



1100 Wien, Clemens-Holzmeister-Straße 6

**An das
Bundesministerium für Justiz**

**Museumstraße 7
1070 Wien**

ÖBB-Holding AG

Dr. Katharina Günther
Leiterin Konzernrecht
und Vorstandssekretariat

Tel. +43/1/93000/44090

Fax +43/1/93000/44091

E-Mail: katharina.guenther@oebb.at

per E-Mail: team.z@bmj.gv.at

cc : begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 20.04.2012

GZ Z7.052/0018-I 2/2011

**Ministerialentwurf für ein Zahlungsverzugsgesetz – ZVG
Begutachtungsverfahren**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der ÖBB-Konzern unterstützt die von der „Interessensgemeinschaft der Sektoren-AG“ erarbeitete, Ihnen gesondert zugehende Stellungnahme zum Ministerialentwurf für ein Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Unternehmensgesetzbuch, das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz und das Verbraucherkreditgesetz geändert werden (Zahlungsverzugsgesetz – ZVG) und bezieht darüber hinaus im Detail wie folgt Stellung:

Laut Erläuterungen zu **§ 907a Abs 2 dritter Satz ABGB** trägt der Schuldner die Beweislast dafür, dass eine Verzögerung im Bereich der Gläubigerbank eingetreten ist. Unklar erscheint, ob es demnach für das Abwenden der Verzugsfolgen ausreicht, wenn der Schuldner beweisen kann, dass in dem ihm zuzurechnenden Bereich keine Verzögerung eingetreten ist.

Im Rahmen der Begutachtung werden **zwei Varianten der Verzugszinsenregelung** (Basiszinssatz oder Bezugzinssatz) zur Diskussion gestellt. Unseres Erachtens ist der Bezugzinssatzvariante der Vorzug zu geben, da bei der Basiszinssatzvariante – wie das in den Erläuterungen angeführte Beispiel zeigt – der unrunde Zusatzwert zur Sicherstellung der Richtlinienkonformität immer zu Lasten der Schuldner aufgerundet wird.

Laut Erläuterungen zu **§ 456 UGB** bestimmt sich der Begriff „Verzögerung“ nach **§ 1334 ABGB**. Diese Gesetzesstelle (einschließlich ihrer Erläuterungen/RV ZinsRÄG) behandelt zahlreiche praxisnahe Fallkonstellationen, lässt jedoch zumindest folgende Punkte im Zusammenhang mit „Rechnungen“ offen bzw. klärt sie nicht deutlich genug:

1. Nur eine vollständige, den gesetzlichen Erfordernissen (§ 11 UStG) entsprechende und vor allem prüffähige Rechnung sollte die Zahlungsfrist auslösen. Das Legen einer

Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft, FN 247642f, Handelsgericht Wien, DVR 2111136,
UID ATU58031338

. /2

..

unüberprüfbaren, unschlüssigen Rechnung kann wohl nicht die Zahlungsfrist auslösen. Insbesondere bei Bauverträgen besteht die Rechnung aus vielen Bestandteilen, welche im Zuge des Baugeschehens zu erstellen und abzustimmen sind (insbesondere Feldaufnahmen, Abrechnungspläne, Aufmassblätter, usw.). Unvollständige bzw. nicht prüfbare Rechnungen sollten daher zurückgewiesen werden können bzw. sollte zumindest die Prüffrist ausgesetzt werden können. Die Voraussetzung „Vollständigkeit und Prüfbarkeit der Rechnung“ sollte somit ausdrücklich im Gesetz Eingang finden.

2. Überdies ist nach **§ 1334 ABGB** der „Eingang der Rechnung“ nur dann relevant, wenn die Forderung der Höhe nach noch nicht feststeht. Eine derartige, von der Richtlinie offenbar nicht geforderte, differenzierende Regelung „im Interesse des Gläubigers“ ist für Großunternehmen nicht praxistauglich und angesichts der durch die neue Zahlungsverzugsrichtlinie geschaffenen Rechtslage keinesfalls akzeptabel. Ist eine Rechnungslegung vertraglich vereinbart bzw. üblich, sollte in jedem Fall und „ohne inhaltliche Differenzierung“ (auch) auf den Rechnungszugang abgestellt werden.

Zu diesen beiden Themen haben wir folgende Überlegungen angestellt:

Leistet ein Unternehmer an einen Unternehmer, dann ist er gemäß § 11 UStG verpflichtet, über die Leistung eine Rechnung auszustellen. Der Leistungsempfänger kann einen Vorsteuerabzug nur dann geltend machen, wenn er über die erhaltene Leistung eine Rechnung erhalten hat (§ 12 Abs 1 Z 1 UStG), wobei die Rechnung auch bestimmte Formerfordernisse zu erfüllen hat. Diese Rechnungslegungspflicht gilt auch dann, wenn der Unternehmer an eine juristische Person leistet, die nicht Unternehmer iSd § 2 UStG ist (insbesondere Körperschaften des öffentlichen Rechts). Der Anspruch auf eine formrichtige Rechnung ist zivilrechtlich durchsetzbar.

Fälligkeit der Geldschuld und Zahlungsverzug des (Geld-)Schuldners setzt gemäß § 1334 ABGB grundsätzlich voraus, dass der (Geld-)Gläubiger (Auftragnehmer/Verkäufer) seine Leistung vertragsmäßig erbracht hat und der (Geld-)Schuldner (Auftraggeber/Käufer) den vertraglichen oder gesetzlich vorgesehenen Zahlungstermin nicht einhält.

Wann Fälligkeit der Geldschuld und Zahlungsverzug vorliegt, bestimmt sich gemäß § 1334 ABGB

- entsprechend der vertraglichen Vereinbarung (Vorrang der vertraglichen Vereinbarung), oder wenn eine solche nicht besteht
- hat der (Geld-)Schuldner seine Leistung bei vertragsgemäßer Erbringung der Gegenleistung ohne unnötigen Aufschub
 - nach der Erfüllung durch den (Geld-)Gläubiger, oder
 - wenn die Parteien ein solches Verfahren vereinbart haben, nach der Abnahme oder Überprüfung der Leistung des (Geld-)Gläubigers, oder
 - wenn die (Geld-)Forderung der Höhe nach noch nicht feststeht, nach dem Eingang der Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung zu erbringen.

§ 1334 ABGB sieht, ebenso wie die mit dem ZVG umzusetzende Richtlinie 2011/7/EU in ihrem Art. 3 Abs 1 lit. a (bzw. Art 4 Abs 1 lit. a) vor, dass der (Geld-)Gläubiger seine Leistung vertragsgemäß erbracht haben muss. Die Bestimmung der Richtlinie spricht nicht nur von der Erfüllung der „vertraglichen“, sondern auch den „gesetzlichen Verpflichtungen“. Da § 1334 ABGB gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden muss, gehen wir davon aus, dass eine Fälligkeit nur eintreten kann und die gesetzlichen Zinsen nur dann zu laufen beginnen, wenn der (Geld-)Gläubiger seine „vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen“ erfüllt hat.

Weiters tritt auch dann keine Fälligkeit ein und beginnen die gesetzlichen Zinsen nicht zu laufen, wenn dem (Geld-)Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht (Zurückbehaltungsrecht), z.B. gemäß § 1052 ABGB, zusteht und er dieses ausübt. Das entspricht dem Grundsatz, dass der (Geld-)Schuldner in solchen Fällen nicht in Verzug geraten kann.

§ 11 UStG wirkt sich unseres Erachtens auf das zivilrechtliche Entstehen einer Zahlungsverpflichtung und deren Fälligkeit grundsätzlich **nicht** aus. Damit gilt bereits nach der derzeitigen Rechtslage (§ 1334 ABGB wird ja durch den Entwurf des ZVG nicht geändert): Will der (Geld-)Schuldner in Fällen, die von den in § 1334 Satz 2 ABGB angeführten Tatbeständen abweichen – also z.B. auch dann, wenn die Höhe der (Geld-)Forderung bereits feststeht (z.B. durch Pauschalpreis) – und das Entstehen einer Zahlungsverpflichtung und der Fälligkeit der Geldforderung vom Einlangen einer dem § 11 UStG entsprechenden Rechnung und deren Prüfung abhängig machen, so muss dies vertraglich vereinbart werden.

Fraglich ist jedoch, ob durch den vorgeschlagenen **§ 457 Abs 3 UGB**, die nach der derzeitigen Gesetzeslage für einen öffentlichen Auftraggeber bzw. öffentlichen Auftraggeber als Sektorenauftraggeber bestehende Möglichkeit, im Wege einer vertraglichen Vereinbarung festzulegen, dass das Entstehen einer Zahlungsverpflichtung und der Fälligkeit der Geldforderung vom Einlangen einer dem § 11 UStG entsprechenden Rechnung und deren Prüfung – unabhängig davon, ob die Höhe der Geldforderung bereits von vornherein feststeht oder nicht – abhängig ist, abgeschnitten wird.

Der vorgeschlagene Wortlaut des **§ 457 Abs 3 UGB** ist – richtlinienkonform – sehr weit gefasst. In den erläuternden Bemerkungen findet sich u.a. folgende Feststellung: *„Durch die Bestimmung werden beispielsweise solche Vereinbarungen ausgeschlossen, durch die die Frage des Rechnungseingangs unabhängig von den tatsächlichen Geschehnissen fiktiv festgelegt oder an bestimmte sachfremde Voraussetzungen geknüpft wird; aber auch andere Ausprägungen solcher unzulässiger Vereinbarungen über den Rechnungseingang sind denkbar. Zulässig sind freilich etwa vertragliche Bestimmungen darüber, an welche Stelle innerhalb des öffentlichen Auftraggebers die Rechnung zu richten ist.“*

Den Erwägungsgründen zur RL 2011/7/EU sind zum dortigen Art 4 Abs 3 lit. b leider keine Erläuterungen zu entnehmen.

Unseres Erachtens kann aufgrund der o. a. erläuternden Bemerkungen zu **§ 457 Abs 3 UGB** sowie gemäß Art 3 Abs 1 lit. a (bzw. Art 4 Abs 1 lit. a) der RL 2011/7/EU auch ein öffentlicher Auftraggeber bzw. ein öffentlicher Auftraggeber als Sektorenauftraggeber im Wege einer vertraglichen Vereinbarung das Entstehen einer Zahlungsverpflichtung und der Fälligkeit der Geldforderung von gewissen Umständen abhängig machen, so lange er

- für das Entstehen der Zahlungsverpflichtung auf „tatsächliche Geschehnisse“ im Rahmen der Vertragsabwicklung (und nicht auf „sachfremde Voraussetzungen“) abstellt, wie z.B. den Zeitpunkt der tatsächlichen Lieferung des Vertragsgegenstandes oder die Erfüllung der vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen (insbesondere hinsichtlich des Vertragsgegenstandes) des (Geld-) Gläubigers (Auftragnehmers), deren Vorliegen z.B. im Wege einer vertraglich vereinbarten Abnahmeprüfung – wobei die Frist für deren Durchführung höchstens 30 Tage ab Lieferung bzw. Leistungserbringung betragen darf (§ 458 UGB) – überprüft wurde, und
- die vereinbarte Zahlungsfrist 30 Tage (z.B. ab dem Eingang der Rechnung beim Auftraggeber) nicht überschreitet (§ 457 Abs 1 UGB), und
- für das Entstehen der Zahlungsverpflichtung auf die Erfüllung ihm nach dem Gesetz zustehender Rechte durch den (Geld-)Gläubiger (Auftragnehmer) abstellt, wie dies z.B. in § 11 UStG betreffend Rechnungen der Fall ist.

Aus Gründen der Rechtssicherheit bedürfen die oben behandelten Themen einer gesetzlichen Regelung, zumindest jedoch einer eingehenden Erläuterung durch den Gesetzgeber.

Der aktuelle Entwurf liefert keine Erklärung, weshalb auf eine nationale Umsetzung des **Artikels 4 Abs 4 der Richtlinie 2011/7/EU** verzichtet wird.

Eine **Verbandsklage** hinsichtlich Vertragsbestimmungen von öffentlichen Auftraggebern (§ **461 UGB**) **wird abgelehnt**. Vergaberechtswidrigkeiten (wie z.B. rechtswidrige Bestimmungen in Ausschreibungsunterlagen) sind derzeit durch Nachprüfungsbehörden und nicht durch Zivilgerichte zu beurteilen. Durch den Vorschlag wären für den Rechtsschutz während eines Vergabeverfahrens künftig auch ordentliche Gerichte zuständig. Dies würde zu einer untragbaren Doppelgleisigkeit und damit zu einer Vergabeverfahren weiter verzögernden Rechtsunsicherheit führen.

Der Entwurf sieht ein Inkrafttreten des Gesetzes mit **1. Dezember 2012** vor. Die Umsetzungsfrist der Richtlinie endet jedoch erst am **16. März 2013**. Der frühzeitige Umsetzungstermin erscheint im Hinblick auf die deshalb zu erwartenden Liquiditätsverluste als überschießend. Schon alleine um die Zahlungsabläufe großer Auftraggeber zu ändern, wäre eine **volle Ausschöpfung der Frist wünschenswert**. Große Unternehmen, wie auch der ÖBB-Konzern, haben nämlich aus Optimierungsgründen schon seit langem **wöchentliche Zahltag** eingeführt. Diese Praxis sollte – alleine schon aus Kostengründen – beibehalten werden können. Ohne (wünschenswerte) explizite Festlegung des Gesetzgebers könnte dies jedoch öffentlichen Auftraggebern bzw. öffentlichen Auftraggebern als Sektorenauftraggeber verwehrt sein. Die entsprechende Anpassung bzw. gegebenenfalls völlige Neugestaltung der Abläufe erfordern eine ausreichende Vorbereitungszeit. Der nationale Gesetzgeber wird ersucht, dies bei der Festlegung des Termins für das Inkrafttreten zu berücksichtigen. Wir



regen somit an, mit der Umsetzung der Richtlinie bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist (März 2013) zuzuwarten.

Es wird höflich um Berücksichtigung dieser Stellungnahme ersucht.

Mit freundlichen Grüßen
Für die ÖBB-Holding AG

Dr. Katharina Günther e.h.