

BAUVERTRAGSRECHT: KAMPFPREIS ODER PARTNERSCHAFT

Auftraggeber und Auftragnehmer sollen sich auf der Baustelle vertragen. Sie treffen sich in Partnerschaftssitzungen, um Streit zu vermeiden oder einvernehmlich beizulegen. Und das, nachdem der Auftragnehmer das Billigstbieterprinzip ausreizen musste, um den Auftrag zu erhalten. Wie kann das gut gehen?

Bei Großprojekten gilt häufig die ÖNORM B 2118, die zur Vertragsabwicklung ein Partnerschaftsmodell vorsieht. Ebenso häufig werden Aufträge nicht nach dem Bestbieterprinzip, sondern nach dem Billigstbieterprinzip vergeben.

Die ÖNORM B 2118 verpflichtet Auftraggeber und Auftragnehmer zur effizienten Vertragsabwicklung und zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten. Dafür sind regelmäßig Partnerschaftssitzungen abzuhalten. Die Sitzungen dienen namentlich der Regelung wirtschaftlicher und rechtlicher Probleme. Forderungen sollen gemeinsam bearbeitet, berechnete Ansprüche rasch ausgeglichen werden. So weit, so gut.

Wenn sich der Auftraggeber in der Vergabephase entschieden hat, dem Billigstbieter den Zuschlag zu erteilen, hat das mitunter einen fast ruinösen Wettbewerb zur Folge. Der Auftraggeber provoziert damit spekulative Preise. Nehmen wir an, dass er letztlich ein gerade noch kostendeckendes Angebot auf dem Tisch hat.

Der Billigstbieter wird zwangsläufig versuchen, seine Minus-Baustelle mit einem ausgefeilten

Claim Management in die Gewinnzone zu bringen. So sind Konflikte vorprogrammiert, die auch in der besten Partnerschaft nicht gelöst werden können.

Doch es gibt einen Ausweg. Der Wettbewerb darf nicht länger auf den Preis beschränkt bleiben. Die Qualität muss gefragt sein. Die optimale Grundlage für die Partnerschaft am Bau ist ein vernünftig gestaltetes Bestbieterprinzip. Es ist auch nicht zielführend, den Preis mit 98 % zu gewichten und als einziges Qualitätsmerkmal eine verlängerte Gewährleistungsfrist vorzusehen.

Auftragnehmer fordern schon seit längerer Zeit Ausschreibungen mit stärker gewichteten Qualitätskriterien. Neu ist, dass nun auch Auftraggeber dafür eintreten. Und das ist gut so.

Hanno Liebmann

FAMILIENRECHT: VORWEGVEREINBARUNGEN/ EHEVERTRÄGE - VERGEBÜHRUNG

Das Familienrechts-Änderungsgesetz (= FamRÄG 2009) gewährte bekanntlich neue Gestaltungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der Aufteilung der ehelichen Ersparnisse und des ehelichen Gebrauchsvermögens (insbesondere der Ehewohnung). Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage und angesichts des vermehrt zu beobachtenden Trends zur Sicherung vorehelicher Errungenschaften besteht für (künftige) Ehepartner oftmals der Wunsch, umfangreiche Vorwegvereinbarungen – häufig auch en passant als „Eheverträge“ bezeichnet – abzuschließen.

Fraglich ist nunmehr, ob bzw. wie derartige Vereinbarungen zu vergebühren sind. Aus Anlass des FamRÄG 2009 wurde vom Gesetzgeber kein neuer Tatbestand im Gebührengesetz (= GebG) vorgesehen. Es existiert lediglich ein Erlass des BMF, GZ BMF-010206/0007-VI/5/2010 vom 22.01.2010 zur Liegenschaftsübertragung von Eheleuten unter der aufschiebenden Bedingung der Eheauflösung und zum Thema Immobilienertragsteuer bei der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens eine Info des Bundesministeriums für Finanzen (= BMF) zur neuen Grundstücksbesteuerung (GZ BMF-010203/0402-VI/6/2012 vom 03.09.2012).

1. HERRSCHENDE RECHTSLAGE IM GEBÜHRENRECHT

1.1. Das Urkundenprinzip im Gebührenrecht

Rechtsgeschäftsgebühren fallen grundsätzlich nur dann an, wenn zwischen den Vertragsparteien eine Urkunde im gebührenrechtlichen Sinne errichtet wird (Urkundenprinzip). Im Wesentlichen ist unter einer Urkunde eine Schrift zu verstehen, die von beiden Parteien unterzeichnet wird und das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts nach-

weist. Ersatzweise können jedoch auch Protokolle oder schriftliche Korrespondenz als Urkunden im gebührenrechtlichen Sinne gelten, wenn diese von zumindest einer Vertragspartei unterfertigt wurden und ein bereits gebührenschonend (bspw. durch mündliche Vereinbarung) abgeschlossenes Rechtsgeschäft dokumentieren (Anführung von Vertragsparteien und Natur des Rechtsgeschäfts, vgl. GebR, Rz 431). In diesem Fall spricht man von einer so genannten rechtsbezeugenden Urkunde.

1.2. Der Vergleich als gebührenpflichtiges Rechtsgeschäft:

Nicht jedes Rechtsgeschäft ist jedoch gebührenpflichtig. Das GebG enthält einen abschließenden Katalog von gebührenpflichtigen Rechtsgeschäften.

Gemäß § 33 TP 20 GebG sind außergerichtliche Vergleiche gebührenpflichtig. Die Rechtsgeschäftsgebühr liegt grundsätzlich bei 2 % vom Gesamtwert der von jeder Partei übernommenen Leistungen. In Fällen von anhängigen Rechtsstreitigkeiten wird eine Gebühr iHv 1 % der von jeder Partei übernommenen Leistung festgesetzt.

1.3. Der Ehevertrag als gebührenpflichtiger Vergleich:

Nach der Ansicht des VwGH soll durch einen Ehevertrag eine zweifelhafte Rechtslage geklärt werden, die nach geltendem Recht im Zeitpunkt der Auflösung der Ehe vorherrschen würde, weshalb eine solche Vereinbarung im gebührenrechtlichen Sinne als Vergleich zu werten ist (vgl. VwGH 28.09.2000, 2000/16/0332). Demnach besteht nämlich insoweit eine zweifelhafte Rechtslage, als das Eherecht eine Aufteilungspflicht von bestimm-

ten Vermögensgegenständen (bspw. Ehwohnung, Hausrat) unter besonderen Voraussetzungen (bspw. Sicherung von Lebensbedürfnissen) zwingend vorschreibt. Da ein Ehevertrag die im Gesetz zwingend vorgegebenen, aber abstrakt geregelten Aufteilungsumstände konkretisiert, liegt insoweit eine Klärung der zweifelhaften Rechtslage und somit ein gebührenpflichtiger Vergleich vor (vgl. Barth, Vergleichsgebühr und FamRÄG 2009, NZ 2010/37).

Eine Ausnahme von der Gebührenpflicht besteht nach einem Erlass des BMF (GZ BMF-010206/0007-VI/5/2010 vom 22.01.2010) hinsichtlich von Scheidungsfolgenvereinbarungen über die Aufteilung von Liegenschaften unter aufschiebender Bedingung anlässlich einer Eheschließung. Nach § 15 Abs 3 GebG sind demnach Rechtsgeschäfte, die der Grunderwerbsteuer unterliegen, von der Rechtsgeschäftsgebühr befreit.

2. KRITIK: KEINE STRITTIGEN ODER ZWEIFELHAFTEN RECHTE?

Gegenstand eines zivilrechtlichen Vergleichs sind strittige oder zweifelhafte Rechtsverhältnisse aller Art (vgl. OGH SZ 36/114). Ob ein Recht strittig oder zweifelhaft ist, wird ausschließlich an der subjektiven Auffassung der Vertragsparteien gemessen (vgl. OGH 5 Ob 374/59). Dies ist selbst dann der Fall, wenn die Ansichten der Parteien objektiv unrichtig sind.

Das FamRÄG 2009 sieht vor, dass eheliche Ersparnisse und die Ehwohnung durch Vereinbarung in der Form eines Notariatsaktes bereits im Voraus zwischen den Eheleuten aufgeteilt werden können. Zur Vorab-Aufteilung der ehelichen Gebrauchsvermögens ist sogar die einfache Schriftform ausreichend (§ 97 Abs 1 EheG). Praktisch bedeutend sind insbesondere die so genannten Opting-in- und Opting-out-Vereinbarungen. Demnach kann die Übertragung des Eigentumsrechtes oder sonstiger dinglicher Rechte der von einem Ehegatten

eingebrachten, geerbten oder von dritter Seite geschenkten Ehwohnung im Zuge der nahehelichen Aufteilung explizit ausgeschlossen werden (= Opting-out) oder ausdrücklich vereinbart werden, dass die eingebrachte, geerbte oder geschenkte Ehwohnung der ehelichen Aufteilung unterliegt (= Opting-in).

Nach der Intention des Gesetzgebers sollte die rechtliche Situation im Hinblick auf die Übertragung des Eigentumsrechtes oder sonstiger dinglicher Rechte jedenfalls an der eingebrachten, geerbten oder von dritter Seite geschenkten Ehwohnung bei Vorwegvereinbarungen klar geregelt werden (vgl. JA 673/A BlgNR 24. GP 37). Von strittigen oder zweifelhaften Rechten kann daher in diesem Bereich keine Rede sein.

3. LÖSUNGSANSÄTZE

In der Praxis wurden aufgrund der beschriebenen unbefriedigenden Rechtslage bereits verschiedene „gangbare“ Möglichkeiten erarbeitet, wie derartige Vorwegvereinbarungen bzw Eheverträge „abgeschlossen“ werden können. Die wesentlichsten Gestaltungsvorschläge lauten wie folgt:

- Errichtung einer gemeinsamen (nicht unterschriebenen) Urkunde
- Angebot und Annahme in Notariatsaktform
- Angebot in Notariatsaktform mit konkludenter (= schlüssiger) Annahme
- Anwaltskorrespondenz
- Prätorischer Vergleich bei Gericht (= ein gerichtlicher Vergleich, der noch vor dem Einbringen einer Klage beim Bezirksgericht geschlossen werden kann und dort protokolliert wird, damit Rechtsstreitigkeiten vermieden werden)
- Auslandsurkunde
- Formulierung von Verzichten im Ehevertrag (= geschickte Vertragsgestaltung)
- Kreuzofferte

4. CONCLUSIO

Mit dem FamRÄG 2009 ergab sich eine völlig neue Situation hinsichtlich der Qualifikation von Eheverträgen aus gebührenrechtlicher Sicht. Aufgrund der umfassenden Dispositionsmöglichkeiten der Braut- bzw Eheleute über das Ehevermögen besteht nunmehr im Falle der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe keine zweifelhafte Rechtslage hinsichtlich der Vermögensaufteilung mehr.

Auch von der herrschenden Meinung wird die Ansicht vertreten, dass Vereinbarungen, die rein dispositive Rechte regeln, keineswegs als Vergleich zu werten sind, da sich derartige Verträge in anderen typisierten Rechtsgeschäften niederschlagen (zB. Kauf, Tausch etc.). Schließlich ist es das Wesen des dispositiven Rechts, den Vertragsparteien Vereinbarungen zu ermöglichen, die außerhalb des zwingenden Rechts liegen.

Es kann somit nicht mehr zutreffend sein, Eheverträge aus gebührenrechtlicher Sicht schlechthin unter gebührenpflichtige Vergleiche zu subsumieren. Vielmehr sollte die Finanzverwaltung der geänderten Rechtslage gerecht werden, und das Fehlen einer zweifelhaften Rechtslage in Folge des FamRÄG 2009 anerkennen. Eine zweifelhafte Rechtslage besteht somit nicht mehr zwischen den Eheleuten, sondern nur mehr im Gebührenrecht; und diese zu beseitigen ist eine Aufgabe, die der Gesetzgeber oder auch zumindest das BMF durch eine Klarstellung in den Gebührenrichtlinien nachkommen könnte.

Eine endgültige Klärung der – im derzeitigen Zustand unbefriedigenden – gebührenrechtlichen Rechtslage könnte auch durch eine einschlägige höchstgerichtliche Entscheidung erfolgen.

Birgit Leb

VERGABERECHT: NEUES REGIME FÜR VERTEIDIGUNG UND SICHERHEIT – BIS DATO NICHTS NEUES

Das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 (BVergGVS 2012) hat eine völlig neue Rechtsgrundlage geschaffen. Wird sie auch angenommen?

Nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der EU können die Mitgliedstaaten im Interesse ihrer nationalen Sicherheit einseitige Maßnahmen ergreifen und selbst über Waffen, Munition und Kriegsmaterial entscheiden (Art 346 AEUV). Mit dieser unionsrechtlichen Ausnahmeregelung konnte die öffentliche Hand ihr Beschaffungswesen lange Zeit praktisch frei gestalten. Mitgliedstaaten haben davon intensiv Gebrauch gemacht und hemmungslos aufgerüstet. Bau- und Dienstleistungsaufträge sowie milliarden schwere Lieferungen wurden nicht öffentlich ausgeschrieben und jenseits des Vergaberechts abgewickelt. All das war vom Zweck der Regelung längst nicht mehr gedeckt.

Die Richtlinie für die Beschaffung im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich hat damit Schluss gemacht (RL 2009/81/EG). Die Mitgliedstaaten wurden verpflichtet, Beschaffungen im militärischen und nicht-militärischen Sicherheitsbereich einem transparenten Regime mit fairem Wettbewerb zu unterwerfen und Rechtsschutz für übergangene Bieter zu gewährleisten. Erfasst wurden einerseits militärische Aufträge und andererseits sensible Aufträge, die der nationalen Sicherheit dienen.

Der Anwendungsbereich ist zwar durch Ausnahmen eingeschränkt und auch die häufigen Gegengeschäfte bzw Offsets sind trotz ihres wettbewerbsfeindlichen Charakters ausgeklammert. Dennoch können sich die Mitgliedstaaten nach der Umsetzung nicht ohne weiteres auf Art 346 AEUV stützen. Die Ausnahme bleibt auch im BVergGVS die Ausnahme.

Man hätte die Bestimmung überhaupt abschaffen müssen und kann ihre Anwendung jetzt nur mehr durch außergewöhnliche Umstände rechtfertigen. Gerade das für diesen Bereich geschaffene besondere Vergaberecht darf nicht umschifft werden.

In Österreich wurde die RL 2009/81/EG durch das BVergGVS vollständig umgesetzt. Das ist nun bald zwei Jahre her. Das BVergGVS gilt für militärische Beschaffungen der klassischen öffentlichen Auftraggeber sowie sicherheitsrelevante Beschaffungen von klassischen öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern.

Standard im Oberschwellenbereich sind das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren, jeweils mit vorheriger Bekanntmachung. Auftraggeber können zwischen den beiden Verfahrensarten frei wählen. Für bestimmte Fälle stehen darüber hinaus zB das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, der wettbewerbliche Dialog und die Direktvergabe zur Verfügung.

Im Rechtsschutzsystem gibt es einige organisations- und verfahrensrechtliche Besonderheiten, die vor allem dem erhöhten Geheimhaltungsbedarf entsprechen. Auch deshalb bleibt für Art 346 AEUV praktisch kein Raum mehr. Wir haben es mit einer durchgreifenden Reform zu tun, die sich nachhaltig auf die Vergabepaxis auswirken sollte. Das ist bislang nicht der Fall.

Es sind nur vereinzelt Ausschreibungen auf der Grundlage des BVergGVS zu sehen und offenbar gab es bisher kein Nachprüfungsverfahren. Die öffentliche Hand stellt das System selbst in Frage. Hinter vorgehaltener Hand und manchmal sogar ganz deutlich nach außen gerichtet heißt es, man sehe sich nicht zur Anwendung des Gesetzes verpflichtet. Man könnte sich ja in allen einschlägigen Fällen auf Art 346 AEUV berufen. Das tut auch



die Europäische Verteidigungsagentur (European Defence Agency bzw EDA). Sie zelebriert damit überdies ihr eigenes Vergabewesen. Ein schlechtes Beispiel, in dem Gegengeschäfte weiterhin eine ganz wesentliche Rolle spielen.

Auftraggeber und Auftragnehmer sind aufgerufen, zur Rechtsicherheit beizutragen und das BVergGVS anzuwenden. Die Rechtsprechung hat schon vor der Einführung des neuen Regimes bestätigt, dass Art 346 AEUV eine absolute Ausnahme ist (EuGH 8.4.2008, C-337/05 und 2.10.2008, C-157/06; VwGH 21.12.2005, 2003/04/0126; BVA 1.7.2010, F/0005/11/2010). Wer sich darauf beruft, muss beweisen, dass die Voraussetzungen vorliegen. Und genau das wird im Regelfall nicht gelingen.

Hanno Liebmann

VERGABERECHT: VERLÄNGERUNG DER SCHWELLENWERTEVERORDNUNG BIS ENDE 2014

Direktvergabe auch im kommenden Jahr bis EUR 100.000,00 zulässig.

Bereits zum vierten Mal in Folge ist die Schwellenwerteverordnung des Bundeskanzlers um ein weiteres Jahr verlängert worden. Das Bundesgesetz zur Änderung der Schwellenwerteverordnung 2012 wurde am 9. September 2013 im Bundesgesetzblatt II Nr. 262/2013 veröffentlicht.

Auftraggeber im Sinne des Bundesvergabegesetzes können wie bisher die Direktvergabe von Aufträgen im Bau-, Liefer- und Dienstleistungsbereich in Anspruch nehmen, sofern der geschätzte Auftragswert EUR 100.000,00 (netto) nicht übersteigt. Zudem verlängert sich der Schwellenwert für das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung in Höhe von EUR 1.000.000,00 (netto). Allerdings müssen dem Auftraggeber hier genügend geeignete Unternehmer bekannt sein, um einen fairen Wettbewerb sicherzustellen. Auch die übrigen Schwellenwerte bleiben weiterhin aufrecht.

Grund der neuerlichen Verlängerung ist die nach wie vor schwierige Wirtschaftslage. Am meisten sollten davon KMUs sowie Länder und Gemeinden profitieren. Nun wird diskutiert, ob die Schwellenwerte-Verordnung dauerhaft gesetzlich verankert werden soll.

Die höheren Schwellenwerte verkürzen die Vergabeverfahren und senken die Verfahrenskosten. Andererseits ist klar, dass der Wettbewerb dadurch nicht gefördert wird.

*Jana Seywald
Franz Waldl*

ZIVILRECHT: BÜRGSCHAFT PER TELEFAX

In seiner Entscheidung 9 Ob 41/12p vom 21.07.2013 hat sich der Oberste Gerichtshof (OGH) zur Gültigkeit einer per Telefax übersendeten Bürgschaftserklärung geäußert. Im Mittelpunkt stand dabei die Frage, ob die Übermittlung per Telefax dem Formgebot der Bürgschaft entspricht.

Im Anlassfall wurde eine Entschädigungsbürgschaft zwischen Hauptbürgen und Entschädigungsbürgen vereinbart. Eine Entschädigungsbürgschaft wird schlagend, wenn der Hauptbürge für die verbürgte Schuld in Anspruch genommen wird. Die Bürgschaftserklärung wurde von den Entschädigungsbürgen mittels Telefax übersendet. Als nun die Hauptbürgen in Anspruch genommen wurden, bestritten die Entschädigungsbürgen zwar nicht den Inhalt und die eigenhändige Unterschrift der per Telefax übersendeten Bürgschaftsurkunde, sondern das gültige Zustandekommen der Entschädigungsbürgschaft, da die Übersendung des Bürgschaftsvertrages per Telefax nicht dem gesetzlich geforderten Formgebot entspräche.

Die Ansicht der zahlungsunwilligen Entschädigungsbürgen entspricht der bisherigen Rechtsprechung des OGH, die die Übersendung einer Bürgschaftserklärung per Telefax als nicht dem Formgebot des § 1346 ABGB entsprechend qualifiziert und somit einer per Telefax übermittelte Bürgschaftserklärung die Wirksamkeit versagt. Dies wird vor allem mit dem Warnzweck des Formgebots begründet, welches es den Bürgen vor übereilter Abgabe von Bürgschaftserklärungen schützen soll.

Von eben dieser Rechtsprechung ging der OGH im gegenständlichen Fall ab. Er führte aus, dass der Unterschied zwischen dem physischen „aus der Hand geben“ des Bürgschaftsvertrages an den Gläubiger und dem Betätigen der Sendetaste auf dem Telefaxgerät, es nicht rechtfertige, dass ein vom Bürgen unterschriebener und gefaxter Bürg-

schaftsvertrag nicht wirksam sei. Somit steht das Übersenden eines Bürgschaftsvertrages per Telefax nicht mehr dem gültigen Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages entgegen.

FAZIT

Bis zu dieser Entscheidung war nach der Rechtsprechung des OGH eine per Telefax versendete eigenhändig unterschriebene Bürgschaftserklärung nicht wirksam. Die Abkehr von dieser Rechtsprechungslinie durch den OGH ist zu begrüßen, befreit sie doch das Bürgschaftsrecht von einem formalistischen Anachronismus.

Philipp Böhler

SCWP SCHINDHELM: AUSZEICHNUNG UNSERER APP ZUR IMMO-APP DES MONATS

Die renommierte Immobilienzeitung OIZ hat die App „Law Library“ als Immo-App des Monats ausgezeichnet.

Neben zahlreichen anderen Begriffssammlungen beinhaltet die App auch ein umfassendes Immobilienlexikon. Die Bibliothek umfasst bereits über 3.000 Stichwörter und wird regelmäßig um neue Logbücher erweitert. Alle Informationen zur kostenlosen App „Law Library“ und Links zum Download finden Sie auf www.scwp.com.

Wir bedanken uns herzlich für die Auszeichnung.

