verzugszinsen den Schaden „*vergüten*“, den der Schuldner seinem Gläubiger durch die Verzögerung der Zahlung einer Geldforderung zugefügt hat. Nach herrschender Auffassung ist der Normzweck von § 1333 ABGB ein schadenersatzrechtlicher, weil der **Nachteil des Gläubigers aufgrund der Zahlungsverzögerung**

des Schuldners pauschal ausgeglichen werden soll.²⁸ Im Vergleich zu einem klassischen schadenersatzrechtlichen Anspruch bei der Verschuldenshaftung weist der Verzugszinsenanspruch aber zwei Besonderheiten auf: Erstens steht er unabhängig von einem Verschulden des Gläubigers zu und zweitens besteht der Anspruch auf Verzugszinsen auch dann, wenn dem Gläubiger aus der Zahlungsverzögerung gar kein Schaden entstanden ist, etwa weil er das Geld bei rechtzeitiger Zahlung bloß aufbewahrt und gar nicht gewinnbringend angelegt hätte. Diese Besonderheiten ändern aber nichts an der schadenersatzrechtlichen Natur des Anspruchs. Die bereicherungsrechtliche Einordnung des gesetzlichen Verzugszinsenanspruchs wird von der herrschenden Lehre abgelehnt, weil die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen unabhängig davon besteht, ob der Schuldner irgendeinen Vorteil aus der Verspätung seiner Zahlung zog.²⁹ Da Verzugszinsen kein Entgelt sind, unterliegen sie **nicht der Umsatzsteuer**.³⁰

2.3. Höhe

Nach § 1333 iVm § 1000 ABGB (ebenso Punkt 8.4.1.6 der ÖNORM B 2110 und Punkt 8.4.1.6 der ÖNORM B 2118)³¹ betragen die gesetzlichen Verzugszinsen **jährlich 4 %**.³² Diese Verzugszinsen stehen unabhängig davon zu, ob der Werkbesteller den Zahlungsverzug zu verantworten hat, das heißt beim objektiven Verzug.

Nach § 456 UGB (ebenso Punkt 8.4.1.6 der ÖNORM B 2110 und Punkt 8.4.1.6 der ÖNORM B 2118) gebührt dem Werkunternehmer ein erhöhter Verzugszinssatz von **9,2 Prozentpunkten über dem jeweils geltenden Basiszinssatz** pro Jahr, wenn ein beiderseitig unternehmensbezogenes Geschäft vorliegt und der Werkbesteller für den Zahlungsverzug „*verantwortlich*“ ist.

Die gesetzlichen Verzugszinssätze sind grundsätzlich **dispositiv**.³³ Die Parteien können ver-

28 G. Graf, Zinsen, Bereicherung und Verjährung, JBl 1990, 350 (355 ff); Harter/Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB⁴, § 1333 Rz 3; Danzl in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁶, § 1333 Rz 4; Reichholf, Haben Verzugszinsen Entgeltcharakter? ÖBA 2019, 203 (204 f mwN der aktuellen Rechtsprechung); OGH 1. 9. 2015, 6 Ob 117/15x; anderer Ansicht Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 15/6; W. Jud, Marginalien zum Ersatz aufgewendeter oder entgangener Zinsen, in FS Ostheim (1990) 113 (115).

29 Vgl dazu Größ in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04}, § 1333 Rz 2.

30 OGH 14. 8. 1996, 6 Ob 660/95; 14. 7. 1999, 3 Ob 235/97y; RIS-Justiz RS0106447; Bollenberger/P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁶, § 1000 Rz 6.

31 ÖNORM B 2118: Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen unter Anwendung des Partnerschaftsmodells, insbesondere bei Großprojekten – Werkvertragsnorm (Ausgabe: 15. 3. 2013).

32 Offenbar anderer Ansicht Reckerzügl, bau aktuell 2014, 17, der bei einer „*unverschuldeten Zahlungsverzögerung*“ von einem Zinssatz von 4 % über dem Basiszinssatz ausgeht.

33 Vgl etwa Meini/Stabentheiner, Das neue Zahlungsverzugsrecht im Überblick, ÖJZ 2013, 437 (445); Bollenberger/P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁶, § 984 Rz 5; Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,03}, § 1000 Rz 3 („*dispositiver Verzugszinssatz*“ nach § 456 UGB); Haber/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴, § 456 Rz 22; aus Deutschland vgl zB Ernst in Münchener Kommentar zum BGB II⁸ (2019) § 288 Rz 40; grundsätzlich auch Karasek, ÖNORM B 2110³, Rz 1735 (siehe aber auch Rz 1736, wo die Vereinbarung von niedrigeren Verzugszinsen in der Regel als unzulässig angesehen wird); ähnlich Krejci, Zur Abdingung gesetzlicher Verzugszinsen in ausgeschrieben Bauverträgen, bau aktuell 2013, 78.

24 Vgl dazu eingehend Fabich/Stempkowski in K. Müller/Stempkowski, Claim-Management², 582 ff; Reckerzügl, bau aktuell 2014, 13 ff; Tautsching/Carstens, bau aktuell 2017, 225 ff.

25 Karasek, ÖNORM B 2110³, Rz 1336; Oberndorfer in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II (Stand: Juni 2012) Kap 2.1.4.3; vgl auch Reckerzügl, bau aktuell 2014, 14, der dann aber für zusätzliche Bauzinsen bei Leistungsänderung im Zuge der Bauausführung einen Prozentsatz von 5 % bis 10 % ansetzt.

26 Reischauer in Rummel, ABGB³, § 1334 Rz 3.

27 Vgl Adler/Höller in Klang/Gschmitzer, ABGB V² (1954) 417; Karasek, ÖNORM B 2110³, Rz 1719 und 1746; OGH 18. 3. 1981, 1 Ob 515/81; 22. 11. 2011, 8 Ob 114/11i, ZRB 2012, 54 (Hayek); RIS-Justiz RS0017605.

traglich sowohl einen höheren als auch einen niedrigeren Zinssatz festlegen.³⁴ Das ergibt sich für die hier interessierenden beiderseitigen unternehmensbezogenen Geschäfte schon aus einem Umkehrschluss zu § 459 Abs 4 UGB. Nach dieser Bestimmung gilt nur der gänzliche Ausschluss von Verzugszinsen jedenfalls als grob nachteilig und ist daher unwirksam. Im Übrigen ist vor allem anhand der in § 459 Abs 2 UGB demonstrativ aufgezählten Kriterien im Einzelfall zu prüfen, ob die vertragliche Herabsetzung des gesetzlichen Verzugszinssatzes grob nachteilig ist. Insbesondere eine sachliche Rechtfertigung schließt eine grobe Nachteiligkeit aus. Diese könnte auch darin bestehen, dass die geltenden gesetzlichen Verzugszinssätze von jährlich 4 % und 9,2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz pro Jahr in keiner Relation zu dem seit Jahren vorhandenen Niedrig- bzw. Negativzinsumfeld stehen. Überspitzt formuliert gibt es in Anbetracht dieses Missverhältnisses zwischen Zinsumfeld und gesetzlichen Verzugszinsen auf den Kapitalmärkten schon seit Jahren keine bessere Veranlagungsmöglichkeit als einen Zahlungsverzug des Vertragspartners. § 456 UGB bezweckt die Verstärkung der Zahlungsmoral im unternehmerischen Geschäftsverkehr,³⁵ nicht aber eine derart unverhältnismäßige Begünstigung des Gläubigers. Gleiches gilt für § 1333 iVm § 1000 ABGB. Auch die Rechtsnatur von Verzugszinsen als pauschalierter Schadenersatz spricht für die Zulässigkeit einer vertraglichen Vereinbarung geringerer Verzugszinsen. Die gesetzlichen Zinssätze führen nämlich in der Regel zu einer Überkompensation des Gläubigers, weil dieser im derzeitigen Marktumfeld das geschuldete Geld bei rechtzeitiger Zahlung nur in Ausnahmefällen besser anlegen könnte. Daher ist bei langfristigen und extrem kostenintensiven Großprojekten am Bau eine angemessene vertragliche Herabsetzung des Verzugszinssatzes gemäß § 456 UGB und auch gemäß § 1000 ABGB meines Erachtens sachlich gerechtfertigt.

Nur für **öffentliche (Sektoren-)Auftraggeber** ist die vertragliche Vereinbarung eines Verzugszinssatzes, dessen Höhe den in § 456 UGB festgelegten gesetzlichen Zinssatz unterschreitet, unzulässig.³⁶ Die Vereinbarung eines geringeren Zinssatzes im Leistungsvertrag ist nichtig, wobei die Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden kann, wenn die entsprechende Bestimmung in einem Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekontrollbehörden hätte angefochten werden können oder wenn die zuständige Vergabekontrollbehörde die entsprechende Bestimmung in einem Nachprüfungsverfahren als rechtmäßig erkannt hat (§ 111 Abs 7 BVergG 2018).

34 Grenzen ergeben sich aus § 879 ABGB, § 6 Abs 1 Z 13 und 15 KSchG und § 459 UGB; vgl auch *Haberer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 456 Rz 22; *Meinl/Stabentheiner*, ÖJZ 2013, 445.

35 ErlRV 2111 BlgNR 24. GP, 1.

36 Siehe § 100 Abs 5 (Ausschreibung) und § 111 Abs 5 BVergG 2018 (Leistungsvertrag); für den öffentlichen Sektorenauftraggeber siehe § 269 Abs 5 und § 278 Abs 5 BVergG 2018.

3. Bauzinsen und Verzugszinsen bei Zahlungsverzug mit dem Werklohn

Gerät der Werkbesteller mit der Bezahlung des Werklohns in Verzug, dann stellt sich die Frage, ob für den Zeitraum der Zahlungsverzögerung, das heißt ab Eintritt der Fälligkeit des Werklohns, zusätzlich zu den Verzugszinsen auch Bauzinsen anfallen. Dafür spricht auf den ersten Blick, dass sich durch den Zahlungsverzug des Werkbestellers auch der Vorfinanzierungszeitraum für den Werkunternehmer verlängert und die Bauzinsen – wie bereits erwähnt – dazu dienen, den Vorfinanzierungsbedarf des Werkunternehmers pauschal abzudecken.

Die Beantwortung der Frage hängt primär von der vertraglichen Vereinbarung ab. Eine **ausdrückliche Vereinbarung**, wonach der Werkunternehmer die allgemeinen Bauzinsen auch im Verzugsfall zusätzlich zu den gesetzlichen Verzugszinsen fordern kann, ist grundsätzlich zulässig, weil die gesetzlichen Regelungen über die Höhe der Verzugszinsen (§ 1000 Abs 1 iVm § 1333 Abs 1 ABGB; § 456 UGB) dispositiv sind.³⁷

Wirtschaftlich dient eine solche ausdrückliche vertragliche Vereinbarung von Bauzinsen für den Verzugsfall ebenso wie die gesetzlichen Verzugszinsen dem Zweck, Nachteile des Werkunternehmers infolge des Zahlungsverzugs pauschaliert auszugleichen. Die Vereinbarung von zusätzlichen Bauzinsen für den Fall eines Verzugs mit der Bezahlung der Werklohnforderung stellt somit nichts anderes dar, als eine vertragliche Erhöhung der gesetzlichen Verzugszinsen, was innerhalb der Grenzen von § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 13 und 15 KSchG zulässig ist. Derartige allgemeine Bauzinsen für den Verzugsfall³⁸ sind dann – ebenso wie Verzugszinsen – nicht Bestandteil des Werklohns, sondern pauschalierter Schadenersatz für den Zahlungsverzug.

Auch öffentliche Auftraggeber können Bauzinsen für den Verzugsfall zusätzlich zu den gesetzlichen Verzugszinsen vertraglich vereinbaren, weil ihnen vergaberechtlich nur die Vereinbarung eines geringeren, nicht aber eines höheren Verzugszinssatzes untersagt ist. Für öffentliche ebenso wie für private Auftraggeber gilt jedoch, dass derart privatautonom vereinbarte höhere Verzugszinsen nach zutreffender Ansicht dem **richterlichen Maßbegriffsrecht** (§ 1336 Abs 2 ABGB analog) unterliegen.³⁹

Im Vertrag sollte aber jedenfalls auch die **Art der Berechnung** von zusätzlichen allgemeinen Bauzinsen für den Fall des Verzugs festgelegt werden. Wie bereits erwähnt, werden allgemeine Bauzinsen üblicherweise einmalig auf den jeweiligen Umsatz aufgeschlagen und im Unterschied zu Verzugszinsen gerade nicht zeitbezogen (*pro anno*) berechnet.⁴⁰ Denkbar ist eine Vereinbarung,

37 Dazu allgemein *Meinl/Stabentheiner*, ÖJZ 2013, 445; *Größ in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰⁴, § 1333 Rz 7/1; *Ratka in U. Torggler*, UGB³ (2019) § 457 Rz 8.

38 Nicht gemeint sind hier spezielle Bauzinsen für den Fall von Mehrkostenforderungen.

39 Allgemein *Reischauer in Rummel*, ABGB³, § 1333 Rz 9; *Ratka in U. Torggler*, UGB³, § 457 Rz 9 (mwN der Gegenansicht).

40 Sieht der Vertrag spezielle Bauzinsen für Mehrkostenforderungen vor, werden diese häufig sehr wohl zeitbezogen berechnet.

wonach Bauzinsen für den Verzugsfall ebenfalls zeitbezogen zu berechnen sind. Es kann aber auch vereinbart werden, dass Bauzinsen im Falle eines Verzugs einmalig auf die durch die Verzugszinsen erhöhte Gesamtforderung des Werkunternehmers aufgeschlagen werden. Zusätzlich verzinst werden in beiden Fällen auch die bis zur Fälligkeit des Werklohns bereits angefallenen Bauzinsen, die ja bereits im Werklohn enthalten sind und mit deren Bezahlung der Werkbesteller ebenfalls in Verzug geraten ist. Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich um eine Vereinbarung von Zinseszinsen im Sinne des § 1000 Abs 2 ABGB.⁴¹

Ist die Kumulation von allgemeinen Bauzinsen und Verzugszinsen im Vertrag nicht ausnahmsweise explizit vorgesehen, dann ist **nicht** davon auszugehen, dass eine allgemein gehaltene Vereinbarung über Bauzinsen im Sinne von Punkt 3.4 der ÖNORM B 2061 auch den Verzugsfall erfasst und daher allgemeine Bauzinsen⁴² auch **nicht zusätzlich zu den gesetzlichen Verzugszinsen** für den Zeitraum ab Fälligkeit des Werklohns gefordert werden können. Auch beim Kreditvertrag ist anerkannt, dass die Verzugszinsen mangels anderer Vereinbarung nicht zusätzlich zu den für die Kreditlaufzeit vorgesehenen Vertragszinsen⁴³ zu zahlen sind, sondern – ab Eintritt des Zahlungsverzugs – statt dieser.⁴⁴ Die gesetzlichen Verzugszinsen sollen sämtliche Nachteile des Gläubigers aufgrund des Zahlungsverzugs des Schuldners pauschal ausgleichen. Von dieser Pauschalierungswirkung umfasst ist im Zweifel auch die mit dem Verzug verbundene längere Vorfinanzierungsdauer für den Werkunternehmer. Bei **objektivem Zahlungsverzug** des Werkbestellers ist der Werkunternehmer im Zweifel daher nicht berechtigt, für den Zeitraum ab Fälligkeit des Werklohns zusätzlich zu den gesetzlichen Verzugszinsen Bauzinsen zu verlangen.⁴⁵ Sollten die vereinbarten Bauzinsen ausnahmsweise höher sein als die gesetzlichen Verzugszinsen, steht dem Werkunternehmer bei einem objektiven Verzug mit der Werklohnforderung auch kein Anspruch auf die Differenz zwischen dem gesetzlichen Verzugszinssatz und dem vereinbarten höheren Bauzinssatz zu. Das ergibt sich schon daraus, dass Bauzinsen üblicherweise einmalig auf den Werklohn aufgeschlagen werden, während Verzugszinsen zeitbezogen abgerechnet werden und daher vor allem auch von der Dauer des Verzugs abhängen. Schon wegen der unterschiedlichen Art der Berechnung wird die ergänzende Auslegung der Bauzinsvereinbarung dazu führen, dass die Vereinbarung von Bauzinsen nicht auf den Verzugsfall zu übertragen ist.⁴⁶

41 Siehe *Kodek* in *Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 59.

42 Nicht gemeint sind allenfalls vereinbarte spezielle Bauzinsen für Mehrkostenforderungen.

43 Die vertraglich vereinbarten Kreditzinsen haben – ebenso wie die Bauzinsen – Entgeltcharakter.

44 *Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil (1986) 370; *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Österreichisches Bankvertragsrecht IV² (2012) Rz 1/73.

45 Ebenso *Reckerzügl*, bau aktuell 2014, 16; tendenziell auch *Karasek*, ÖNORM B 2110³, Rz 1345 am Ende.

46 Insoweit unterscheidet sich die Vereinbarung von Bauzinsen wesentlich von Vertragszinsen in einem Kreditvertrag. Daher lässt sich die herrschende Auffassung zum Kreditvertrag,

Im **Ergebnis** hat der Werkunternehmer für den Zeitraum nach Fälligkeit der Werklohnforderung daher im Zweifel nur Anspruch auf die Verzugszinsen, nicht aber auf die im Vertrag vereinbarten Bauzinsen. Es besteht im Zweifel auch kein Anspruch auf die Differenz, wenn der vereinbarte Bauzins ausnahmsweise höher sein sollte als die gesetzlichen (oder vertraglich vereinbarten) Verzugszinsen.

Trifft den Werkbesteller an seinem Zahlungsverzug ein **Verschulden**, gebührt dem Werkunternehmer nach § 456 UGB bzw Punkt 8.4.1.6 der ÖNORM B 2110 sowie Punkt 8.4.1.6 der ÖNORM B 2118 der erhöhte Zinssatz von 9,2 Prozentpunkten über dem jeweils geltenden Basiszinssatz pro Jahr. Beim subjektiven Schuldnerverzug kann der Werkunternehmer nach § 1333 Abs 2 ABGB auch einen über die gesetzlichen (oder vertraglich vereinbarten) Verzugszinsen hinausgehenden Schaden geltend machen. Theoretisch⁴⁷ denkbar ist, dass die durch den subjektiven Zahlungsverzug erhöhten Vorfinanzierungskosten die gesetzlichen Verzugszinsen übersteigen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Werkunternehmer einen bestehenden Kredit verlängern oder umschulden muss und die Konditionen für die verlängerte Finanzierung ungünstiger als der gesetzliche Verzugszinssatz sind.

Allerdings trifft den Werkunternehmer die **Beweislast** für den Eintritt eines solchen die gesetzlichen Verzugszinsen übersteigenden Vermögensschadens.⁴⁸ Der bloße Hinweis auf die im K3-Blatt vereinbarten Bauzinsen reicht für den Nachweis eines solchen Verspätungsschadens nicht aus, selbst wenn der vertraglich vereinbarte Bauzinssatz ausnahmsweise über dem gesetzlichen Verzugszinssatz liegen sollte. Im K3-Blatt wird nur der Bauzins als Ergebnis der Kalkulation offengelegt, nicht aber die tatsächlichen Vorfinanzierungskosten des Werkunternehmers. Für den Nachweis eines über den gesetzlichen Verzugszinsen liegenden Zinsennachteils hat der Werkunternehmer durch eine entsprechende Offenlegung seiner Vorfinanzierungskonditionen im Zeitraum des Zahlungsverzugs, das heißt ab Fälligkeit der Werklohnforderung, zu behaupten und zu beweisen, dass ihm infolge des Zahlungsverzugs ein Vermögensnachteil entstanden ist, der über die gesetzlichen Verzugszinsen hinausgeht. Die kalkulatorische Ableitung für die ursprünglich im Vertrag vereinbarten Bauzinsen mag – je nach Umständen des Einzelfalles – ein Indiz für einen entsprechenden Zinsnachteil des Werkunternehmers sein, beweist aber nicht, dass ihm durch den Zahlungsverzug des Werkbestellers tatsächlich ein solcher Schaden tatsächlich entstanden ist.⁴⁹ Denn die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kalkulierten Vorfinanzierungskosten des Werkunternehmers müssen nicht jenen entsprechen, die ab Eintritt des

wonach auch im Verzugsfall im Zweifel der Vertragszins gilt, sofern dieser ausnahmsweise höher ist als die gesetzlichen Verzugszinsen, nicht auf den Bauvertrag übertragen; vgl zum Kreditvertrag *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht IV², Rz 1/73.

47 Angesichts des im Vergleich zum derzeitigen Zinsniveau hohen Verzugszinssatzes ist das aber sehr unwahrscheinlich.

48 Allgemein dazu OGH 27. I. 1999, 3 Ob 225/98d; 29. 4. 1999, 2 Ob 96/97z; 29. 8. 2017, 6 Ob 114/17h.

49 Anderer Ansicht *Reckerzügl*, bau aktuell 2014, 17.

Zahlungsverzug tatsächlich bestehen. Maßgebend für den Verspätungsschaden im Sinne des § 1333 Abs 2 ABGB ist jedenfalls nur der Zeitraum ab Eintritt des Zahlungsverzugs, das heißt ab Fälligkeit der Werklohnforderung. Nachteile des Werkunternehmers aus dem Vorfinanzierungsbedarf vor Eintritt des Zahlungsverzugs des Werkbestellers werden hingegen ohnehin durch die vertraglich vereinbarten Bauzinsen pauschal abgedeckt und sind bereits Bestandteil der Werklohnforderung.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und Streitvermeidung ist es jedenfalls empfehlenswert, eine **ausdrückliche und klare Regelung im Bauvertrag** vorzusehen. In Betracht kommt auch eine Vereinbarung, wonach der Anspruch des Werkunternehmers auf einen die gesetzlichen Verzugszinsen übersteigenden Verspätungsschaden ausgeschlossen wird. Das ist bei einem beidseitig unternehmensbezogenen Geschäft jedenfalls zulässig,⁵⁰ und zwar auch für einen grob fahrlässig herbeigeführten Zahlungsverzug.⁵¹ Bei der für die Zulässigkeit der Haftungsbeschränkung anzustellenden Interessenabwägung⁵² fällt ins Gewicht, dass dem Werkunternehmer ohnehin sein Anspruch auf die erhöhten gesetzlichen Verzugszinsen bleibt. Es liegt somit kein gänzlicher Haftungsausschluss, sondern bloß eine Haftungsbegrenzung auf die gesetzlichen Verzugszinsen vor, was für die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung spricht. Im Übrigen ist anerkannt, dass der Anspruch auf Verzugszinsen selbst dispositiv ist und die Parteien auch einen geringeren Zinssatz vereinbaren können.⁵³ Umso eher muss der Anspruch auf einen die gesetzlichen Verzugszinsen übersteigenden Verspätungsschaden ausgeschlossen werden können. Ein solcher Haftungsausschluss für den übersteigenden Verspätungsschaden kann auch wirksam von einem öffentlichen Auftraggeber in der Ausschreibung vorgesehen und im Leistungsvertrag vereinbart werden, weil die einschlägigen Normen des Vergaberechts (insbesondere § 100 Abs 5 und § 111 Abs 5 BVergG 2018) nur die Vereinbarung eines Verzugszinssatzes, dessen Höhe den „festgelegten gesetzlichen Zinssatz“ unterschreitet, verbieten. Nicht davon erfasst ist ein die gesetzlichen Verzugszinsen übersteigender Schaden des Gläubigers.

4. Bauzinsen und Verzugszinsen bei Mehrkostenforderungen

4.1. Problemstellung

Größere Bauprojekte können trotz sorgfältiger Planung und Ausschreibung nicht ohne Änderungen und Ergänzungen während der Ausführung

abgewickelt werden.⁵⁴ Zu denken ist vor allem an Leistungsabweichungen aufgrund einer einvernehmlichen Abänderung des Werkvertrages oder auf Basis eines vereinbarten einseitigen **Leistungsänderungsrechts** des Werkbestellers.⁵⁵ Auch **Erschwernisse** bzw bei der Ausführung des Werks auftretende **Störungen** der Leistungserbringung,⁵⁶ die auf Umstände aus der Sphäre des Bestellers zurückzuführen sind, gehören hierher.

Praktische Folge solcher Änderungen und Ergänzungen des Werkvertrages während der Ausführung sind **Mehrkostenforderungen**, in welchen der Werkunternehmer für die zusätzlichen Leistungen ein Entgelt fordert.⁵⁷ Anspruchsgrundlage ist entweder der einvernehmlich oder durch einseitige Anordnung des Werkbestellers abgeänderte **Werkvertrag** oder nach der herrschenden Auffassung⁵⁸ **§ 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB**. Nach dieser Bestimmung gebührt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung, wenn er durch Umstände, die aufseiten des Bestellers liegen, durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werks verkürzt wurde. Auch **Punkt 7.4.2 Abs 2 der ÖNORM B 2110**⁵⁹ enthält einen Anspruch auf Entgeltanpassung im Falle von Leistungsabweichungen.

Zur Wahrung des Anspruchs auf Mehrkostenforderungen hat der Werkunternehmer diese in einer Form geltend zu machen, die eine **Überprüfung durch den Werkbesteller** zulässt.⁶⁰ Das ergibt sich meines Erachtens ganz allgemein auch aus der Wertung des § 1170a Abs 2 ABGB. Der Werkbesteller wird daher bereits während der Umsetzung des Bauprojekts mit der Anmeldung von Mehrkostenforderungen konfrontiert, die er dem Grunde und der Höhe nach zu prüfen hat. Vor allem bei großen Bauvorhaben wird regelmäßig eine Vielzahl von Mehrkostenforderungen in beträchtlicher Höhe angemeldet. Deren Prüfung durch den Werkbesteller kann in komplexen Fällen einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen. Kann keine Einigung zwischen den Vertragsparteien erzielt werden, stellt sich mitunter erst nach Jahren (teilweise erst nach rechtskräftiger Klärung durch ein Gericht) heraus, ob die vom Werkunternehmer angemeldeten Mehrkostenforderungen dem Grunde und vor allem der Höhe nach berechtigt sind. Öffentliche Werkbesteller unterliegen dabei der Überprüfung durch den Rechnungshof, welcher im Falle von Bundesgesellschaften gemäß Art 126 Abs 5 B-VG auf die ziffernmäßige

54 Siehe zB *Hagen/Oberzaucher*, ZRB 2012, 16 ff.

55 Vgl Punkt 7.1 der ÖNORM B 2110; Punkt 7.1 der ÖNORM B 2118; zur Entwicklung und rechtlichen Bedeutung des Leistungsänderungsrechts des Werkbestellers siehe unter anderem *Hagen/Oberzaucher*, ZRB 2012, 122 ff.

56 Vgl Punkt 7.2.1 der ÖNORM B 2110.

57 Siehe zB *Wenusch*, Häufige Irrtümer bei der Beurteilung von Mehrkostenforderungen in der Baubranche, ZRB 2017, 143; *Kodek in Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 1 ff.

58 Vgl etwa *Kodek*, Mehrkosten, 219 ff; *derselbe in Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 3 ff; *Berlakovits/Karasek*, Der Kausalitätsnachweis bei Mehrkostenforderungen, bau aktuell 2017, 89; *Kletečka*, Beweisfragen im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen beim Bauwerkvertrag (Teil II), bau aktuell 2017, 44; *derselbe*, Verwirrung um Mehrkostenforderungen und Beweislast, bau aktuell 2018, 52.

59 Vgl auch Punkt 7.4.2 Abs 2 der ÖNORM B 2118.

60 Dazu *Kodek in Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 37 ff; siehe insbesondere Punkt 7.4.3 der ÖNORM B 2110 über den Anspruchsverlust.

50 Siehe dazu beispielsweise Punkt 2.29.6 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB-Konzerns für Bauaufträge (Ausgabe: März 2016): „Über die gesetzlichen Verzugszinsen und die gesetzliche Entschädigung für Betriebskosten hinausgehende Ansprüche wegen Verzögerung der Zahlung stehen dem Auftragnehmer nicht zu.“

51 Zur Zulässigkeit einer Haftungsfreizeichnung für grobe Fahrlässigkeit siehe zB OGH 18. 3. 2015, 3 Ob 234/14d; vgl allgemein auch *Reischauer*, Vertraglicher Haftungsausschluss für schuldhaftes Verhalten, insbesondere für grobe Fahrlässigkeit, ÖJZ 2009, 1037.

52 Siehe dazu allgemein OGH 18. 3. 2015, 3 Ob 234/14d.

53 *Meinl/Stabentheiner*, ÖJZ 2013, 445.

Richtigkeit, die Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften, ferner auf die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit Bedacht zu nehmen hat. Die öffentlichen Werkbesteller haben daher nur Mehrkostenforderungen zu gewähren, welche dem Grunde und der Höhe nach gerechtfertigt und bei welchen die diesbezüglichen Nachweise nachvollziehbar und plausibel sind.

Nachstehend wird der Frage nachgegangen, ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt für Mehrkostenforderungen Bau- und Verzugszinsen anfallen. Diese Frage ist angesichts der Höhe des gesetzlichen Verzugszinssatzes und des Ausmaßes von Mehrkostenforderungen bei größeren Bauprojekten von nicht zu unterschätzender wirtschaftlicher Bedeutung.

4.2. Bauzinsen bei Mehrkostenforderungen

Wie unter Punkt 1.1. ausgeführt, werden Bauzinsen in der Regel für den planmäßigen Ablauf des Bauprojekts im Sinne des ursprünglichen Bauvertrages vereinbart (allgemeine Bauzinsen). Aus bauwirtschaftlicher Sicht sind damit die Vorfinanzierungskosten des Werkunternehmers für den Leistungszeitraum bis Ende der Zahlungsfrist gemäß Werkvertrag bei planmäßigem Ablauf des Bauprojekts abgegolten.

Mitunter enthalten Bauverträge aber auch eine **spezielle Regelung für Bauzinsen bei Leistungsänderungen bzw Mehrkostenforderungen**. Beispielsweise enthalten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB-Konzerns für Bauaufträge⁶¹ in Punkt 2.10.4.3.3 folgende Regelung: „Die Höhe der Bauzinsen aus MKF beträgt für die infolge Leistungsabweichung verlängerte Vorfinanzierung zwei Prozentpunkte über dem von der Oesterreichischen Nationalbank (OeNB) verlaublichten Euribor 12 Monate ...“ Ein weiteres Beispiel ist Punkt 7.4.3.3 der ÖNORM B 2118. Demnach hat der Werkunternehmer Anspruch auf Bauzinsen aus Mehrkostenforderungen ab Fälligkeit der Abschlagsrechnung, die der jeweiligen Leistungserbringung folgt.

Mit solchen speziellen Bauzinsen bei Mehrkostenforderungen sollen der durch eine Leistungsänderung bzw -störung allenfalls höhere Nachweis-, Prüfungs- und Verhandlungszeitraum und somit der verlängerte Vorfinanzierungszeitraum des Werkunternehmers abgegolten werden. Aufgrund des verstärkten *Claim-Management*s der Werkunternehmer bei Großprojekten vereinbaren große Werkbesteller spezielle Bauzinsen für die Abgeltung des zusätzlichen Vorfinanzierungsbedarfs der Werkunternehmer. Die Werkunternehmer erhalten somit für den Zeitraum, welcher über die vereinbarten (allgemeinen) Bauzinsen hinausgeht, und zwar ab der Legung der Mehrkostenforderung bis zum einvernehmlichen Abschluss der Mehrkostenforderung oder Schlussrechnungslegung, einen speziellen Bauzins. Der Werkunternehmer ist berechtigt, Mehrkostenforderungen mit den vereinbarten speziellen Bauzinsen gemäß Werkvertrag zu beaufschlagen.

Vertraglich vereinbarte spezielle Bauzinsen für Mehrkostenforderungen werden nicht einmalig

aufgeschlagen, sondern sind in der Regel zeitabhängig, wobei es in der Praxis vor allem um den Zeitraum der Bearbeitung der Mehrkostenforderung geht. Gerade bei Großprojekten sieht der Bauvertrag nämlich häufig ein Verfahren vor, wonach der Besteller die angemeldeten Mehrkostenforderungen prüft und eine Einigung zwischen Besteller und Werkunternehmer dem Grund und der Höhe nach herzustellen ist. Häufig wird sich aus der Auslegung des Vertrages dann auch ergeben, dass mit dem Verfahren zur Behandlung von Mehrkostenforderungen ein spezielles Verfahren für deren Abrechnung vereinbart wurde, was einem Fälligkeitseintritt und damit einem Verzug vor dem Abschluss dieses Verfahrens grundsätzlich entgegensteht. Der Werkunternehmer wird freilich dadurch geschützt, dass ein mit der Verzögerung verbundener Schaden durch die speziellen Bauzinsen für Mehrkosten abgegolten wird. Verzugszinsen können aber nicht verlangt werden, weil gar kein Verzug vorliegt.

Mangels abweichender Vereinbarung beginnt der für die speziellen Bauzinsen relevante Zeitraum erst zu laufen, wenn die Mehrkostenforderung vertragskonform, plausibel und nachvollziehbar (mit Legung der entsprechenden Nachweise) eingereicht wurde und der Werkbesteller die Mehrkostenforderung prüfen und gegebenenfalls genehmigen kann. Diese Einschränkung ist schon deshalb wegen partnerschaftlicher Überlegungen erforderlich, da ansonsten die Werkunternehmer durch verspätete und/oder mangelhafte Mehrkostenlegung den Zeitraum der speziellen Bauzinsen einseitig zu ihren Gunsten beeinflussen könnten.

Rechnerisch wird bei der Ermittlung der speziellen Bauzinsen für Mehrkostenforderungen in der Regel der Prozentsatz aus dem K3-Blatt, welcher auf den Umsatz bezogen ist, in einen Prozentsatz *pro anno* umgerechnet.⁶² Die praktische Schwierigkeit (bzw Unsicherheit) besteht für den Werkbesteller darin, dass im K3-Blatt die Kalkulationsgrundlagen nicht offengelegt werden, sondern nur das Ergebnis.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob ein Aufschlag von Bauzinsen auf Mehrkostenforderungen auch dann verlangt werden kann, wenn der Vertrag zwar eine Regelung von allgemeinen Bauzinsen für die ursprünglich vereinbarten Leistungen enthält, aber eine **explizite Vereinbarung** eines Aufschlags von Bauzinsen auf Mehrkostenforderungen im Vertrag **nicht getroffen** wurde. Dabei handelt es sich um ein Problem der Vertragsauslegung, das von den Umständen des Einzelfalles abhängt. Im Regelfall wird die Vertragsauslegung zum Ergebnis führen, dass die für ursprüngliche Leistungen vereinbarten Bauzinsen auch auf Mehrkostenforderungen aufgeschlagen werden können. Störungen der Leistungserbringung aus der Sphäre des Werkbestellers (wie insbesondere das Baugrundrisiko, Planungsverzug und mangelhafte Koordination) sind mit einer zeitlichen Störung des Bauablaufs verbunden. Eine zeitliche Störung des Bauablaufs liegt auch dann vor, wenn der Werkunternehmer die ursprünglich vereinbarten

61 Siehe Fußnote 14.

62 Vgl dazu zB K. Müller/Goger, Gestörter Bauablauf, 314.

Leistungsstermine nur durch Forcierungsmaßnahmen erreichen kann.⁶³ Gleiches gilt für zusätzliche Arbeiten, die infolge eines einseitigen Leistungsänderungsrechts des Werkbestellers erforderlich werden. Durch die zeitliche Störung des Bauablaufs verlängern sich der Vorfinanzierungszeitraum und/oder das notwendige Vorfinanzierungsvolumen des Werkunternehmers. Da die im ursprünglichen Vertrag vereinbarten Bauzinsen pauschaliert den Vorfinanzierungsbedarf des Werkunternehmers abdecken sollen, wird im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung der Bauzinsvereinbarung davon auszugehen sein, dass Bauzinsen auch auf Mehrkostenforderungen infolge von Störungen der Leistungserbringung aufgeschlagen werden können. Für dieses Ergebnis spricht auch, dass die Grundlage für Mehrkostenforderungen nach der herrschenden Lehre der Entschädigungsanspruch nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB ist. Dabei handelt es sich nach herrschender Auffassung nicht um einen Schadenersatzanspruch, sondern um einen Anspruch auf ein zusätzliches Entgelt.⁶⁴ Wenn die Parteien für den Entgeltanspruch im Urvertrag einen Aufschlag von Bauzinsen vereinbart haben, ist dieser Aufschlag auch bei der Berechnung des Entgelts für Mehrleistungen nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB vorzunehmen, weil der Zweck der Bestimmung in der Wahrung der subjektiven Äquivalenz des ursprünglich Vereinbarten im Falle von Behinderungen bei der Werkausführung besteht.⁶⁵

Der Werkunternehmer darf dann den für die Abgeltung der ursprünglichen vertraglichen Leistungen vereinbarten Bauzins auch bei Mehrkostenforderungen beaufschlagen. Diese Fortschreibung der für die ursprünglichen Leistungen vereinbarten Bauzinsen deckt seine Kosten aufgrund der Verlängerung des Vorfinanzierungszeitraums oder der Vergrößerung des Vorfinanzierungsvolumens ab. Der Werkunternehmer ist aber **nicht berechtigt**, für Mehrleistungen **höhere** als die im Vertrag für die ursprünglich vereinbarten Leistungen vorgesehenen **Bauzinsen** zu verlangen. Das zusätzliche Entgelt gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB ist nämlich aus den Preisgrundlagen des ursprünglichen Vertrages abzuleiten.⁶⁶

Denkbar wäre es, einen solchen Anspruch auf einen die Bauzinsen übersteigenden Vorfinanzierungsaufwand aus dem Titel des Schadenersatzrechts abzuleiten. Ein nach allgemeinen Grundsätzen ersatzfähiger Schaden könnte darin bestehen, dass dem Werkunternehmer durch die Leistungsänderung zusätzliche Vorfinanzierungskosten entstanden sind, die durch die Fortschreibung des Vertrages nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB bzw Punkt 7.4.2 Abs 2 der ÖNORM B 2110 nicht abgedeckt werden. Der Eintritt eines solchen Schadens wäre vom Werkunternehmer zu beweisen. Zudem müsste ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Werkbestellers vorliegen, das mit diesem Scha-

den in einem Kausalzusammenhang steht. Dieser Voraussetzungen werden im praktischen Regelfall aber nicht vorliegen.

Zum selben Ergebnis gelangt man unter Anwendung der **ÖNORM B 2110**, die in Punkt 7.4.2 Abs 2 die Fortschreibung des Vertrages anordnet. Die für die ursprünglichen Leistungen vereinbarten regulären Bauzinsen gehören zur Preisbasis des Vertrages bzw zu den Preisgrundlagen des Angebots und sind bei der Abgeltung von Leistungsänderungen entsprechend fortzuschreiben. Ein Anspruch auf erhöhte Bauzinsen besteht nicht, es sei denn, die soeben dargelegten Voraussetzungen für einen entsprechenden Schadenersatzanspruch liegen ausnahmsweise vor.

Haben die Parteien im **ursprünglichen Vertrag überhaupt keine Regelung über Bauzinsen** getroffen, stellt sich die Frage, ob sich ein Anspruch des Aufschlags von Bauzinsen auf Mehrkostenforderungen aus § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB ableiten lässt. Das ist zu verneinen, weil der Werkunternehmer durch § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB nicht besser gestellt werden soll, als er nach dem ursprünglichen Vertrag stünde. Zweck der Norm ist die Aufrechterhaltung der im ursprünglichen Vertrag festgelegten subjektiven Äquivalenz, weshalb sich das Entgeltregime für Mehrkostenforderungen am ursprünglich Vereinbarten zu orientieren hat. Ist kein Bauzins für die ursprünglich vereinbarten Leistungen im Vertrag vorgesehen, dann ist davon auszugehen, dass der Werkbesteller seine Vorfinanzierungskosten bereits bei der Kalkulation des Werklohns im ursprünglichen Vertrag eingepreist hat. Durch die Fortschreibung des Vertrages werden dann auch die Vorfinanzierungskosten im Zusammenhang mit Mehrleistungen abgegolten. Wiederum gilt das auch für den ÖNORM-Vertrag im Falle einer Fortschreibung nach Punkt 7.4.2 Abs 2 der ÖNORM B 2110. Für einen Anspruch auf Bauzinsen aus dem Titel des Schadenersatzes gilt das bereits oben Ausgeführte.

4.3. Verzugszinsen bei Mehrkostenforderungen

4.3.1. Fälligkeit von Mehrkostenforderungen nach dem dispositiven Gesetz

In Verzug gerät der Werkbesteller bei einer Mehrkostenforderung, wenn er seiner Zahlungsverpflichtung bei Fälligkeit der Mehrkostenforderung nicht nachkommt. Neben der Fälligkeit setzt das natürlich voraus, dass die Mehrkostenforderung überhaupt dem Grunde und der Höhe nach wirksam entstanden ist.

Die **Fälligkeit** von auf § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB gestützten Mehrkostenforderung tritt nach ganz herrschender Auffassung grundsätzlich gemeinsam mit dem Werklohn und daher **erst mit der Vollendung des Werks (§ 1170 ABGB)** ein.⁶⁷ Es wird in diesem Zusammenhang auch festgehalten,

63 Karasek, ÖNORM B 2110³, Rz 1301.

64 Krejci in Rummel, ABGB³, § 1168 Rz 28; Rebhahn/Kietaibl in Schwimann/Kodek, ABGB⁴, 1168 Rz 38; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04}, § 1168 Rz 39.

65 Kodek in Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm, Mehrkosten, 57.

66 Offenbar anderer Ansicht Karasek, ÖNORM B 2110³, Rz 1345.

67 OGH 17. 10. 2012, 3 Ob 180/12k; M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁵, § 1168 Rz 7; Karasek, ÖNORM B 2110³, Rz 1315; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04}, § 1168 Rz 46; Kodek in Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm, Mehrkosten, 57; Krejci in Rummel, ABGB³, § 1168 Rz 31; Rebhahn/Kietaibl in Schwimann/Kodek, ABGB⁴, § 1168 Rz 38.

dass § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB insoweit nichts an der Vorleistungspflicht des Werkunternehmers ändere.⁶⁸ Außerdem ist zu bedenken, dass die Höhe des zusätzlichen Werklohns bei Leistungsänderungen im Regelfall im Zeitpunkt der Übernahme des Werks für den Werkbesteller noch nicht klar bestimmt ist.⁶⁹ Vielmehr ist zur Anspruchsüberprüfung eine genaue Abrechnung der zusätzlich erbrachten Leistungen erforderlich.⁷⁰ Daher setzt die Fälligkeit einer Mehrkostenforderung neben der Vollendung des Werks auch die **Legung einer detaillierten und nachvollziehbar aufgeschlüsselten Rechnung** voraus.⁷¹ Eine nachvollziehbar aufgeschlüsselte Rechnung liegt nach ständiger Rechtsprechung dann vor, wenn unter Berücksichtigung der Art und des Umfangs des Werks sowie des Einblicks des Werkbestellers dieser ausreichend über die Berechnungsunterlagen informiert wird, sodass er die Möglichkeit der Überprüfung der Angemessenheit des Entgelts hat.⁷² So wird in der Literatur etwa bei einem Einheitspreisvertrag verlangt, dass die erbrachten Einzelleistungen nach Zahl und Menge konkret bezeichnet werden.⁷³ Abhängig von Art und Umfang der Leistung kann es auch notwendig sein, Mengenberechnungen, Zeichnungen und sonstige Belege beizufügen.⁷⁴

Erfüllt die Rechnung diese Anforderungen nicht, dann tritt die Fälligkeit der Mehrkostenforderung nicht ein. Behauptet der Werkbesteller, eine Rechnung sei nicht nachvollziehbar, hat er dies kurz und vollständig zu begründen.⁷⁵ Die fehlende Nachvollziehbarkeit kann durch eine Nachbesserung zu einem späteren Zeitpunkt hergestellt werden, was auch die Fälligkeit bewirkt, wenn sich der Werkunternehmer dann auf die verbesserte Rechnung beruft.

In der Rechtsprechung findet sich der Rechtsatz, wonach die **Legung einer überhöhten Rechnung** den Eintritt der Fälligkeit hinsichtlich des tatsächlich geschuldeten Betrags nicht hinausschiebe.⁷⁶ Dieser Rechtssatz entstammt Entscheidungen, die aber nicht die Abrechnung von Mehrkostenforderungen betrafen. Der Rechtssatz ist in dieser Allgemeinheit meines Erachtens nicht zutreffend und außerdem lässt er sich meines Erachtens nicht auf die Abrechnung von Mehrkostenforderungen übertragen. Nach zutreffender Ansicht von *Reischauer* tritt die Fälligkeit bei der Legung einer überhöhten

Rechnung dann nicht ein, wenn erst die Rechnung das Geschuldete präzisieren sollte.⁷⁷ Gerade das ist bei der Abrechnung von Mehrkostenforderungen regelmäßig der Fall, weil hier die einzelnen Forderungen der Höhe und häufig auch dem Grunde nach noch gar nicht feststehen.

Meist wird die überhöhte Rechnung auch nicht den Anforderungen einer detaillierten und nachvollziehbar aufgeschlüsselten Rechnung entsprechen. Gerade bei der Abrechnung von Mehrkostenforderungen ist es für den Werkbesteller von Bedeutung, die einzelnen zusätzlich erbrachten Leistungen und das dafür verrechnete zusätzliche Entgelt überprüfen zu können. Die Legung einer überhöhten Rechnung kann die Überprüfung des tatsächlich berechtigten Teils der Mehrkostenforderung erheblich erschweren.

Entspricht die Anmeldung oder Abrechnung von Mehrkostenforderungen durch den Werkunternehmer nicht den soeben genannten Grundätzen, dann wird der Werkbesteller für die **Bearbeitung einen längeren Zeitraum** benötigen. Diese verlängerte Bearbeitungszeit durch den Besteller ist kein Umstand aus der Bestellersphäre, sondern der Sphäre des Werkunternehmers zuzurechnen. Für die damit verbundene Bauzeitverzögerung stehen dem Werkunternehmer daher schon dem Grunde nach keine Mehrkostenforderungen zu.

Haben die Parteien ein besonderes **Verfahren zur Prüfung und Abnahme einer bereits erbrachten Leistung** vereinbart, tritt die Fälligkeit erst nach Durchführung dieses Verfahrens ein (§ 1334 ABGB). Für Mehrkostenforderungen enthalten Bauverträge in aller Regel derartige Prüfungs- und Abnahmeverfahren. Etwa ist in Verträgen geregelt, dass eine Rechnungslegung in Bezug auf die Mehrkosten erst nach Beauftragung eines Zusatzauftrages erfolgen darf.⁷⁸ Dann kommt eine Fälligkeit erst nach Durchführung des vorgesehenen Verfahrens in Betracht. Solange das vertraglich vorgesehene Verfahren zur Bearbeitung von Mehrkostenforderungen noch nicht abgeschlossen ist (etwa weil diese dem Grunde und der Höhe nach im Zuge der Mehrkostenprüfung noch nicht abgestimmt wurden), tritt grundsätzlich keine Fälligkeit für diesen Teil des Entgelts ein. Daher gebühren auch keine Verzugszinsen. Allfällige Vorfinanzierungsmehrkosten des Werkunternehmers aufgrund des verlängerten Vorfinanzierungszeitraums werden – bei entsprechender Vereinbarung – durch spezielle Bauzinsen auf Mehrkostenforderungen abgegolten.

Nach dem Gesetz können somit Verzugszinsen für Mehrkostenforderungen in Ermangelung einer abweichenden vertraglichen Vereinbarung erst nach Vollendung des Gesamtwerks und nach Legung einer nachvollziehbar aufgeschlüsselten Schlussrechnung gefordert werden. Wenn die Parteien im Vertrag vereinbaren, dass dem Werk-

68 *Kodek* in *Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 57.

69 Das gilt immer, wenn keine Pauschalvereinbarung vorliegt, also für Regie- und Einheitspreisvertrag, bei denen auch für die Zusatzaufträge keine Pauschalpreisvereinbarung getroffen wurde, aber auch bei einer Pauschalpreisvereinbarung im Falle einer nachträglichen Leistungsänderung; vgl. OGH 19. 3. 1986, 3 Ob 632/85.

70 Siehe zB OGH 29. 9. 1998, 4 Ob 252/98g; 27. 4. 1999, 1 Ob 39/99p; RIS-Justiz RS0017592.

71 *M. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶, § 1168 Rz 7 und § 1170 Rz 5; ebenso *Kodek* in *Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 57.

72 OGH 27. 11. 2014, 1 Ob 161/14d; RIS-Justiz RS0021946.

73 *Busche* in Münchener Kommentar zum BGB VI⁸ (2020) § 650g Rz 14.

74 *Busche* in Münchener Kommentar zum BGB VI⁸, § 650g Rz 14.

75 OGH 5. 5. 1992, 5 Ob 43/92; 22. 11. 2011, 8 Ob 114/11i; *M. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶, § 1170 Rz 5.

76 Siehe zB *Kodek* in *Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 57; OGH 27. 4. 1999, 1 Ob 39/99p.

77 Vgl. *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴, § 904 Rz 29.

78 Da die Fälligkeit von auf § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB gestützten Mehrkostenforderung nach den Regeln des dispositiven Rechts erst gemeinsam mit dem Werklohn und daher erst mit der Vollendung des Werks (§ 1170 ABGB) eintritt, ist eine solche vertragliche Vereinbarung nicht sittenwidrig oder gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 1 bzw Abs 3 ABGB.

unternehmer im Falle einer verspäteten Zahlung zB einer Abschlagsrechnung bereits davor Verzugszinsen zustehen,⁷⁹ dann wird der Werkunternehmer damit besser gestellt, als er nach dem dispositiven Gesetz stünde. Eine solche Vereinbarung ist für den Gläubiger daher keinesfalls grob nachteilig im Sinne von § 459 Abs 1 und 2 UGB bzw § 879 Abs 3 ABGB.

Eine Verbesserung der Rechtsstellung des Werkunternehmers im Vergleich zum dispositiven Gesetz liegt auch dann vor, wenn dieser nach dem Vertrag berechtigt ist, **Bauzinsen auf Mehrkostenforderungen zu beaufschlagen, Verzugszinsen aber erst nach Vollendung des Gesamtwerks und nach Legung einer nachvollziehbar aufgeschlüsselten Schlussrechnung** zustehen. Eine solche Vereinbarung steht auch mit § 111 Abs 5 BVergG 2018 (bzw § 278 Abs 5 BVergG 2018 für Sektorauftraggeber) in Einklang, wonach die Vereinbarung eines Verzugszinssatzes im Leistungsvertrag mit einem öffentlichen (Sektoren-)Auftraggeber, dessen Höhe den in § 456 UGB festgelegten gesetzlichen Zinssatz unterschreitet, nichtig ist. Nach den dispositiven gesetzlichen Vorschriften (§ 1168 Abs 1 Satz 2 iVm § 1170 ABGB) wird eine Mehrkostenforderung grundsätzlich gemeinsam mit dem Werklohn und daher erst mit Vollendung des Werks fällig.⁸⁰ Nach dem Gesetz würde daher ein Zahlungsverzug in Bezug auf Mehrkostenforderungen überhaupt erst nach Vollendung des Werks bzw nach Legung der Schlussrechnung in Betracht kommen. Denn erst ab diesem Zeitpunkt wäre die Mehrkostenforderung fällig und würde der in § 456 UGB festgelegte Verzugszinssatz zur Anwendung gelangen. Soweit in einem Vertrag Bauzinsen für den Zeitraum vor der Vollendung des Werks bzw vor Legung der Schlussrechnung vereinbart werden, wird die Höhe des in § 456 UGB festgelegten gesetzlichen Zinssatzes gar nicht tangiert. § 111 Abs 5 bzw § 278 Abs 5 BVergG 2018 ist insoweit gar nicht einschlägig.

Weder aus der Zahlungsverzugsrichtlinie⁸¹ noch aus § 111 bzw § 278 BVergG 2018 lässt sich ableiten, dass der öffentliche Auftraggeber Zahlungsfristen bzw Fälligkeitstermine vereinbaren muss, die zu seinen Lasten von den Vorgaben des dispositiven Gesetzes abweichen. Unzulässig ist nur die Vereinbarung von „grob nachteiligen“ Zahlungsterminen oder Zahlungsfristen.⁸² In den Gesetzesmaterialien wird sogar ausdrücklich hervorgehoben, dass sich der Beginn der Zahlungsfrist nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen richtet und nicht durch das Vergaberecht determiniert wird.⁸³

4.3.2. Fälligkeit von Mehrkostenforderungen bei Vereinbarung von Abschlagsrechnungen

Anderes soll nach der herrschenden Lehre in Bezug auf die Fälligkeit von Mehrkostenforderungen dann gelten, wenn eine abweichende vertragliche Vereinbarung getroffen wurde.⁸⁴ Wenn zB monatliche Abschlagsrechnungen⁸⁵ vereinbart wurden, könne der Werkunternehmer seine Mehrkostenforderung in die Abschlagsrechnung aufnehmen.⁸⁶ Nach Punkt 8.3.2.1 der ÖNORM B 2110 ist der Werkunternehmer berechtigt, mittels Abschlagsrechnungen Abschlagszahlungen zu verlangen. Bei Anwendung der ÖNORM B 2110 ist der Werkunternehmer demnach berechtigt, Mehrkostenforderungen in die Abschlagsrechnung aufzunehmen.

Allerdings ist nicht immer von einem Zahlungsverzug des Bestellers auszugehen, wenn dieser eine in der Abschlagsrechnung enthaltene Mehrkostenforderung nicht rechtzeitig bezahlt.⁸⁷ Das würde nämlich voraussetzen, dass jede in der Abschlagsrechnung begehrte Mehrkostenforderung 1.) dem Grunde und der Höhe nach besteht und 2.) fällig ist. Haben die Parteien im Bauvertrag ein Verfahren zur Vorwegprüfung und zur gesonderten Beauftragung von Mehrleistungen durch den Werkbesteller vereinbart, dann wird die Mehrkostenforderung erst nach Durchführung dieses Verfahrens dem Grunde nach entstehen. Entsteht bei der Bearbeitung von Mehrkostenforderungen eine Bauzeitverzögerung, dann ist dies – wie bereits erwähnt – nicht immer ein Umstand aus der Bestellersphäre. Vielmehr ist im Einzelfall zu differenzieren, welcher Vertragspartei die verlängerte Bearbeitungsdauer von Mehrkostenforderungen zuzurechnen ist.

Im Übrigen ist zu differenzieren: Grundsätzlich ist die Vereinbarung von „Abschlagszahlungen“, wenn das Werk nicht „in gewissen Abteilungen verrichtet“ wird (§ 1170 Satz 2 ABGB),⁸⁸ nur eine Akontierung auf den noch nicht fälligen Werklohn.⁸⁹ Ob ein Werk in gewissen Abteilungen verrichtet wird, entscheidet in erster Linie die Vereinbarung. Gibt diese hierfür keinen Anhaltspunkt, wird nach äußeren Merkmalen zu entscheiden sein, ob nämlich der Teil an sich nach der Verkehrsauffassung den Charakter einer selbständigen Leistung hat.⁹⁰ Je nach Baufortschritt zu erstellende Rechnungen begründen *per se* noch keine „gewissen Abteilungen“ im Sinne des § 1170 Satz 2 ABGB.⁹¹ Zusatzleistungen, die gesondert zu honorieren sind, aber auf Basis oder zumindest

79 Siehe Punkt 4.2.

80 OGH 17. 10. 2012, 3 Ob 180/12k; *M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶, § 1168 Rz 7; *Karasek*, ÖNORM B 2110³, Rz 1315; *Kletečka in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04}, § 1168 Rz 46; *Kodek in Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 57; *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 1168 Rz 31; *Rebhahn/Kietaibl in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴, § 1168 Rz 38.

81 Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 2. 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl L 48 vom 23. 2. 2011, S 1.

82 Siehe Art 4 der Zahlungsverzugsrichtlinie; § 269 Abs 1 BVergG iVm § 459 Abs 2 und 4 UGB.

83 Siehe ErlRV 2170 BlgNR 24. GP, 7; ebenso *Ch. Eisner in Schramm/Aicher/Fruhmant*, BVergG 2006², § 87a Rz 18.

84 Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110³, Rz 1315; *Kodek in Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 58.

85 Vgl dazu Punkt 8.3.2 der ÖNORM B 2110.

86 *Karasek*, ÖNORM B 2110³, Rz 1315; *Kodek in Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 58.

87 Dies hingegen pauschal bejahend *Kodek in Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 59.

88 Ob ein Werk in gewissen Abteilungen verrichtet wird, entscheidet in erster Linie die Vereinbarung. Gibt diese hierfür keinen Anhaltspunkt, wird hierüber nach äußeren Merkmalen zu entscheiden sein, ob nämlich der Teil an sich nach der Verkehrsauffassung den Charakter einer selbständigen Leistung hat.

89 OGH 24. 9. 2008, 7 Ob 183/08z.

90 OGH 10. 11. 1976, 8 Ob 552/76 ua.

91 OGH 25. 3. 2014, 10 Ob 12/14h.

im Rahmen des ursprünglichen Werkvertrages erbracht werden, sind nicht selbständige Teilleistungen oder eigenständige Werkverträge, sondern Teil der ursprünglichen einheitlichen Gesamtleistung.⁹² Derartige Zusatzleistungen werden daher – selbst wenn sie vereinbarungsgemäß bereits im Rahmen von Abschlagsrechnungen eingefordert werden können – nach dem Gesetz erst mit Vollendung des Gesamtwerks fällig.⁹³

Das wird für einen Großteil der in der Praxis vorkommenden Mehrleistungen zutreffen. In einem solchen Fall stellt die Zahlung der in einer Abschlagsrechnung begehrten Mehrkostenforderung einen Vorschuss des Bestellers dar.⁹⁴ Beahlt der Werkbesteller den Vorschuss nicht, kann er mangels Fälligkeit **nicht in Verzug** geraten. Ein Verzug kommt in solchen Fällen erst nach Vollendung des Werks und Legung einer nachvollziehbar aufgeschlüsselten Schlussrechnung in Betracht.

Die soeben dargestellte Rechtslage beruht auf den dispositiven Normen des Gesetzes (insbesondere § 1170 ABGB). Die Parteien können abweichend davon einen gesonderten Fälligkeitstermin (bzw. eine „Zahlungsfrist“) für Abschlagsrechnungen vertraglich vereinbaren. Gemäß Punkt 8.4.1.1 der ÖNORM B 2110 und Punkt 8.4.1.1 der ÖNORM B 2118 sind Abschlagsrechnungen und Regierechnungen 30 Tage nach Rechnungseingang fällig. Das wiederum setzt voraus, dass die Mehrkostenforderung in der Abschlagsrechnung detailliert und nachvollziehbar aufgeschlüsselt wird.⁹⁵ Auch die Legung einer überhöhten Abschlagsrechnung wird dem in aller Regel entgegenstehen.⁹⁶ Ferner ist zu bedenken, dass die Fälligkeit erst nach Durchführung des Überprüfungs- und Abnahmeverfahrens eintritt, wenn die Parteien ein solches Verfahren im Vertrag vereinbart haben.

Nur wenn der Werkbesteller seiner Zahlungspflicht in Bezug auf die Mehrkostenforderung bei Fälligkeit der betreffenden Abschlagsrechnung nicht nachkommt, befindet er sich im Verzug und es fallen ab dem Eintritt des Verzugs die vertraglich vereinbarten oder die gesetzlichen Verzugszinsen an. Da die Verzugszinsen sämtliche Nachteile des Werkunternehmers aufgrund des Zahlungsverzugs des Werkbestellers im Zusammenhang mit der Mehrkostenforderung pauschal ausgleichen sollen, ist mangels abweichender Vereinbarung im Vertrag⁹⁷ nicht davon auszugehen, dass der Werkunter-

nehmer für den Zeitraum ab Eintritt des Verzugs zusätzlich zu den Verzugszinsen auch Bauzinsen verlangen kann.⁹⁸ Vielmehr lösen die Verzugszinsen als pauschaler Ausgleich aller zahlungsverzögerungsbedingter Nachteile den Anspruch auf Bauzinsen ab Eintritt des Verzugs im Zweifel ab. Es können daher **zusätzlich zu den Verzugszinsen keine Bauzinsen beaufschlagt** werden, wenn das nicht explizit vereinbart ist.

Zulässig ist die Vereinbarung, wonach der mit Leistungsänderungen verbundene größere Vorfinanzierungsaufwand des Werkunternehmers durch Bauzinsen für Mehrkostenforderungen abgedeckt wird und Verzugszinsen erst nach Fälligkeit des Gesamtwerklohns, das heißt nach Vollendung des Gesamtwerks und nach Legung einer nachvollziehbar aufgeschlüsselten Schlussrechnung, im Falle eines Zahlungsverzugs des Werkbestellers zustehen.

4.3.3. Schadenersatz wegen mangelhafter Rechnungslegung

Die Rechnungslegungspflicht des Werkunternehmers ist eine unselbständige Nebenpflicht aus dem Werkvertrag.⁹⁹ Kommt der Werkunternehmer seiner Rechnungslegungspflicht schuldhaft nicht ordnungsgemäß nach, kann ihn der Werkbesteller für einen dadurch verursachten Schaden haftbar machen.¹⁰⁰

Wesentliche Ergebnisse

1. Allgemeine Bauzinsen sind ein Teil des Vergütungsanspruchs des Werkunternehmers und keine Verzugszinsen, weshalb §§ 456 und 459 UGB, § 879 Abs 3 ABGB und die vergaberechtlichen Restriktionen für die vertragliche Vereinbarung eines Verzugszinssatzes bei Bauzinsen nicht anwendbar sind. Als Entgeltbestandteil unterliegen Bauzinsen – im Unterschied zu Verzugszinsen – der Umsatzsteuer.¹⁰¹

2. Die gesetzlichen Verzugszinssätze sind grundsätzlich dispositiv. Die Parteien können vertraglich sowohl einen höheren als auch einen niedrigeren Zinssatz festlegen.¹⁰²

3. Ist die Kumulation von Bauzinsen und Verzugszinsen im Vertrag nicht ausnahmsweise explizit vorgesehen, dann ist nicht davon auszugehen, dass eine allgemein gehaltene Vereinbarung über Bauzinsen im Sinne von Punkt 3.4 der ÖNORM B 2061 auch den Fall des Zahlungsverzugs mit dem Werklohn erfasst und daher Bauzinsen zusätzlich zu den

92 OGH 25. 3. 2014, 10 Ob 12/14h; 25. 11. 2014, 8 Ob 117/14k.

93 Die Fälligkeit und damit auch die Verjährung eines in einer Abschlagsrechnung begehrten Betrages kommen nur insoweit in Betracht, als der Unternehmer durch Zeitablauf den Anspruch auf Abschlagszahlungen verliert. Der Unternehmer verliert dadurch aber nicht seinen Anspruch auf den erst nach Werkvollendung fälligen Werklohn, sodass auch verjährte Teilrechnungen in die Schlussrechnung aufgenommen und innerhalb der für diese geltenden Verjährungsfrist geltend gemacht werden können; vgl. OGH 15. 4. 2004, 2 Ob 36/04i; 24. 9. 2008, 7 Ob 183/08z. Mangels Fälligkeit der Teilrechnung befindet sich der Werkbesteller bis zur Schlussrechnung aber auch noch nicht im Verzug.

94 OGH 24. 9. 2008, 7 Ob 183/08z.

95 Siehe dazu Punkt 8.3.6.1 der ÖNORM B 2110, wonach eine mangelhafte Rechnung (jedenfalls) dann vorliegt, wenn sie der Auftraggeber weder prüfen noch berichtigen kann.

96 Siehe Punkt 4.3.1.

97 Eine derartige Abweichung enthält Punkt 7.4.3.3 der ÖNORM B 2118. Demnach hat der Werkunternehmer Anspruch auf Bauzinsen aus Mehrkostenforderungen ab Fälligkeit der Abschlagsrechnung, die der jeweiligen Leistungserbringung folgt.

98 Offenbar anderer Ansicht *Kodek* in *Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten, 59, wobei nicht ganz klar ist, ob *Kodek* den kumulativen Aufschlag von Verzugszinsen und Bauzinsen auf die Mehrkosten ab Eintritt des Verzugs befürwortet oder ob er lediglich meint, dass die bis zur Fälligkeit der Mehrkostenforderung angelaufenen Bauzinsen ab Eintritt des Verzugs mit dem Verzugszinssatz zu verzinsen sind (dafür würde sprechen, dass die Verzugszinsen nach der Ansicht von *Kodek* „dann teilweise bei wirtschaftlicher Betrachtung Zinseszinsen enthalten“).

99 OGH 27. 4. 1999, 1 Ob 39/99p.

100 Zutreffend *Wenusch*, ÖNORM B 2110² (2011) 468.

101 Siehe Punkt 1.1.

102 Siehe Punkt 2.3.

gesetzlichen Verzugszinsen für den Zeitraum ab Fälligkeit des Werklohns gefordert werden können. Für den Zeitraum nach Fälligkeit der Werklohnforderung hat der Werkunternehmer daher im Zweifel nur Anspruch auf die Verzugszinsen, nicht aber auf die im Vertrag vereinbarten Bauzinsen. Es besteht im Zweifel auch kein Anspruch auf die Differenz, wenn der vereinbarte Bauzins ausnahmsweise höher sein sollte als die gesetzlichen Verzugszinsen.¹⁰³

4. Die Fälligkeit von auf § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB gestützten Mehrkostenforderung tritt grundsätzlich gemeinsam mit dem Werklohn und daher erst mit der Vollendung des Werks (§ 1170 ABGB) und Legung einer nachvollziehbaren Schlussrechnung ein.

5. Ohne ausdrückliche Vereinbarung von speziellen Bauzinsen für Leistungsänderungen bzw Mehrkostenforderungen wird die Vertragsauslegung in der Regel zum Ergebnis führen, dass die für ursprüngliche Leistungen vereinbarten Bauzinsen auch auf Mehrkostenforderungen aufgeschlagen werden können. Der Werkunternehmer ist aber nicht berechtigt, für Mehrleistungen höhere als die im Vertrag für die ursprünglich vereinbarten Leistungen vorgesehenen Bauzinsen zu verlangen.¹⁰⁴

6. Die Parteien können – wie bei ÖNORM-Verträgen üblich – im Bauvertrag aber auch spezielle Bauzinsen für Mehrkostenforderungen ausdrücklich vorsehen. Diese speziellen Bauzinsen betreffen dann die Abhandlung von Leistungsänderungen und Mehrkostenforderungen. Sie gelten somit für einen anderen Zeitraum der Ausführung des Bauprojekts und treten an die Stelle der allgemeinen Bauzinsen

für den planmäßigen Bauablauf, das heißt, es kommt somit nicht zu einer Kumulation dieser beiden Arten von Bauzinsen.¹⁰⁵

7. Haben die Parteien ein besonderes Verfahren zur Prüfung und Abnahme einer bereits erbrachten Leistung vereinbart, tritt die Fälligkeit erst nach Durchführung dieses Verfahrens ein (§ 1334 ABGB). Für Mehrkostenforderungen enthalten Bauverträge gerade bei Großprojekten in aller Regel derartige Prüfungs- und Abnahmeverfahren. Dann kommt ein Eintritt der Fälligkeit erst nach Durchführung des vorgesehenen Verfahrens in Betracht. Solange das vertraglich vorgesehene Verfahren zur Bearbeitung von Mehrkostenforderungen noch nicht abgeschlossen ist (etwa weil diese dem Grunde und der Höhe nach im Zuge der Mehrkostenprüfung noch nicht abgestimmt wurden), wird keine Fälligkeit für diesen Teil des Entgelts eintreten. Daher gebühren auch keine Verzugszinsen. Allfällige Vorfinanzierungsmehrkosten des Werkunternehmers aufgrund des verlängerten Vorfinanzierungszeitraums werden – bei entsprechender Vereinbarung – durch die speziellen Bauzinsen auf Mehrkostenforderungen abgegolten.

8. Zulässig ist nämlich die Vereinbarung, wonach der mit Leistungsänderungen verbundene größere Vorfinanzierungsaufwand des Werkunternehmers durch Bauzinsen für Mehrkostenforderungen abgedeckt wird und Verzugszinsen für Mehrkostenforderungen erst nach Fälligkeit des Gesamtwerklohns, das heißt nach Vollendung des Gesamtwerks und nach Legung einer nachvollziehbar aufgeschlüsselten Schlussrechnung, im Falle eines Zahlungsverzugs des Werkbestellers zustehen.

103 Siehe Punkt 3.

104 Siehe Punkt 4.1.

105 Siehe Punkt 4.2.

Der einzige Kommentar zu den Kollektivverträgen der Bauwirtschaft

Linde



Kollektivverträge der Bauwirtschaft

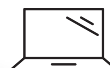
Wiesinger

6. Aufl. 2020

492 Seiten, kart.

ISBN 978-3-7073-3888-1

€ 72,-



Digital
erhältlich

Steuern.
Wirtschaft.
Recht.
Am Punkt.

Jetzt bestellen: lindeverlag.at office@lindeverlag.at 01 24 630 01 24 630-23



Jetzt 20 % sparen!

bau aktuell-Jahresabo 2020
(11. Jahrgang, Heft 1-6)

€ 164,-*
statt € 205,-*

Jetzt Jahresabo 2020
bestellen und 20 % sparen!

Bestellformular Ja, ich bestelle

bau *aktuell*-Jahresabo 2020
(11. Jahrgang 2020, Heft 1-6)

EUR 164,-
statt EUR 205,-

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnr.

PLZ/Ort

E-Mail/Telefon

Datum/Unterschrift

Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet. Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abstelllinks in jedem zugesendeten Newsletter widerrufen werden.

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden. AGB: lindeverlag.at/agb | Datenschutzbestimmungen: lindeverlag.at/datenschutz.
Preise Zeitschriften inkl. MwSt, zzgl. Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten.

Linde Verlag Ges.m.b.H
Scheydgasse 24, 1210 Wien
Handelsgericht Wien
FB-Nr: 102235X, ATU
14910701
DVR: 000 2356

Jetzt bestellen: lindeverlag.at office@lindeverlag.at 01 24 630 01 24 630-23