

NEWSLETTER

EDITORIAL

LIEBE LESERINNEN,
LIEBE LESER!

Wir möchten auch diese Ausgabe unseres Newsletters zum Anlass nehmen, um Ihnen ein neues Mitglied unseres Teams vorzustellen. Mag. Thomas Wutzel hat in der Rechtsabteilung eines großen österreichischen Bauunternehmens Spezialkenntnisse im Bau- und Bauvertragsrecht erworben und war als Rechtsanwaltsanwärter bisher vor allem im Liegenschafts- und Vertragsrecht tätig.

In diesem Newsletter gibt Peter Karlberger wertvolle Anregungen für den Umgang mit Vertragsformblättern. Manfred Wiener befasst sich mit dem in nahezu allen Unternehmen auftretenden Problem des Internet-Surfens am Arbeitsplatz und gibt Tipps, wie damit umzugehen ist. Wilfried Opetnik behandelt die Lockerung des wettbewerbsrechtlichen Zugabensverbots. Gernot Fiebiger erörtert die Nichtigkeit von Vereinsbeschlüssen. Thomas Wutzel zeigt auf, dass man die Flucht vieler Schuldner in den Konkurs nicht widerspruchlos hinnehmen sollte, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Schuldentilgung langfristig möglich erscheint. Petra Rindler informiert über die aktuellen Schwellenwerte nach dem Bundesvergabegesetz und berichtet über eine interessante Entschei-

dung des Obersten Gerichtshofs betreffend die formalen Voraussetzungen zum Abruf von Bankgarantien.

Wir hoffen, Ihnen damit wieder einige interessante Themen zu bieten, und wünschen Ihnen eine anregende Lektüre sowie einen erholsamen Sommer.

Hannes Pflaum

INHALT

2 / 2009

- 02**
VOM UMGANG MIT
VERTRAGSFÖRMBLÄTTERN
Nützliche Tipps für "Alltagsverträge"
- 03**
SURFEN AM ARBEITSPLATZ
Private Nutzung des Internets
- 05**
ZUGABEN FÖRDERN
DEN VERKAUF
Lockerung des wettbewerbs-
rechtlichen Zugabensverbotes?
- 06**
NICHTIGKEIT VON VEREINS-
BESCHLÜSSEN BEI VORLIEGEN
SCHWERWIEGENDER
EINBERUFUNGSMÄNGEL
- 07**
FLUCHT IN DEN KONKURS
Rechtsmittel gegen missbräuchliche
Konkursanträge
- 09**
NEUE SCHWELLENWERTE
GEMÄSS BUNDESVERGABEGESETZ
- 09**
BANKGARANTIE - FEHLER BEI DER
BEZEICHNUNG DES BEGÜNSTIGTEN
- 10**
IMPRESSUM

VOM UMGANG MIT VERTRAGSFORM- BLÄTTERN NÜTZLICHE TIPPS FÜR “ ALLTAGSVERTRÄGE ”

Immer wieder sieht man sich im Alltag mit der Notwendigkeit konfrontiert, standardisierte Verträge mit scheinbar übermächtigen Geschäftspartnern abzuschließen. Vom Mobilfunkbetreiber bis zum Garagierungsbetrieb, vom Stromlieferanten bis zum Fitnessstudio, praktisch jedes größere Unternehmen greift auf vorformulierte Vertragstexte zurück, die dem Kunden ohne Verhandlungsmöglichkeit - sozusagen nach dem Motto „friss oder stirb“ - zur Unterschrift vorgelegt werden.

Leider begegnet man in solchen Vertragsformblättern oft Klauseln, die bei näherem Hinsehen den Argwohn des Kunden erregen, weil sie unbillig erscheinen oder nicht dem gewünschten Vertragsziel entsprechen. In diesem Fall stellt sich regelmäßig die Frage, ob solche unerwünschten Regelungen einfach hingenommen werden müssen, oder ob man etwas dagegen unternehmen kann - und wenn ja, was.

Vor versteckten oder grob nachteiligen Vertragsbestimmungen schützt den Kunden das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. Gemäß § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, dann nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte - es sei denn, der eine Vertragsteil hätte den anderen besonders darauf hingewiesen. Gemäß § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt,

jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

Handelt es sich bei dem Kunden um einen Verbraucher im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes, dann schützt ihn auch § 6 KSchG vor Übervorteilungen durch den Unternehmer. Dieser Paragraph listet eine Reihe von Vertragsbestimmungen auf, die der Gesetzgeber als (potentiell) unfair betrachtet und die deshalb entweder gar keine verbindliche Wirkung entfalten (z.B. einseitiges Recht des Unternehmers zur Preiserhöhung), oder nur dann wirksam sind, wenn sie im Einzelnen ausgehandelt wurden (z.B. Schiedsklauseln).

Oft kann also eine unausgewogene vertragliche Regelung im Nachhinein durch das Gericht beseitigt werden, wobei in vielen Fällen bereits die (eventuell anwaltliche) Androhung der gerichtlichen Überprüfung den Vertragspartner zum Einlenken bewegt. In manchen Fällen hilft auch die sogenannte Unklarheitenregel des § 915 ABGB, wonach bei zweiseitig verbindlichen Verträgen eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen ausgelegt wird, der sich ihrer bedient hat. Im Bereich des Konsumentenschutzgesetzes sind unklare oder unverständlich abgefasste Vertragsbestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern unwirksam (§ 6 Abs 3 KSchG).

Manchmal reicht es aber auch, unerwünschte Klauseln einfach durchzustreichen. Das gilt zum Beispiel für die häufig verwendete Formulierung, wonach der Kunde mit seiner Unterschrift unter dem Vertrag auch seine Einwilligung zur Weitergabe personenbezogener Daten an Dritte erteilt.



Eine solche Einwilligung führt in der Regel dazu, dass der Vertragspartner die Daten des Kunden an kommerzielle Adressenhändler verkauft und sich der Kunde in weiterer Folge auf der Mailingliste zahlreicher Anbieter wiederfindet, deren Werbesendungen bald sein Postkästchen füllen.

Es ist also durchaus zu empfehlen, vor Unterzeichnung eines „Alltagsvertrages“ auch das Kleingedruckte zu lesen und – wenn nötig – die eine oder andere

Streichung vorzunehmen. Sollten Änderungen vor oder bei Vertragsabschluss im Einzelfall nicht möglich sein, dann bleibt immer noch die Möglichkeit einer nachträglichen Überprüfung und Beseitigung gesetzwidriger Vertragsbestimmungen durch das Gericht.

■ Peter Karlberger



SURFEN AM ARBEITSPLATZ PRIVATE NUTZUNG DES INTERNETS

Heutzutage verfügt fast jeder Büro-Arbeitsplatz über einen Internetzugang. Damit stellt sich die Frage, ob und wie intensiv das Internet am Arbeitsplatz für private Zwecke genutzt werden darf.

Gibt es im Unternehmen kein ausdrückliches Verbot privater Internetnutzung, ist das Internetsurfen sowie die Versendung privater eMails während der Arbeitszeit in geringem Umfang als üblich und daher zulässig anzusehen. Diese Ansicht stützt sich auf eine Entscheidung des OGH zur Privatnutzung von Diensttelefonen. Wenn die Privatnutzung in den Pausen oder in der Freizeit erfolgt, ist die Zulässigkeit noch eher zu bejahen. In jedem Fall wird aber das Aufrufen kostenpflichtiger Seiten oder von Seiten mit pornografischen, politisch-radikalen oder gewaltverherrlichenden Inhalten ohne ausdrückliche Genehmigung des Arbeitgebers unzulässig sein.

REGELUNGSMÖGLICHKEITEN

Regelungen für die Internetnutzung können mit Betriebsvereinbarung, Arbeitsvertrag oder Weisung getroffen werden. Ein ausdrückliches Recht des Arbeitnehmers auf eine private Nutzung des Internetanschlusses des Arbeitgebers besteht nicht. Der Arbeitgeber ist berechtigt, seine Betriebsmittel nur zu

betrieblichen Zwecken zur Verfügung zu stellen; daher kann auch das vollständige Verbot der privaten Nutzung des Internets vereinbart werden. Allerdings könnten auch dann Umstände bzw. Situationen auftreten, die den Arbeitnehmer berechtigen, diesem Verbot im Einzelfall im erforderlichen Ausmaß zuwiderzuhandeln.

Wurde trotz des Verbots der privaten Nutzung diese vom Arbeitgeber tatsächlich geduldet, so muss der Arbeitnehmer zunächst ermahnt werden, dass das Verbot in Zukunft einzuhalten ist.

Vorteilhaft ist eine Einzel- oder Betriebsvereinbarung über das zulässige Ausmaß der Privatnutzung von Internet und den privaten eMail-Verkehr, die für beide Seiten Klarheit schafft, was erlaubt und was verboten ist und welche Konsequenzen bei Nichtbeachtung zu erwarten sind (zB: Disziplinarmaßnahmen).

KONTROLLMASSNAHMEN

Bestehen Regelungen zur Internetnutzung, hat der Arbeitgeber auch ein Interesse an deren Kontrolle. Nach Auffassung des OGH gehört es zum Wesen des Arbeitsverhältnisses, dass sich der Arbeitnehmer der Kontrolle seines Arbeitgebers unterwirft.



Auch wenn ein Arbeitgeber den Arbeitnehmern die private Internetnutzung am Arbeitsplatz verboten hat, folgt daraus aber keineswegs, dass er private eMails lesen darf oder unbeschränkt kontrollieren darf, welche Internetseiten besucht werden. Durch die Prüfung des Surfverhaltens oder der eMails läuft der Arbeitgeber Gefahr, Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers zu verletzen. Ein Arbeitnehmer hat aber ein Recht auf den Schutz seiner Privatsphäre und zwar selbst dann, wenn er sich bei der Arbeit pflichtwidrig verhält. Das Lesen von privaten eMails eines Arbeitnehmers ist nach einhelliger Meinung unzulässig. Sobald bei zulässigen Kontrollen erkennbar wird, dass private Daten betroffen sind, ist der Prüfungsvorgang hinsichtlich dieser Daten abzubrechen. Eine Aufzeichnung von Kommunikationsdaten stellt auch eine Verwendung

personenbezogener Daten im Sinne des Datenschutzgesetzes dar, sodass auch die Beschränkungen dieses Gesetzes einzuhalten sind.

Das Arbeitsverfassungsgesetz sieht vor, dass die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer, sofern diese Maßnahmen die Menschenwürde berühren, zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen. Ist kein Betriebsrat vorhanden, so bedarf es der Zustimmung der jeweils betroffenen Arbeitnehmer. Mit Sicherheit wird die Menschenwürde dann berührt, wenn die Kontrollmaßnahmen in dem betroffenen Arbeitnehmer das Gefühl ständiger Überwachung auslösen. Eine systematische Kontrolle der vom Arbeitnehmer aufgerufenen Internetseiten ohne Zustimmung ist daher nicht zulässig, eine Klage auf Unterlassung wäre möglich.

Eine im Einzelfall wegen eines konkreten Verdachtes durchgeführte Kontrolle ist aber keine systematische Kontrolle und bedarf daher keiner Zustimmung.

ENTLASSUNG BEI VERLETZUNG DES SURFVERBOTS?

Wenn der Arbeitnehmer entgegen einer bestehenden und rechtlich zulässigen Vereinbarung das Internet für private Zwecke verwendet, wird der Arbeitgeber unter gewissen Voraussetzungen das Recht zur Entlassung haben. Verstöße rechtfertigen jedoch im Allgemeinen nur im Wiederholungsfall und nach Verwarnung eine Entlassung wegen beharrlicher Pflichtverletzung. Gibt es keine Regelung hinsichtlich der Internetnutzung, so kommt eine Entlassung nur bei äußerst exzessivem privatem Gebrauch in Frage.

Eine Entlassung ist allgemein immer nur dann möglich, wenn der Arbeitnehmer ein Verhalten gesetzt hat, dass dem Arbeitgeber die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses – auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist – unzumut-

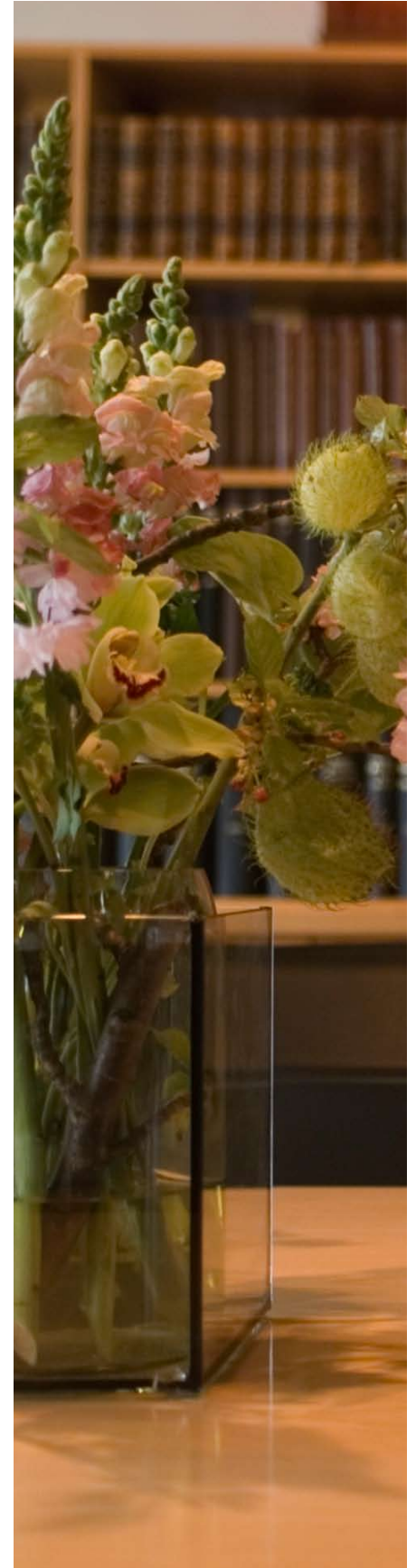
bar macht. Laut OGH kann man einen Arbeitnehmer trotz generellen Internetverbots und einer zusätzlichen Ermahnung nicht bloß deshalb entlassen, weil dieser ein bis zwei Mal pro Woche „Spas-eMails“ an Arbeitskollegen weitergeleitet hat.

Ein in unzulässiger Weise gewonnenes Beweismittel für die verbotene private Nutzung des Internets ist im arbeitsgerichtlichen Verfahren (z.B. nach einer Entlassung) trotzdem zu berücksichtigen. Die herrschende Lehre verneint grundsätzlich das Vorliegen von Beweisverwertungsverboten im Zivilprozess, weshalb auch rechtswidrig erlangte Beweismittel vom Richter zu würdigen und der Entscheidung zu Grunde zu legen sind. Eine eindeutige Klärung durch den OGH ist noch nicht erfolgt. Allerdings könnte die Vorlage von unzulässig erlangten Beweismitteln Verwaltungsstrafen oder im äußersten Fall sogar strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

HAFTUNG FÜR SCHÄDEN

Für Schäden, die bei einer privaten Nutzung durch unzulässige Downloads oder durch das Öffnen von fragwürdigen eMail-Attachments entstehen, haftet grundsätzlich der Arbeitnehmer, der sie verursacht hat, sofern ihm sein Verhalten rechtlich vorwerfbar ist. Das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz mit seinen Schutzbestimmungen zugunsten des Arbeitnehmers wird nicht zur Anwendung kommen. Den Arbeitgeber kann ein Mitverschulden treffen, wenn er das EDV-System nicht ausreichend durch eine Firewall und/oder Virenschutzprogramme geschützt hat.

■ Manfred Wiener



ZUGABEN FÖRDERN DEN VERKAUF LOCKERUNG DES WETT- BEWERBSRECHTLICHEN ZUGABENVERBOTES

Zugaben (Prämien) haben bekanntlich einen verkaufsfördernden Effekt. Um Endverbraucher vor unsachlicher oder irreführender Reklame zu schützen und um gegenseitige Übersteigerungen durch Unternehmer im Wettbewerb um die Kunden zu vermeiden, hat der Gesetzgeber in § 9a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ein Verbot für unentgeltliche Zugaben (Prämien), die neben einer entgeltlichen Ware (Leistung) gewährt werden, normiert. Dieses gesetzliche Zugabenverbot untersagt einerseits die öffentliche Ankündigung, dass Verbrauchern unentgeltliche Zugaben gewährt werden, weiters, dass Verbrauchern - auch ohne öffentliche Ankündigung - unentgeltliche Zugaben neben periodischen Druckwerken angeboten, angekündigt oder tatsächlich gewährt werden und schließlich, dass Unternehmern neben Waren oder Leistungen unentgeltliche Zugaben angeboten, angekündigt oder tatsächlich gewährt werden. Pönalisiert wird folglich der Lockefferkt sehr reizvoller Zugaben (Prämien) sowie das gegenseitige Hinaufzilitieren durch Unternehmer mit attraktiven Nebenleistungen.

Vom Zugabenverbot ausgenommen sind hingegen Gepflogenheiten des geschäftlichen Verkehrs, die als Mittel der Kundenwerbung anerkannt sind, wie beispielsweise handelsübliches Zugehör oder Nebenleistungen zur Ware, Warenproben, Reklamegegenstände, geringwertige Kleinigkeiten, Bar- oder Warenrabatte oder die Einräumung einer Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel, bei dem der Gesamtwert der ausgespielten Preise beschränkt und eine Mindestanzahl an Teilnahmekarten auszugeben ist.

Der Oberste Gerichtshof hat in zahllosen zugabenrechtlichen Entscheidungen

den verbraucherschützenden Aspekt sowie den Schutz finanziell schwächerer Mitbewerber im Zusammenhang mit diesem wettbewerbsrechtlichen „per-se-Verbot“ unterstrichen. Unternehmer, die durch „kreative Gestaltungsmöglichkeiten“ die Grenzen des Zugabenverbotes ausweiten wollten, scheiterten nicht selten an der strengen Spruchpraxis des österreichischen Höchstgerichtes.

Aktuelle Entwicklungen auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene scheinen nun dazu zu führen, dass das aktuelle österreichische Zugabenverbot einer Revision unterzogen wird. Der Oberste Gerichtshof hat nämlich im Rahmen eines anhängigen Rechtsstreites zwischen zwei Medieninhaberinnen die Ankündigung und die Durchführung von Gewinnspielen aus zugabenrechtlicher Sicht zu beurteilen (4 Ob 154/08p). In diesem Zusammenhang hat das österreichische Höchstgericht an den Europäischen Gerichtshof u.a. die Frage gerichtet, ob ein absolutes Zugabenverbot, das im Einzelfall unabhängig von der Überprüfung nach dem Vorliegen von irreführenden, aggressiven oder sonst unlauteren Geschäftspraktiken anzuwenden ist, dem Gemeinschaftsrecht widerspricht. In einer vor kurzem ergangenen Entscheidung (verbundene Rechtssachen C-261/07 und C-299/07) hat der Europäische Gerichtshof bei der Beurteilung eines in Belgien bestehenden Verbotes von Koppelungsangeboten klargestellt, dass durch das Gemeinschaftsrecht einheitliche Regeln für unlautere Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen und Verbrauchern aufgestellt wurden, um zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen und weiters, dass Mitgliedsstaaten keine darüber hinaus gehenden, strengeren Maßnahmen erlassen dürfen.



Aus diesem Grund hat der Europäische Gerichtshof in dieser Entscheidung ausgesprochen, dass eine nationale Regelung, die von bestimmten Ausnahmen abgesehen Koppelungsangebote eines Verkäufers an einen Verbraucher ungeachtet der spezifischen Umstände des konkreten Falles verbietet, dem Gemeinschaftsrecht widerspricht.

Sollte der Europäische Gerichtshof auch die vom Obersten Gerichtshof vorgelegten Fragen einer gleichen Beurteilung unterziehen, dann dürfte auch das in § 9a UWG normierte generelle Zugabenverbot als dem Gemeinschaftsrecht widersprechend angesehen werden. Dies würde für das österreichische Zugabenrecht bedeuten, dass in Hinkunft anstelle des bestehenden „per-se-Verbotes“ eine flexible, auf den konkreten Einzelfall abstellende Beurteilung von Zugaben (Prämien) durch die Gerichte vorzunehmen sein wird. Unternehmer werden künftig mit Sicherheit mehr Möglichkeiten haben, Verkaufsförderungsmaßnahmen umzusetzen.

■ Wilfried Opetnik

NICHTIGKEIT VON VEREINSBESCHLÜSSEN BEI VORLIEGEN SCHWERWIEGENDER EINBERUFUNGSMÄNGEL

In der Entscheidung 10 Ob 36/07b vom 10. Juni 2008 hatte der 10. Senat des Obersten Gerichtshof die Rechtswirksamkeit eines Vereinsbeschlusses über die Wahl seines Vorstandes zu beurteilen. Infolge vereinsinterner Streitigkeiten war beinahe die Hälfte aller Vereinsmitglieder zur beschließenden Mitgliederversammlung nicht eingeladen worden. Der Beschlussfassung hafteten somit schwerwiegende Einberufungsmängel an.

WILLENSBILDUNG IM VEREIN

Die Willensbildung innerhalb eines Vereins erfolgt grundsätzlich durch Beschlussfassung der Mitgliederversammlung. Diese ist oberstes Willensbildungsorgan des Vereins. Trotz dieser zentralen Rolle der Mitgliederversammlung enthält das Vereinsgesetz (VerG 2002) keine Regelungen, welche formalen Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit ein Beschluss der Mitgliederversammlung rechtswirksam gefasst wird. Der Gesetzgeber überließ es den Vereinen, selbst in den Statuten jene Vorschriften aufzustellen, nach welchen ihre Mitgliederversammlungen einzuberufen und abzuhalten sind, und mit welchen Quoren in diesen Versammlungen Beschlüsse zu fassen sind.

MÖGLICHE RECHTSFOLGEN VON EINBERUFUNGSMÄNGELN

Die Vereinsstatuten lassen zumeist jedoch offen, welche Rechtsfolgen eintreten sollen, wenn Einberufungsmängel vorliegen, d.h. die Mitgliederversammlung nicht entsprechend den organisatorischen Regelungen und zu beachtenden Förmlichkeiten laut Satzungen einberufen wurde. Auch aus dem Gesetz selbst lassen sich die Rechtsfolgen bei Vorliegen

solcher Einberufungsmängel nicht eindeutig ableiten.

Einerseits sieht das Vereinsgesetz vor, dass statutenwidrige Beschlüsse eines Vereins grundsätzlich wirksam bleiben, sofern sie nicht erfolgreich angefochten werden. Diese Anfechtung hat innerhalb eines Jahres ab Beschlussfassung gerichtlich zu erfolgen, anderenfalls der fehlerhafte Beschluss geheilt ist (§ 7 2.Satz VerG 2002). Eine mangelhafte Einberufung der Mitgliederversammlung verstößt gleichzeitig auch gegen die Einberufungsvorschriften der Vereinsstatuten. Die Schlussfolgerung, dass Einberufungsmängel zur bloßen Anfechtbarkeit eines Beschlusses führen, liegt somit nahe. Im Anlassfall hätte dies zu dem Ergebnis geführt, dass der schwerwiegende Einberufungsmangel nach Ablauf der Jahresfrist nicht mehr anfechtbar und somit geheilt wäre.

Andererseits ist nach dem Vereinsgesetz von der Rechtsunwirksamkeit (Nichtigkeit) eines Beschlusses auszugehen, wenn dies Inhalt und Zweck eines verletzten Gesetzes oder die guten Sitten gebieten (§ 7 2.Satz VerG 2002). Gerade schwerwiegende Einberufungsmängel wie jener des Anlassfalls schienen trotz ihrer Statutenwidrigkeit geeignet, gegen die guten Sitten zu verstoßen.

Der Gesetzgeber hatte weite Konkretisierungen der Rechtsprechung überlassen. Bis dahin blieb die Rechtsfrage, ob bzw. wann schwerwiegenden Verletzungen der Einberufungsvorschriften zur Nichtigkeit von Vereinbeschlüssen führen, vorerst ungelöst.



EINBERUFUNGSMÄNGEL KÖNNEN GEGEN DIE GUTEN SITTEN VERSTOSSEN

Vor diesem rechtlichen Hintergrund hatte der Gerichtshof über die gegenständliche Wahl des Vereinsvorstandes zu entscheiden. Der erkennende Senat sah in der „Nichteinladung“ von beinahe der Hälfte der stimmberechtigten Vereinsmitglieder zu einer beschließenden Versammlung einen besonders schweren Verstoß gegen die Grundsätze des Vereinsrechtes. Auf Grundlage dieser „besondere[n] und grobe[n] Rechtswidrigkeit“ erfolgte die Abstimmung in der bedeutenden Wahl des Leitungsorganes des Vereins. Unter diesen Prämissen sah es der erkennende Senat als geboten an, von der Nichtigkeit eines derartigen Beschlusses auszugehen.

Ergänzend führt der 10. Senat aus, dass Einberufungsmängel nicht notwendigerweise zur Nichtigkeit von Vereinsbeschlüssen führen müssen. Vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber im Vereinsrecht grundsätzlich anfechtbare Beschlüsse vorsieht, wäre insbesondere im Bereich der Verfahrensvorschriften

eine Differenzierung der Einberufungsmängel geboten. Aufgrund des gravierenden Einberufungsmangels im Anlassfall, sah der erkennende Senat jedoch keine weitere Notwendigkeit, zu diesen Differenzierungen näher auszuführen.

INTENSITÄT DES EINBERUFUNGSMANGELS UND BEDEUTSAMKEIT DER ENTSCHEIDUNG ALS ABGRENZUNGSKRITERIEN

Im Anlassfall hatte der OGH über einen kapitalen Einberufungsmangel zu entscheiden. Die vom Mangel betroffene Beschlussfassung betraf die Wahl eines neuen Vereinsvorstandes und ereignete sich am Höhepunkt einer Vereinsstreitigkeit, die dann auch zu einer Abspaltung einer Gruppierung des Vereines führte. Vor dem Hintergrund des Kampfes um die Vereinsleitung erfolgte eine nicht bloß zufällige „Nichteinladung“ der Mitglieder.

Es ist daher verständlich, dass der Gerichtshof weitere Differenzierungen unterlässt, unter welchen Voraussetzungen Einberufungsmängel zur bloßen An-

fechtbarkeit von Vereinsbeschlüssen führen. Der erkennende Senat hält jedoch ausdrücklich fest, dass Einberufungsmängel nicht stets die Nichtigkeit des Beschlusses des Vereinsorgans zur Folge haben müssen. Weiters betont er, dass es sich bei der Wahl eines Leitungsorgans um eine Beschlussfassung in einer „bedeutenden Angelegenheit“ handelt. Aus diesen Hinweisen kann gefolgert werden, dass die Intensität der Rechtsverletzung und die Bedeutung des Beschlussgegenstandes die wesentlichen Kriterien sein werden, nach denen die Rechtsprechung über die Anfechtbarkeit oder die Nichtigkeit eines Vereinsbeschlusses entscheiden wird. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung zu weniger drastisch gelagerten Einberufungsmängeln entwickeln wird.

■ Gernot Fiebiger

FLUCHT IN DEN KONKURS RECHTSMITTEL GEGEN MISSBRÄUCLICHE KONKURSANTRÄGE



Eine Konkursöffnung erfolgt entweder auf Antrag des Schuldners, auf Antrag eines Gläubigers oder von Amts wegen. Dieser Beitrag beleuchtet die Möglichkeit eines Gläubigers, gegen einen missbräuchlichen Konkursöffnungsantrag eines Schuldners vorzu-

gehen. Oftmals kommt es nämlich vor, dass ein Schuldner nicht zahlungsunfähig ist, sondern lediglich versucht, seine Verbindlichkeiten durch Missbrauch des Konkursverfahrens auf einfache Weise los zu werden, obwohl sein Vermögen für die Schuldentilgung ausreichen wür-

de und er langfristig in der Lage wäre, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen.

Jeder Konkursantrag setzt Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung voraus. Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn ein Schuldner seine Zahlungen eingestellt

hat oder wenn er fällige Forderungen in angemessener Zeit nicht erfüllen kann. Überschuldung liegt vor, wenn die Passiva die Aktiva überwiegen und die Fortbestehensprognose negativ ausfällt.

Im Konkursverfahren hätte das Konkursgericht gemäß dem hier geltenden Untersuchungsgrundsatz alle relevanten Umstände von Amts wegen zu erheben. Auch nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes ist eine strenge Prüfung der Zahlungsunfähigkeit unerlässlich, weil es andernfalls jedermann möglich wäre, seine Verbindlichkeiten etwa innerhalb von sieben Jahren (Restschuldbefreiung beim Abschöpfungsverfahren im Privatkonkurs) los zu werden.

Dennoch hat das Konkursgericht gemäß § 69 Konkursordnung auf Antrag des Schuldners den Konkurs „sofort“ zu eröffnen. Strittig ist, wie weit in einem solchen Fall eine Pflicht zur amtlichen Prüfung der Konkursgründe besteht. Es kommt im Allgemeinen nicht zu einer Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, weil diese vorerst als gegeben angenommen wird. Es wird nämlich vermutet, dass ein Schuldner nicht ohne Grund seinen Konkurs anmeldet. Das Konkursgericht prüft in erster Linie also nur seine Zuständigkeit und die Antragsberechtigung des Schuldners sowie, ob die Kosten des Konkursverfahrens voraussichtlich gedeckt sein werden.

Der Konkurs über das Vermögen des Schuldners wird somit ohne genaue Überprüfung der Voraussetzungen eröffnet und mittels Konkursedikts in der Insolvenzdatei öffentlich bekannt gemacht.

Der Antrag des Schuldners entbindet das Konkursgericht aber nicht völlig von seiner Pflicht zur Prüfung der Konkursvoraussetzungen, weil im Einzelfall ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis des Schuldners gegeben sein kann. Wenn das Konkursgericht Bedenken gegen die Richtigkeit der Eröffnungsvoraussetzungen hegt, dann muss es jedenfalls alle für seine Beurteilung erheblichen Tatsachen

von Amts wegen erheben, um einem Missbrauch des Insolvenzverfahrens zur Erlangung einer Schuldbefreiung (z.B. im Zwangsausgleich, Zahlungsplan, Abschöpfungsverfahren) durch einen in Wahrheit solventen Schuldner vorzubeugen. Da der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit jedoch nicht zu bescheinigen hat bzw. diese vorerst als gegeben angenommen wird, sind hier in der Regel die Gläubiger gezwungen, gegen die Konkurseröffnung vorzugehen, wenn sie der Meinung sind, dass der Schuldner nicht zahlungsunfähig, sondern nur zahlungsunwillig ist und sie etwa durch ein Exekutionsverfahren besser gestellt wären als durch das beantragte Konkursverfahren.

Dafür steht allen Personen, deren Rechte durch die Konkurseröffnung berührt werden, das Recht zu, binnen vier Wochen ab öffentlicher Bekanntmachung des Konkurses ein Rechtsmittel (Rekurs) gegen den Konkurseröffnungsbeschluss zu erheben. Darin kann dem übergeordneten Gericht etwa dargelegt und bescheinigt werden, dass der Schuldner langfristig in der Lage ist, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, sodass die Zahlungsunfähigkeit als materielle Konkursvoraussetzung fehlt und die Eröffnung des Konkurses zu Unrecht erfolgte. Da dieser Rekurs jedoch keine aufschiebende Wirkung hat, enden die Wirkungen der Konkurseröffnung (etwa Prozesssperre, Exekutionssperre, Rückschlagsperre) erst mit einer rechtskräftig stattgebenden Rekursentscheidung. Dennoch ist der Rekurs gegen den Eröffnungsbeschluss eine gute Möglichkeit, die Flucht eines Schuldners in den Konkurs zu verhindern, weil damit auch der Untersuchungsgrundsatz wieder bedeutsam wird.

■ Thomas Wutzel



NEUE SCHWELLEN- WERTE GEMÄSS BUNDESVERGABEGESETZ

Seit 30.4.2009 gelten folgende neue Schwellenwerte (vgl. BGBl. II Nr. 125/2009):

- div. zulässige Direktvergaben EUR 100.000,00
- Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge EUR 100.000,00
- Zulässigkeit des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige

Bekanntmachung im Unterschwellenbereich bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen EUR 100.000,00

- Zulässigkeit des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich bei Bauaufträge EUR 1.000.000,00

■ Petra Rindler



BANKGARANTIE - FEHLER BEI DER BEZEICHNUNG DES BEGÜNSTIGTEN

OGH 29.10.2008, 9 OB 24/08G; ECOLIX 2009/72



In einer jüngst ergangenen Entscheidung hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass es sich der Begünstigte selbst zuschreiben hat, wenn er nicht darauf achtet, dass die Garantie den Firmennamen des Begünstigten exakt wiedergibt. Existiert ein Begünstigter nicht mit dem konkreten Wortlaut, wie er in der Garantie genannt ist, liegen die Voraussetzungen für einen form- und fristgerechten Abruf nicht vor.

Die Garantiebank muss sich in einen Streit zwischen dem Auftraggeber und dem Begünstigten über allfällig verein-

barte Abweichungen der Anspruchsvoraussetzungen und somit auch über die richtige Identität des Begünstigten nicht hineinziehen lassen und hat daher auch die mit einer Auszahlung der Garantiesumme verbundenen Risiken nicht zu übernehmen.

ANMERKUNG

Besonders erfreulich ist, dass der OGH mit dieser Entscheidung der bisherigen Praxis Einhaltung gebietet, wonach das Instrument der (Bank-)Garantie vor allem in der Baubranche oftmals ausgenutzt

wurde, um dem auftraggebenden Bau-träger einen „zusätzlichen Gewinn“ zu beschern. Nicht selten behaupten Auftraggeber Mängel, um die ausstän-digen Haftrücklassgarantien ziehen zu können, ohne dass tatsächlich Mängel im Ausmaß der Garantie bestehen. Für die ausführenden Firmen ist es in diesen Fällen oft unmöglich, die zu Unrecht abberufene Garantiesumme zurück zu erlangen. Auch hier wäre eine Rückfor-derung der ausbezahlten Garantie un-möglich geworden, weil über das Ver-mögen des Bau-trägers - glücklicherweise erst nach der Entscheidung des OGH

- ein Konkursverfahren eröffnet wurde. Besonders auffällig war im gegenständlichen Fall, dass der Bauträger (nennen wir ihn „XY GmbH“) im Laufe der Geschäftsbeziehung zur Garantiefirma seinen Firmenwortlaut änderte, zeitgleich aber eine Firma mit dem selben Firmensitz gegründet wurde, deren Firmenwortlaut sich nur dadurch unterschied, dass am Ende des Firmenwortlauts ein Punkt („.“) angefügt wurde (also „XY GmbH.“). Die Garantie wurde auf die „XY GmbH“, also auf die Firma ohne „.“ ausgestellt, dies jedoch zu einem Zeitpunkt, als eine Firma ohne „.“ am Ende des Firmennamens nicht mehr existierte, weil diese den Firmenwortlaut bereits auf einen ganz anderen Namen geändert hatte (nennen wir sie „ABCDE GmbH“).

Dieser Fehler ist der Begünstigten jedoch nicht aufgefallen, was ihr letztendlich zum Verhängnis wurde.

Die Garantiesumme wurde in der Folge sowohl von der „XY GmbH.“ als auch von der „ABCDE GmbH“ wechselseitig abgerufen, sodass die garantiegebende Versicherung mehreren potentiellen Begünstigten gegenüberstand. Die Garantinfirma war daher mit dem Problem konfrontiert, dass keine der abrufenden Unternehmen exakt den in der Garantie genannten Firmenwortlaut hatte und sie daher im Falle der Auszahlung an einen der beiden mit einer Klage des anderen rechnen musste. Die „XY GmbH.“ berief sich darauf, dass sie ja den selben Firmenwortlaut hatte, wie die in der Garantie genannte Begünstigte (dass am Ende des Firmenwortlauts ein „.“ fehlte, ließ sie unter den Tisch fallen bzw. berief sie sich später im Verfahren auf eine mündlich erteilte Zession). Die „ABCDE GmbH“ berief sich darauf, dass sie früher – wenn auch vor Ausstellung der Garantie – exakt den in der Garantie genannten Firmenwortlaut hatte und daher die eigentliche Begünstigte sei.

Der Garantinfirma ist es jedoch nicht zumutbar, in einen Streit über die Identität des Begünstigten hineingezogen zu werden.

Wie der OGH zutreffend festgestellt hat, muss sich der Begünstigte selbst darum kümmern, dass seine eigene Firma in der Garantiefirma korrekt dargestellt ist, sodass eine eindeutige Identifizierung möglich ist. Dieses Mindestmaß an Sorgfalt ist jedenfalls zumutbar, weil der Begünstigte später auch Rechte aus der Garantie ableiten möchte. Das Risiko der korrekten Bezeichnung des Begünstigten kann und darf nicht auf die Garantinfirma – welche meist weder das Vertragsverhältnis noch die Hintergründe dazu kennt – überwältigt werden. Die Garantinfirma ist auch nicht Vertragspartnerin des Werkvertrages. Es wäre Sache der Vertragspartnerin aus dem Werkvertrag gewesen, welcher das Identifizierungs- und Verwechslungsproblem bereits im Zeitpunkt des Erhalts der Garantie erkennbar war, eine Klarstellung herbeizuführen und aufzuzeigen, dass ihr Firmenwortlaut nicht mehr „XY GmbH“, sondern nunmehr „ABCDE GmbH“ lautet. Bereits zu diesem Zeitpunkt hätte sie von ihrem Vertragspartner die Ausstellung einer neuen Garantie mit richtiger Firmenbezeichnung verlangen sollen. Dieses Versäumnis hat dazu geführt, dass keine wirksame Garantiefirma zustande gekommen ist.

■ Petra Rindler



IMPRESSUM

Herausgeber,
Medieninhaber und Verleger:
PFLAUM KARLBERGER
WIENER OPETNIK
Rechtsanwälte

Für den Inhalt verantwortlich:
Petra Rindler

Fotos: Roland Unger

Gestaltung: drevseiterweiter GmbH

Unsere Beiträge wurden sorgfältig ausgearbeitet, können jedoch im Einzelfall individuelle Beratung nicht ersetzen. Wir übernehmen daher keine Haftung für die Richtigkeit.

PFLAUM KARLBERGER
WIENER OPETNIK
Rechtsanwälte

Nibelungengasse 1, 1010 Wien
Telefon (+43-1) 587 63 68
Telefax (+43-1) 586 78 08
eMail pkp@pkp-law.at
UID-Nummer ATU10519401