jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2005/6/8 7Ob40/05s

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 08.06.2005

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, Dr. Hoch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Helmut G*****, vertreten durch Dr. Peter Bernhart, Rechtsanwalt in Klagenfurt, gegen die beklagte Partei C***** GmbH, ***** vertreten durch Dr. Wilfried Aichinger und andere Rechtsanwälte in Villach, wegen EUR 97.672,29 sA, über die Rekurse der klagenden und beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht vom 8. November 2004, GZ 5 R 125/04y-40, womit das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt vom 12. Mai 2004, GZ 24 Cg 46/02z-35, aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Den Rekursen der klagenden und beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Im Jahr 2000 beauftragte die M***** GmbH (in der Folge M*****), Niederlassung S*****, im Rahmen eines turn key (schlüsselfertigen) Projektes die E***** (in der Folge EK) hinsichtlich 150 vorgegebener Suchkreise mit der Akquisition, Planung und den Behördenwegen sowie den Bau von neuen Mobilfunkstationen in B*****, Deutschland. M***** sucht die Standorte, an denen Sendeanlagen, um gewisse Straßenzüge zu versorgen, errichtet werden könnten aus. Ein Suchkreis wird so definiert, dass für den potentiellen Standort die Objekte fotografiert und auf diese Art vorgegeben werden.

Die E***** beauftragte die Beklagte als Subunternehmerin mit den von M***** übernommenen Arbeiten. Ausgenommen wurden die Bauarbeiten. Die Beklagte ihrerseits erteilte hinsichtlich der Akquisitionstätigkeit bis einschließlich der bautechnischen Begehung und Erledigung der damit in Zusammenhang stehenden Behördenwege den (Sub)Auftrag an den Kläger, der aber gleich darauf verwies, dass er wegen gesundheitlicher Probleme die Arbeiten an andere Personen vergeben müsse. Der Kläger betrieb dieses Geschäft seit 1998 für den Bereich Österreich. Die Parteien unterfertigten am 29. 9./2. 10. 2000 eine Vereinbarung, die als „Werkvertrag" bezeichnet wurde. Darin war unter anderem geregelt:

„1. Leistungsumfang:

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, für den Auftraggeber für die dem Auftragnehmer vom Auftraggeber übergebenen Suchkreise für Telekommunikationsanlagen, die Leistungen jeweils auf eigenes wirtschaftliches und

rechtliches Risiko zu erbringen:

Die zu erbringenden Leistungen richten sich vor allem nach dem Handbuch der Akquisiteure der Firma M***** Dokument Nr ....und den Vorgaben des Kunden des Auftraggebers.

Danach hat der Auftragnehmer eine Berichts- und Dokumentationspflicht gegenüber dem Auftraggeber, welche sich nach den Spezifikationen des Auftraggebers richten.

Als Ergebnis der Tätigkeit des Auftragnehmers müssen die geforderten Leistungen an den Auftraggeber und seinen Kunden soweit erbracht worden sein, dass an einem geplanten Standort eine Telekommunikationsanlage verwirklicht werden kann.

Der Auftragnehmer erbringt die Ergebnisse selbständig, ist an keine Arbeitszeit gebunden und verwendet dafür eigene Betriebsmittel.

Voraussichtlich sind vom Auftragnehmer vorerst 150 Suchkreise nach diesen Vorgaben zu bearbeiten.

2. Dienstort

Der Auftragnehmer ist an keinen Dienstort gebunden.

3. Konkurrenzverbot

Während der Dauer der vereinbarten Tätigkeit unterliegt der Auftragnehmer keinem Konkurrenzverbot. Er ist berechtigt, Aufträge für ähnlich geartete Tätigkeiten auch von anderen Auftraggebern anzunehmen und für diese auszuführen.

4. Honorar

Der Auftraggeber bezahlt dem Auftragnehmer für die von ihm zu erbringende Werkleistung nach dessen Fälligkeit einen Betrag von ATS 28.000 pro abgearbeiteten Suchkreis. Durch diesen Betrag werden alle Aufwände des Auftragnehmers abgedeckt. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber hierüber eine Honorarnote zu erstellen.

Ein Suchkreis gilt dann als vollkommen abgearbeitet, wenn ein Standort in den jeweiligen Suchkreis und die dazu vollständig erbrachten Leistungen des Auftragnehmers durch M***** akzeptiert worden sind.

...

Über das vereinbare Honorar hinaus hat der Auftragnehmer keinen Anspruch auf Sonderzahlung, Abfertigung, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub usw.

Der Auftragnehmer erhält für die Anzahl von 50 Suchkreisen einen Betrag von ATS 5.000 pro Suchkreis als Vorschuss. Dieser Vorschuss wird nach Ablieferung der geforderten Rückläufe für den jeweiligen Suchkreis ausgezahlt. Die Auszahlung dieser Vorschussleistung ist vom Auftraggeber auch vor Erbringung der Rückläufe zu diesen 50 Suchkreisen jederzeit, ohne Angabe von Gründen widerrufbar.

5. Abgaben und Sozialversicherung

Da es sich bei der gegenständlichen Vereinbarung um einen Werkvertrag handelt, unterliegt die Versteuerung des Honorars dem Auftragnehmer.

Für die Abfuhr von Sozialversicherungsbeiträgen bzw den Abschluss einer eventuellen Pflichtversicherung hat der Auftragnehmer selbst zu sorgen.

...

6. Vertretungsbefugnis

Der Auftragnehmer ist berechtigt, sich geeigneter Vertreter oder Gehilfen zu bedienen. ...

7. Weisungsfreiheit

Ein Weisungsrecht des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer besteht mit Ausnahme von sachlichen Weisungen nicht.

8. Beendigung des Werkvertrages.

Der Auftraggeber und der Auftragnehmer sind beiderseits berechtigt, mit sofortiger Wirkung das Vertragsverhältnis für

beendet zu erklären. Insoweit jedoch eine solche Beendigung des Vertragsverhältnisses für den Auftraggeber einen Schaden herbeizuführen geeignet ist und es dem Auftragnehmer zumutbar ist, zur Abwendung eines derartigen Schadens das Vertragsverhältnis noch während einer angemessenen Frist fortzusetzen, ist er dazu auch verpflichtet, widrigenfalls allfällige Ansprüche aus dem Titel des Schadenersatzes gegen ihn gestellt werden können.

...."

Der Kläger beauftragte zwei selbständig tätige Akquisitionsteams bestehend einerseits aus Dr. Herbert H***** und Petra H***** und andererseits aus Renate W***** und Gabriele G*****. Der Kläger vereinbarte mit den Akquisiteuren seinerseits pro Suchkreis ein Entgelt von S 20.000 zu bezahlen. Es war klar, dass die von ihm beschäftigten Personen die Arbeit im Rahmen ihrer selbständigen Tätigkeit erbringen würden. Es sollte sich um eine vollkommen freiberufliche Tätigkeit handeln, was bedeutete, dass für sämtliche Kosten und Nebenspesen die Akquisiteure selbst aufzukommen hatten (Telefon, Auto, Wohnung, Versicherung udgl).

Die Tätigkeit des Akquisiteurs beginnt, dass man ihm den Suchkreis bekannt gibt. Er macht den Eigentümer des Objektes für einen geeigneten Standort ausfindig und versucht mit ihm eine Einigung zu erzielen, für die es einen Mustervertrag gibt. Änderungen sind mit dem Mobilfunkbetreiber zu besprechen. Wenn der Eigentümer einverstanden ist, hat der Akquisiteur die Örtlichkeit mit Fotos zu dokumentieren, damit der Planer seine Arbeit verrichten kann. Es sind auch die entsprechenden Grundbuchs- und Firmenbuchauszüge beizuschaffen. Der Funknetzbetreiber schließt mit den jeweiligen Eigentümern Nutzungsverträge auf Basis von Jahresmietverträgen ab. Bei der bautechnischen Begehung wirkt der Akquisiteur noch mit. Eine „Toderklärung" (d.h. Aufgabe) eines Suchkreises kann nur der Mobilfunkbetreiber machen. Es wird firmenintern entschieden, ob der Suchkreis erweitert oder verlegt wird. Wenn die Verträge beidseits unterfertigt sind und die Baubehörden das Bauvorhaben bewilligt haben, ist die Tätigkeit des Akquisiteurs beendet.

Am 28. 9. 2000 übergab ein Mitarbeiter der E***** direkt an den Kläger und seine vier Akquisiteure die erste Tranche von 50 Suchkreisen, von denen allerdings nur 27 konkretisiert waren. 21 Suchkreise erhielt das Akquisitionsteam W*****/G*****, 6 H*****/H*****. Hinsichtlich der restlichen 23 Suchkreise gab es lediglich eine Liste mit dem Namen der Orte; insoweit war klar, dass erst die Funknetzplaner im Zuge der Besichtigungen mit den Akquisiteuren Näheres bekannt geben würden.

Allen Beteiligten war klar, dass die Akquisitionsarbeit so schnell wie möglich zu erledigen war. Präzisere Vorgaben gab es zunächst nicht. Das Team W*****/G***** begann die Arbeit bereits am 28./29. 9. 2000, das andere Akquisitionsteam erst am 4. 10. 2000. Jeweils einem aus dem Team übergab Andreas R***** von der Beklagten das Handbuch für Akquisiteure, was der Vorgabe von M***** entsprach. Nach Meinung des Teams H*****/H***** endete der Aufgabenkreis allerdings mit dem Vertragsabschluss, die technische Begehung sollte von der Akquisitionstätigkeit nicht mehr umfasst sein.

Als die Beklagte vor Ort eine Zweigniederlassung gründete, war Andreas R***** mit der Projektleitung „Akquisition von Standorten für neue Mobilfunkstationen" seit 9. 10. 2000 beauftragt. Er war der Anspruchspartner für den Kläger und die Akquisiteure.

Die Zusammenarbeit zwischen Andreas R***** und den Akquisitionsteams des Klägers funktionierte von Beginn an nicht gut. Die von Andreas R***** dargelegten Arbeitsvorgaben wurden vom Beginn an von den Akquisitionsteams nicht widerspruchslos zur Kenntnis genommen.

Mit E-Mail vom 9. 10. 2000 teilte der Kläger dem Prokuristen der Beklagten mit, dass von den gewünschten Zielobjekten, die von M***** bekanntgegeben worden waren, mehrheitlich eine Absage gekommen sei und die Akquisiteure nichts mehr unternehmen könnten, weil von M***** das Gebiet bzw der Suchkreis neu angeschaut werden müsste. Es sei dringend ein Gespräch mit M***** zu führen.

Am 17. 10. 2000 erstattete das Team W*****/G***** zu den übernommenen Suchkreisen einen Statusbericht an den Kläger mit dem auf den Seiten 20 bis 21 des Ersturteiles festgestellten Inhalt. Am selben Tag erstattete der Kläger den ersten Statusbericht an die Beklagte, der aber Andreas R***** nicht zukam.

Am 20. 10. 2000 fand bei der E***** eine Besprechung statt, an der der Kläger, der Prokurist und der Geschäftsführer der Beklagten sowie Andreas R***** teilnahmen. Es wurde festgehalten, dass derzeit Objekte von der Funknetzplanung vorgegeben werden würden und dann, wenn die Absage des Eigentümers käme, keine Alternative

möglich wäre. Es wäre geplant zu erreichen, dass die Suchkreise ohne Objekte ausgegeben würden. Die Akquisiteur müssten in Zukunft generell mindestens drei Alternativen mit Panoramafotos aufnehmen, um sie einer Bewertung durch die Funknetzplaner zu unterziehen. Hinsichtlich der Alternativen sollten die Akquisiteure selbständig tätig werden. Von den Akquisiteuren wären daher drei Rückläufe zu erbringen. Das Akquisitionsteam Dr. H*****/H***** stellte sich dem Kläger gegenüber auf den Standpunkt, dass die Aufnahme von drei Alternativen reine Theorie und unsinnige Arbeit wäre.

Am 25. 10. 2000 übermittelte Andreas R***** den Akquisiteuren des Klägers eine schriftliche Vorgabe betreffend den Akquisitionsablauf. Am 26. 10., 5. 11. und 9. 11. 2000 erstattete der Kläger an Andreas R***** jeweils Statusberichte mit den aus den Seiten 31 bis 85 des Ersturteiles ersichtlichen Inhalten.

Schon nach ungefähr zwei Wochen bemerkte Andreas R*****, dass er keine Ergebnisse geliefert erhielt und dass die Akquisiteure nicht schon vor ihm die Suchkreise bereist hatten. Als er beim Kläger nachfragte, wurde er seines Erachtens immer wieder vertröstet. Die Beklagte musste reagieren, ohne ihren Kunden allzu sehr auf die Verspätung aufmerksam zu machen. Aus diesem Grund beschäftigte die Beklagte ab 13.11.2000 das Akquisitionsteam Andrea und Petra L*****. Der Auftraggeber der Beklagten (E*****) drängte, weitere Leute einzustellen, um die Arbeiten endlich voranzutreiben. Durch das Verhalten der Akquisiteure des Klägers war das Projekt stark gefährdet und es war nicht zu erwarten, dass von M***** neue Suchkreise ausgegeben würden. E***** drohte der Beklagten, ihr den Auftrag überhaupt zu entziehen. Die Beklagte entzog nun dem Kläger immer wieder Suchkreise.

Mit E-Mail vom 8. 11. 2000 informierte Andreas R***** die Beklagte davon, dass das Team W*****/G***** und Dr. H***** gesagt hätten, dass sie nicht gewillt wären, 80 km zu fahren, nur um drei Alternativen aufzunehmen. Sie würden dies nicht machen und man solle eine Entscheidung treffen, ob diese Leute weiter beschäftigt werden sollten.

Am 14. 11. 2000 entzog Andreas R***** dem Akquisitionsteam W*****/G***** konkret genannte Suchkreise und übergab sie den Geschwistern L*****.

Mit E-Mail vom 17. 11. 2000 ersuchte Andreas R***** aufgrund einer Vorgabe von M***** Dr. H***** und Renate W*****, das heißt also beide Akquisitionsteams, ihm bis 20. 11. bestimmte Unterlagen beizubringen, da ab sofort diese Daten von der E***** bei jedem Suchkreis verlangt würden.

Bei einer Sitzung vom 22. 11. 2000 mit den Akquisiteuren wurde festgehalten, dass die Akquisitionsteams des Klägers den von Andreas R***** vorgegebenen Akquisitionsabläufen folgen sollten. Am 23. 11. 2000 ersuchte Andreas R***** Renate W***** um Einstellung der Akquisitionstätigkeit betreffend eines bestimmten Suchkreises, mit E-Mail vom 29. 11. 2000 betrieb er bei Dr. H***** die Vorlage diverser Unterlagen und wies auf verschiedene Mängel in bisherigen Unterlagen hin. Am 30. 11. 2000 wurde (diesem) ein weiterer Suchkreis entzogen.

Am 5. 12. 2000 erklärte Andreas R***** dem Kläger in einem Brief:

„Aufgrund der bisherigen für uns äußerst unzufriedenstellenden Zusammenarbeit und Ihrer mangelhaften Leistungsübermittlung fordern wir Sie auf, jegliche weitere Akquisitionstätigkeit bei den an Sie übergebenen Suchkreisen (Projekt M*****) ab sofort einzustellen. ..."

Da der Kläger dagegen mit E-Mail vom 6. 12. 2000 remonstrierte, teilte die Beklagte mit Brief vom 11. 12. 2000 unter Bezugnahme auf die Mitteilung von Andreas R***** mit, dass sie das Vertragsverhältnis gemäß Punkt 8 des Vertrages mit sofortiger Wirkung für beendet erkläre.

In dieser Branche hängt der Lohn von der Realisierung des Vertrages ab. Es wird in dem Fall, dass ein Projekt erst bei der Baubehörde scheitert, auch kein Honorar bezahlt. Die gesamte interne Kalkulation ist auf der Überlegung aufgebaut, dass das Risiko, dass aus welchen Gründen immer ein Standort nicht umgesetzt wird, einkalkuliert ist. Das Team W*****/G***** vertrat die Ansicht, dass das Suchen nach Alternativen reine Beschäftigungstherapie sei. Die Akquisiteure forderten immer wieder Handys und Visitenkarten. Es war aber mit der Beklagten nicht vereinbart, dass diese das Gewünschte den Akquisiteuren zur Verfügung stellte. Die Teams weigerten sich auch, geforderte Unterlagen zu übergeben. Der von der Beklagten gewünschte Ablauf wurde von den Akquisitionsteams nicht akzeptiert und eingehalten.

Letztlich wurden 21 der 50 Suchkreise von M***** „zurückgezogen", vier davon bereits im Jahr 2000, die weiteren ab Mai 2001. Bei 19 Suchkreisen vermittelten die Geschwister L***** ausschließlich durch eigene Arbeit Vertragsabschlüsse. Bei weiteren 10 Vertragsabschlüssen konnten sie auf den Vorarbeiten der Akquisiteure des

Klägers aufbauen. Insgesamt behielt die Beklagte dafür vom Entgelt des Teams L***** EUR 4.750 ein.

Der Kläger begehrt nun das Entgelt für 50 Suchkreise, nämlich S 28.000, abzüglich einer 20 %igen Eigenersparnis zuzüglich 20 % USt. Es sei kein zeitlicher Rahmen für die Erledigung der übernommenen Aufgaben vorgegeben gewesen. Der Kläger wäre in der Lage gewesen, die Suchkreise zu 100 % zu bearbeiten, wenn die Tätigkeit der Akquisiteure nicht von der Beklagten unberechtigterweise unterbrochen worden wäre. In acht Fällen seien Nutzungsverträge abgeschlossen worden, die bereits vom Kläger nahezu fertig ausverhandelt worden seien. Die Auflösung der Werkverträge sei unberechtigt erfolgt. Dessen Punkt 8 sei sittenwidrig. Es sei dem Kläger keine Nachfrist gesetzt worden. Der Kläger habe Anspruch auf angemessenes Entgelt für die bereits erbrachten Leistungen und auf entgangenen Gewinn, zumal der Vertrag von der Beklagten einseitig und schuldhaft aufgelöst worden sei. Wenn man die Vereinbarung als Werkvertrag sehe, stehe ihm gemäß § 1168 ABGB das vereinbarte Entgelt zu, da er leistungsbereit gewesen sei und die Erfüllung aus Gründen auf Seiten der Beklagten unterblieben sei. Es liege aber ohnehin nach dem Inhalt der vertraglichen Regelung ein Dienstvertrag vor, sodass sein Entlohnungsanspruch mit 80 % der zugesicherten Summe anzusetzen sei. Die Beklagte habe die vom Kläger bereits erbrachten Leistungen genutzt, sodass das Klagebegehren auch auf den Titel des Schadenersatzes gestützt werde.Der Kläger begehrt nun das Entgelt für 50 Suchkreise, nämlich S 28.000, abzüglich einer 20 %igen Eigenersparnis zuzüglich 20 % USt. Es sei kein zeitlicher Rahmen für die Erledigung der übernommenen Aufgaben vorgegeben gewesen. Der Kläger wäre in der Lage gewesen, die Suchkreise zu 100 % zu bearbeiten, wenn die Tätigkeit der Akquisiteure nicht von der Beklagten unberechtigterweise unterbrochen worden wäre. In acht Fällen seien Nutzungsverträge abgeschlossen worden, die bereits vom Kläger nahezu fertig ausverhandelt worden seien. Die Auflösung der Werkverträge sei unberechtigt erfolgt. Dessen Punkt 8 sei sittenwidrig. Es sei dem Kläger keine Nachfrist gesetzt worden. Der Kläger habe Anspruch auf angemessenes Entgelt für die bereits erbrachten Leistungen und auf entgangenen Gewinn, zumal der Vertrag von der Beklagten einseitig und schuldhaft aufgelöst worden sei. Wenn man die Vereinbarung als Werkvertrag sehe, stehe ihm gemäß Paragraph 1168, ABGB das vereinbarte Entgelt zu, da er leistungsbereit gewesen sei und die Erfüllung aus Gründen auf Seiten der Beklagten unterblieben sei. Es liege aber ohnehin nach dem Inhalt der vertraglichen Regelung ein Dienstvertrag vor, sodass sein Entlohnungsanspruch mit 80 % der zugesicherten Summe anzusetzen sei. Die Beklagte habe die vom Kläger bereits erbrachten Leistungen genutzt, sodass das Klagebegehren auch auf den Titel des Schadenersatzes gestützt werde.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage im Wesentlichen mit der Begründung, dass der Kläger den Werkvertrag infolge Untätigkeit, unsachgemäßen und zweckwidrigen Vorgehens nicht erfüllt habe. Die Suchkreise seien nicht oder nur mangelhaft bearbeitet worden. Es sei innerhalb der angemessenen Zeit nicht zu den angestrebten Vertragsabschlüssen gekommen. Im Zeitpunkt der Vertragsauflösung sei das Auftragsvolumen von 50 Standorten nur geringfügig „angearbeitet" und kein einziger Vertrag abgeschlossen worden. Die Auftraggeber der Beklagten hätten mit Entzug des Auftrages gedroht, weshalb sich die Beklagte gezwungen gesehen habe, den Rücktritt vom Vertrag bzw die vorzeitige Vertragsauflösung mit sofortiger Wirkung zu erklären. Die Gründe für die Vertragsauflösung lägen ausschließlich in der Sphäre des Klägers. Dem Kläger komme nur insoweit ein Entgelt zu, als von ihm erbrachte Leistungen für die Beklagte von nachhaltigem positiven Nutzen gewesen seien und sie sich durch eigenen Aufwand erspart habe.

Die Beklagte wandte eine Gegenforderung von EUR 100.000 compensando bis zur Höhe des Klagsbetrages für durch die Vorgangsweise des Klägers verursachte Nachteile und Schäden ein. Die Beklagte habe gegenüber der E***** Preisreduktionen und Mehraufwendungen infolge des teilweisen Auftragsentzuges hinnehmen müssen.

Der Kläger bestritt die Gegenforderung.

Das Erstgericht sprach aus, dass die Klagsforderung mit EUR 4.750, die Gegenforderung zumindest in derselben Höhe zu Recht bestünden und das Klagebegehren daher abzuweisen sei. In rechtlicher Hinsicht vertrat es die Ansicht, dass die Parteien einen Werkvertrag abgeschlossen hätten, der gemäß Punkt 8 des Vertragsverhältnisses mit sofortiger Wirkung für beendet erklärt werden könne. Da die Beklagte Gründe für die Auflösung des Werkvertrages bewiesen habe, stelle sich die Frage, ob diese Vereinbarung sittenwidrig sei, nicht. Ähnlich wie bei Dauerschuldverhältnissen könne aus wichtigem Grund, wenn einem Teil die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht zumutbar sei, der Vertrag aufgelöst werden, wobei an den wichtigen Auflösungsgrund ein strenger Maßstab anzulegen sei. Der erste Entzug von Suchkreisen und die damit zusammenhängende teilweise Aufkündigung des Vertrages sei am 14. 11. 2000 erfolgt. Bei einem beispielshaft hervorgehobenen Suchkreis, der am 29. 9. 2000 übergeben worden sei, hätten die Akquisiteure

des Klägers zunächst keine Tätigkeit entfaltet, erst in der Kalenderwoche 46 sei die Mitteilung gekommen, dass alle drei vorgegebenen Alternativen abgelehnt worden seien. Da aber die Vorgabe bestanden habe, es müsse alles möglichst schnell geschehen, und seit 20. 10. 2000 die weitere Vorgabe, dass drei Alternativen aufzunehmen seien, habe die Leistung des Akquisitionsteams nicht der Vereinbarung entsprochen. Andreas R***** habe aufgrund des Drängens der E***** und dem drohenden Auftragsentzug gegenüber der Beklagten gar nicht anders handeln können, als bestimmte Suchkreise zu entziehen. Ähnliche Überlegungen hätten für alle Suchkreise, die zu diesem Zeitpunkt entzogen worden seien, gegolten. Beim Team H*****/H***** sei es offensichtlich nicht so sehr an der mangelhaften Bearbeitung der Suchkreise, sondern an der offen zur Schau gestellten Weigerung gelegen, die Dokumentationsvorgaben zu erfüllen und Alternativen zu suchen. Derartiges stehe aber im Widerspruch zum abgeschlossenen Vertrag. Die vereinbarte Tätigkeit sei im Ergebnis nur dann verwertbar, wenn sie richtig dokumentiert und letztlich vom M***** akzeptiert würde. Auf diesen Erfolg sei es auch vertragsgemäß ausschließlich angekommen. Die Beklagte habe daher die Suchkreise zu Recht entzogen. Die bisher von den Akquisiteuren des Klägers geleistete Tätigkeit aber sei infolge bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung zu honorieren. Der Beklagten sei durch die Tätigkeit der Akquisiteure ein Nutzen in der Höhe von EUR 4.750 entstanden. Die Gegenforderung der Beklagten stehe mit einem Betrag „zwischen ATS 40.000 und ATS 50.000" fest. Schon allein im Hinblick auf die durch das Verhalten der Akquisiteure des Klägers notwendigen vermehrten Fahrten nach Stuttgart sei zumindest ein Schaden in der Höhe von ATS 40.000 entstanden, „der bereits den Bereicherungsanspruch des Klägers übersteigt" (was rein rechnerisch allerdings nicht nachvollziehbar ist).

Das Berufungsgericht hob das erstinstanzliche Urteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es vertrat die Rechtsansicht, dass der zugrunde liegende Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren sei. Es sei zwischen den Parteien kein allgemeines Weisungsrecht des Werkbestellers vereinbart worden, der Werkunternehmer habe sich aber bestimmten Weisungen des Bestellers im Vertrag freiwillig unterworfen. Die Nichtbefolgung der Vereinbarung bzw der zulässigen Anweisungen sei daher als eine Vertragsverletzung aufzufassen, die den Besteller nach Maßgabe des § 918 ABGB zum Rücktritt berechtige. Dem Kläger sei ein Erfolgshonorar zugesichert worden. Trete der vereinbarte Erfolg nicht ein, bestehe kein Anspruch auf Entlohnung für die aufgewendete Mühewaltung. Eine derartige Vereinbarung sei nach § 879 ABGB zulässig und im Maklerrecht üblich. Auch die Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes sei grundsätzlich nicht sittenwidrig, zumal es nicht willkürlich, sondern aus wichtigem Grund ausgeübt worden sei. Gemäß § 918 Abs 1 ABGB könne man aber nur unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten. Da hier kein bestimmter Zeitpunkt für die Fertigstellung der Arbeiten des Klägers für Teilleistungen vereinbart worden sei, liege jedenfalls kein reiner Verspätungsfall vor. Auch bei einem vertraglich vereinbarten Rücktrittsrecht müsse grundsätzlich eine Nachfrist gesetzt werden, da es die Beklagte bei Rücktrittserklärung ohne jede Einschränkung in der Hand hätte, den Kläger um sein Honorar zu bringen, unter Umständen unmittelbar vor dessen Entstehung. Aus dieser Konsequenz heraus sei zu fordern, dass die vertraglich ausbedungene Rücktrittsregelung doch sittenwidrig sei, wenn dem Vertragspartner nicht noch eine Nachholchance eingeräumt werde. Die Beklagte habe aber lediglich eine Rücktrittserklärung an den Kläger gerichtet, ohne ihm eine Nachholchance zu geben, worin eine sittenwidrige Vorgangsweise zu erblicken sei. Daraus folge, dass dem Kläger das vereinbarte Entgelt abzüglich der durch die Vertragsbeendigung ersparten Aufwendungen als Nichterfüllungsschaden zustehe. Er sei gemäß § 920 ABGB so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Das Honorar könne ihm aber nur in jenem Ausmaß gebühren, in dem ihm eine erfolgreiche Abarbeitung der Suchkreise gelungen wäre. Dem Team L***** sei nur die Abarbeitung von 29 von 50 Suchkreisen gelungen. Hinsichtlich der von M***** zurückgezogenen Suchkreise habe dem Kläger jedenfalls kein Entgelt gebührt. Es sei aber noch zu prüfen, welche Anteile vom vereinbarten Entgelt sich der Kläger bei Unterbleiben der Akquisitionstätigkeit im Durchschnitt erspart habe. Im Hinblick auf die besonders hohen Aufwendungen sei nicht davon auszugehen, dass dies bloß 20 % wären. Da aber das Erstgericht aufgrund einer anderen Rechtsansicht dazu kein Beweisverfahren abgeführt habe, sei dies im fortzusetzenden Verfahren zu ergänzen. Zur Gegenforderung führte das Berufungsgericht aus, dass sie zur Zeit noch nicht ausreichend konkretisiert und spezifiziert sei.Das Berufungsgericht hob das erstinstanzliche Urteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es vertrat die Rechtsansicht, dass der zugrunde liegende Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren sei. Es sei zwischen den Parteien kein allgemeines Weisungsrecht des Werkbestellers vereinbart worden, der Werkunternehmer habe sich aber bestimmten Weisungen des Bestellers im Vertrag freiwillig unterworfen. Die Nichtbefolgung der Vereinbarung bzw der zulässigen Anweisungen sei daher als eine

Vertragsverletzung aufzufassen, die den Besteller nach Maßgabe des Paragraph 918, ABGB zum Rücktritt berechtige. Dem Kläger sei ein Erfolgshonorar zugesichert worden. Trete der vereinbarte Erfolg nicht ein, bestehe kein Anspruch auf Entlohnung für die aufgewendete Mühewaltung. Eine derartige Vereinbarung sei nach Paragraph 879, ABGB zulässig und im Maklerrecht üblich. Auch die Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes sei grundsätzlich nicht sittenwidrig, zumal es nicht willkürlich, sondern aus wichtigem Grund ausgeübt worden sei. Gemäß Paragraph 918, Absatz eins, ABGB könne man aber nur unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten. Da hier kein bestimmter Zeitpunkt für die Fertigstellung der Arbeiten des Klägers für Teilleistungen vereinbart worden sei, liege jedenfalls kein reiner Verspätungsfall vor. Auch bei einem vertraglich vereinbarten Rücktrittsrecht müsse grundsätzlich eine Nachfrist gesetzt werden, da es die Beklagte bei Rücktrittserklärung ohne jede Einschränkung in der Hand hätte, den Kläger um sein Honorar zu bringen, unter Umständen unmittelbar vor dessen Entstehung. Aus dieser Konsequenz heraus sei zu fordern, dass die vertraglich ausbedungene Rücktrittsregelung doch sittenwidrig sei, wenn dem Vertragspartner nicht noch eine Nachholchance eingeräumt werde. Die Beklagte habe aber lediglich eine Rücktrittserklärung an den Kläger gerichtet, ohne ihm eine Nachholchance zu geben, worin eine sittenwidrige Vorgangsweise zu erblicken sei. Daraus folge, dass dem Kläger das vereinbarte Entgelt abzüglich der durch die Vertragsbeendigung ersparten Aufwendungen als Nichterfüllungsschaden zustehe. Er sei gemäß Paragraph 920, ABGB so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Das Honorar könne ihm aber nur in jenem Ausmaß gebühren, in dem ihm eine erfolgreiche Abarbeitung der Suchkreise gelungen wäre. Dem Team L***** sei nur die Abarbeitung von 29 von 50 Suchkreisen gelungen. Hinsichtlich der von M***** zurückgezogenen Suchkreise habe dem Kläger jedenfalls kein Entgelt gebührt. Es sei aber noch zu prüfen, welche Anteile vom vereinbarten Entgelt sich der Kläger bei Unterbleiben der Akquisitionstätigkeit im Durchschnitt erspart habe. Im Hinblick auf die besonders hohen Aufwendungen sei nicht davon auszugehen, dass dies bloß 20 % wären. Da aber das Erstgericht aufgrund einer anderen Rechtsansicht dazu kein Beweisverfahren abgeführt habe, sei dies im fortzusetzenden Verfahren zu ergänzen. Zur Gegenforderung führte das Berufungsgericht aus, dass sie zur Zeit noch nicht ausreichend konkretisiert und spezifiziert sei.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei, weil keine Rechtsprechung zur Frage existiere, ob eine Vereinbarung, die bei einem vereinbarten Erfolgshonorar ein Rücktrittsrecht ohne jede Einschränkung vorsehe, sittenwidrig sei. Falls die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung unzutreffend sei, könne es unter Umständen zu einem erheblichen, aber zu vermeidenden Verfahrensaufwand kommen.

Dagegen richten sich die Rekurse der klagenden Partei (mit dem Antrag auf Stattgebung des Klagebegehrens) und der Beklagten (mit dem Antrag auf Wiederherstellung des Ersturteils).

Die Parteien beantragen jeweils, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen, in eventu ihm nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Beide Rekurse sind im Hinblick darauf, dass der Oberste Gerichtshof die Rechtsmeinung des Berufungsgerichtes nicht zur Gänze teilt, zulässig, sie sind aber im Ergebnis (es bleibt bei der Aufhebung) nicht berechtigt.

Der besseren Übersichtlichkeit halber wird zu beiden Rekursen gemeinsam Stellung genommen.

Zunächst ist die Rechtsnatur der zwischen den Parteien abgeschlossenen Vereinbarung zu beurteilen.

Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung ist der Arbeitsvertrag sowohl vom freien Dienstvertrag als auch vom Werkvertrag durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zu unterscheiden. Dabei wurden insbesondere von der Rechtsprechung verschiedene Kriterien erarbeitet, deren Vorhandensein und deren Bedeutung im konkreten Fall zu prüfen sind, und die dann zusammenfassend in einem Gesamtbild darauf zu bewerten sind, ob die für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages geforderte persönliche Abhängigkeit ausreichend begründet ist oder nicht. Diese für das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit sprechenden Merkmale sind vor allem: Weisungsgebundenheit, die persönliche, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, die Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Arbeitgeber zukommt, die funktionelle Einbindung der Dienstleistung in ein betriebliches Weisungsgefüge und die Beistellung des Arbeitsgerätes durch den Dienstgeber. Dabei ist in Lehre und Rechtsprechung ebenfalls unbestritten, dass nicht alle Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit gemeinsam vorliegen müssen und in unterschiedlich starker Ausprägung bestehen können. Entscheidend ist, ob bei einer Gesamtbetrachtung nach der Methodik des beweglichen Systems die Merkmale der

persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen (8 ObA 45/03f, 8 ObA 86/03k je mwN). Bei der Beurteilung der Weisungsunterworfenheit als entscheidendes Kriterium der Fremdbestimmung ist jedoch der Unterschied zwischen persönlichen und sachlichen Weisungen zu berücksichtigen. Sachliche Weisungen kommen auch bei Werkverträgen oder Dauerschuldverhältnissen ohne echten Arbeitsvertragscharakter vor, wobei in vielen Fällen derartige Verträge ohne Weisungen nicht vorstellbar sind. Unter persönlichen Weisungen hingegen versteht man Weisungen, die die persönliche Gestaltung der Dienstleistung zum Gegenstand haben und die, soweit sie berechtigt nach dem Vertragsinhalt erteilt werden, die eigene Gestaltungsfreiheit bei der Erbringung der Dienstleistung weitgehend ausschalten. Gerade die Freiheit von persönlichen Weisungen, also die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbständig zu regeln und jederzeit zu ändern, wird als entscheidendes Kriterium angesehen, das gegen eine persönliche Abhängigkeit spricht (SZ 70/52; 9 ObA 225/91; 8 ObA 45/03f; 8 ObA 86/03k). Der Arbeitnehmer schuldet also eine auf Zeit abgestellte Arbeitsleistung, nicht aber ein bestimmtes Werk oder einen bestimmten Erfolg. Dass der Auftragnehmer berechtigt ist, Hilfspersonen beizuziehen, hindert nicht, den Vertrag als Dienstvertrag zu beurteilen. Eine generelle Vertretungsbefugnis schließt die persönliche Abhängigkeit von Dienstnehmereigenschaften nur dann aus, wenn das Vertretungsrecht tatsächlich genutzt wird oder bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt (8 ObA 45/03f, 8 ObA 86/03k). Für den Arbeitsvertrag wesentlich ist daher eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, welcher hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen ist, oder wenn dieses Verhalten schon im Arbeitsvertrag vorausbestimmt oder unter Heranziehung anderer Regeln bestimmbar ist, zumindest dessen laufender Kontrolle unterliegt (RIS-Justiz RS0021306, RS0021518). Der Arbeitnehmer schuldet also im wesentlichen eine auf Zeit abgestellte Arbeitsleistung, nicht aber einen bestimmten Erfolg. Der Umfang seiner Leistungspflicht bestimmt sich nicht nach einem vorgegebenen quantitativem „Soll". Die Zeit und nicht die Menge ist das Maß der vom Arbeitnehmer geschuldeten Leistung. Der vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer geschuldete Zeitlohn steht daher mit der Arbeitszeit und nicht dem Quantum der konkreten Arbeitsverrichtung in einem synallagmatischen Zusammenhang (RIS-Justiz RS0021299). Für das Vorliegen eines Dienstvertrages ist die Bereitschaft zur Dienstleistung auf bestimmte Zeit ohne von vornherein gegebene Charakterisierung durch den Arbeitserfolg entscheidend. Beim Werkvertrag kann das maßgebliche Ergebnis der Arbeitsleistung nämlich das selbständige Werk, auch im Verein mit anderen erbracht werden. Persönliche Abhängigkeit kann auch bei Werkverträgen erkennbar werden (RIS-Justiz RS0021313). Die rechtliche Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Werkvertrag hängt nicht vom Willen der Parteien oder der Bezeichnung der Vereinbarung ab (RIS-Justiz RS0021330 [T14 und T15]).

Im vorliegenden Fall verpflichtete sich der Kläger zur Erbringung von Akquisitionsleistungen in selbständiger, an keine Arbeitszeit gebundener Weise, unter Verwendung eigener Betriebsmittel, wobei von vornherein klar war, dass der Kläger die Arbeitsleistung nicht selbst erbringen werde, sondern durch von ihm beauftragte Akquisiteure, die ihrerseits - davon geht auch der Kläger aus - als selbständige Unternehmer arbeiten sollten. Der Kläger konnte also selbst entscheiden, wann er welche Arbeiten durchführt. Es wird in diesem Vertrag ein Werk, nämlich die definierte Akquisition und Dokumentation geschuldet und auch vereinbart, wann dieses Werk als vollendet zu gelten und der Werklohn verdient sein soll. Im Vertrag gibt es keinen einzigen Hinweis auf eine primär zeitbezogene Tätigkeit. Im Vordergrund steht der Erfolg der Tätigkeit. Da das Werk bestimmten Anforderungen von M***** entsprechen sollte, gab es wohl eine vorgegebene Struktur des Suchkreises und der Art der Dokumentation, es handelt sich hiebei aber nicht um persönliche, sondern ausschließlich um sachliche Weisungen, die sich auf die Art des Werkes bezogen. Es war kein Konkurrenzverbot vereinbart, auch nicht implizit, da es dem Kläger ja jederzeit möglich gewesen wäre, noch weitere Akquisitionsteams - allenfalls mit Subverträgen - zu beschäftigen. Schon aus dem Begehren des Klägers ergibt sich, dass auch er vom Vorliegen eines Werkvertrages ausgeht, verlangt er doch mit der Klage die Entlohnung nach den übergebenen 50 Suchkreisen, also nach dem ihm in Auftrag gegebenen Werk. Die für die Herstellung des Werkes erforderliche Arbeitszeit wird auch bei seiner Abrechnung nicht berücksichtigt. Den Argumenten des Klägers in der Revision, dass hier doch ein Dienstvertrag vorliegen könnte, ist daher nicht zu folgen.

Sowohl der Werkbesteller als auch der Werkunternehmen haben das Recht zum Rücktritt vom Werkvertrag, wenn sie das Vertrauen in den Vertragspartner wegen dessen treuwidrigen Verhaltens verloren haben, was sich schon ganz allgemein aus § 918 ABGB ableiten lässt (1 Ob 252/98k, RIS-Justiz RS0111147; Reischauer in Rummel, ABGB I^{3}, vor §§ 918 bis 933, Rz 7). Die Bestimmung des § 918 Abs 2 ABGB sanktioniert nicht nur den Leistungsverzug, sondern auch den in der Verweigerung der Zuhaltung von vereinbarten wesentlichen Vertragsbedingungen gelegenen Vertragsbruch, wenn er mit einer schweren Erschütterung des Vertrauens in der Person des Vertragspartners

einhergeht (RIS-Justiz RS0018286).Sowohl der Werkbesteller als auch der Werkunternehmen haben das Recht zum Rücktritt vom Werkvertrag, wenn sie das Vertrauen in den Vertragspartner wegen dessen treuwidrigen Verhaltens verloren haben, was sich schon ganz allgemein aus Paragraph 918, ABGB ableiten lässt (1 Ob 252/98k, RIS-Justiz RS0111147; Reischauer in Rummel, ABGB I³, vor Paragraphen 918 bis 933, Rz 7). Die Bestimmung des Paragraph 918, Absatz 2, ABGB sanktioniert nicht nur den Leistungsverzug, sondern auch den in der Verweigerung der Zuhaltung von vereinbarten wesentlichen Vertragsbedingungen gelegenen Vertragsbruch, wenn er mit einer schweren Erschütterung des Vertrauens in der Person des Vertragspartners einhergeht (RIS-Justiz RS0018286).

Zutreffend haben die Vorinstanzen erkannt, dass eine Sittenwidrigkeit des hier vereinbarten Rücktrittsrechtes schon deshalb nicht in Frage kommt, da es im vorliegenden Fall nicht unbegründet ausgeübt wurde, sondern wegen der einerseits zögerlichen und den Erfolg hinausschiebenden und andererseits mangelhaften Tätigkeit der Akquisitionsteams des Klägers, letztlich wegen der die Vertragserfüllung verweigernden Haltung, sohin aus wichtigem Grund und letztendlich wegen der darin gelegenen schwerwiegenden Erschütterung des Vertrauens in die Vertragserfüllung des Vertragspartners (1 Ob 252/98k, 1 Ob 101/00k, RIS-Justiz RS011147). Der Kläger war nicht zur persönlichen Erbringung des Werkes verpflichtet. Er blieb aber Vertragspartner der Beklagten und war zur Werkherstellung verpflichtet. Er haftet für die von ihm zugezogenen Subunternehmer, die Akqisiteure, gegenüber der Beklagten nach § 1313a ABGB (1 Ob 589/91; 3 Ob 48/04m; Krejci in Rummel, ABGB I3, zu §§ 1165, 1166, Rz 44 und 76).Zutreffend haben die Vorinstanzen erkannt, dass eine Sittenwidrigkeit des hier vereinbarten Rücktrittsrechtes schon deshalb nicht in Frage kommt, da es im vorliegenden Fall nicht unbegründet ausgeübt wurde, sondern wegen der einerseits zögerlichen und den Erfolg hinausschiebenden und andererseits mangelhaften Tätigkeit der Akquisitionsteams des Klägers, letztlich wegen der die Vertragserfüllung verweigernden Haltung, sohin aus wichtigem Grund und letztendlich wegen der darin gelegenen schwerwiegenden Erschütterung des Vertrauens in die Vertragserfüllung des Vertragspartners (1 Ob 252/98k, 1 Ob 101/00k, RIS-Justiz RS011147). Der Kläger war nicht zur persönlichen Erbringung des Werkes verpflichtet. Er blieb aber Vertragspartner der Beklagten und war zur Werkherstellung verpflichtet. Er haftet für die von ihm zugezogenen Subunternehmer, die Akqisiteure, gegenüber der Beklagten nach Paragraph 1313 a, ABGB (1 Ob 589/91; 3 Ob 48/04m; Krejci in Rummel, ABGB I3, zu Paragraphen 1165,, 1166, Rz 44 und 76).

Leistet aber der Kläger als Werkunternehmer verspätet und noch dazu mangelhaft, sodass der Beklagten selbst die Vertragsauflösung durch ihren Auftraggeber E***** droht, so stellt dies zweifellos, und in diesem Punkt vom Kläger gar nicht mehr ernsthaft bestritten, einen wichtigen Grund zur Vertragsauflösung dar.

Grundsätzlich ist der Rücktritt vom Vertrag nur wirksam, wenn er unter Setzung oder zumindest Gewährung einer angemessenen Nachfrist erfolgt. Die Nachfrist soll dem Schuldner ermöglichen, die (mängelfreie) Leistung nachzuholen (vgl RIS-Justiz RS0018395; Reischauer, aaO § 918 ABGB, Rz 10a und 15 mwN). Das Berufungsgericht übersieht aber bei seiner Argumentation, dass es der Setzung einer Nachfrist dann nicht bedarf, wenn der Leistungspflichtige offensichtlich entweder nicht in der Lage ist, die Erfüllung der bedungenen Leistung nachzuholen, oder sich weigert, die Leistung vertragskonform zu erbringen (6 Ob 301/02m; RIS-Justiz RS0018371, RS0018400, RS0018428). Da nach den Feststellungen der Vorinstanzen (durch das Erstgericht noch verdeutlicht in der rechtlichen Beurteilung in S 100f des Ersturteils) aber der wichtige Grund für den Rücktritt vom Vertrag letztlich in einer Weigerung des Klägers bzw seiner Akquisiteure zur vereinbarten Vertragsleistung liegt, bedarf es mangels Leistungsbereitschaft keiner Nachfristsetzung. Es kann sich daher auch in diesem Punkt nicht die Frage der Sittenwidrigkeit stellen.Grundsätzlich ist der Rücktritt vom Vertrag nur wirksam, wenn er unter Setzung oder zumindest Gewährung einer angemessenen Nachfrist erfolgt. Die Nachfrist soll dem Schuldner ermöglichen, die (mängelfreie) Leistung nachzuholen vergleiche RIS-Justiz RS0018395; Reischauer, aaO Paragraph 918, ABGB, Rz 10a und 15 mwN). Das Berufungsgericht übersieht aber bei seiner Argumentation, dass es der Setzung einer Nachfrist dann nicht bedarf, wenn der Leistungspflichtige offensichtlich entweder nicht in der Lage ist, die Erfüllung der bedungenen Leistung nachzuholen, oder sich weigert, die Leistung vertragskonform zu erbringen (6 Ob 301/02m; RIS-Justiz RS0018371, RS0018400, RS0018428). Da nach den Feststellungen der Vorinstanzen (durch das Erstgericht noch verdeutlicht in der rechtlichen Beurteilung in S 100f des Ersturteils) aber der wichtige Grund für den Rücktritt vom Vertrag letztlich in einer Weigerung des Klägers bzw seiner Akquisiteure zur vereinbarten Vertragsleistung liegt, bedarf es mangels Leistungsbereitschaft keiner Nachfristsetzung. Es kann sich daher auch in diesem Punkt nicht die Frage der Sittenwidrigkeit stellen.

Infolge Vertragsrücktritts muss es also zur Rückabwicklung kommen (vgl9 Ob 122/03m, RIS-Justiz RS0086350). Da die Beklagte die ihr zugekommene Leistung nach der Natur der Sache nicht zurückgeben kann, ist sie zum Ersatz des Wertes, der ihr zugekommen ist, verpflichtet (vgl Reischauer aaO § 921 ABGB, Rz 9 mwN). Soweit dies jene Suchkreise betrifft, bei denen es zu Vertragsabschlüssen und damit Genehmigungen seitens M***** kam, hat das Erstgericht bereits Feststellungen getroffen und hat daraus den Teilanspruch des Klägers errechnet. Hingegen fehlen Feststellungen über dem Kläger allenfalls zu vergütende Tätigkeiten für Suchkreise, die die M***** aus nicht festgestellten Gründen „zurückgezogen" hat.Infolge Vertragsrücktritts muss es also zur Rückabwicklung kommen vergleiche 9 Ob 122/03m, RIS-Justiz RS0086350). Da die Beklagte die ihr zugekommene Leistung nach der Natur der Sache nicht zurückgeben kann, ist sie zum Ersatz des Wertes, der ihr zugekommen ist, verpflichtet vergleiche Reischauer aaO Paragraph 921, ABGB, Rz 9 mwN). Soweit dies jene Suchkreise betrifft, bei denen es zu Vertragsabschlüssen und damit Genehmigungen seitens M***** kam, hat das Erstgericht bereits Feststellungen getroffen und hat daraus den Teilanspruch des Klägers errechnet. Hingegen fehlen Feststellungen über dem Kläger allenfalls zu vergütende Tätigkeiten für Suchkreise, die die M***** aus nicht festgestellten Gründen „zurückgezogen" hat.

Im Werkvertrag ist unter Punkt 4 zweiter Absatz geregelt, dass das Werk erst dann als vollendet gilt, wenn die vollständig erbrachten Leistungen des Auftragnehmers durch M***** akzeptiert werden. Es ist in dieser Vertragsbestimmung aber nicht dargelegt, nach welchen Kriterien M***** die Leistung zurückweisen kann. Rein vom Wortlaut her könnte die Bestimmung auch so aufgefasst werden, dass es in der Willkür von M***** liegt, die an sich vollständig erbrachte Werkleistungen dennoch zurückzuweisen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage der Vertragsauslegung bzw der Sittenwidrigkeit der Bestimmung.

Die Sittenwidrigkeit im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB kann, wenn ein gesetzliches Verbot fehlt, nur dann angenommen werden, wenn die Interessenabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollision ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen ergibt (RIS-Justiz RS0045886). Ein einem Dritten eingeräumtes beliebiges Ermessen hinsichtlich eines Hauptpunktes eines Vertrages ist jedenfalls sittenwidrig (vgl SZ 42/77, ARB 9163, ARB 5561, ARB 9854, F. Bydlinski, JBl 1975, 248). Der Vertragspartner soll nicht der Willkür eines Dritten ohne jegliche Einflussmöglichkeit auf dessen Verhalten ausgeliefert sein. Im Zweifel gilt daher für ein derartig vereinbartes Bestimmungsrecht eines Dritten die Genehmigung einer Leistung als Vertragserfüllung nach billigem Ermessen als vereinbart und nicht nach freiem Belieben. Diese Vertragsauslegung entspricht auch der Bestimmung des § 914 ABGB, wonach jeder Vertrag so zu verstehen ist, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht (SZ 42/77).Die Sittenwidrigkeit im Sinne des Paragraph 879, Absatz eins, ABGB kann, wenn ein gesetzliches Verbot fehlt, nur dann angenommen werden, wenn die Interessenabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollision ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen ergibt (RIS-Justiz RS0045886). Ein einem Dritten eingeräumtes beliebiges Ermessen hinsichtlich eines Hauptpunktes eines Vertrages ist jedenfalls sittenwidrig vergleiche SZ 42/77, ARB 9163, ARB 5561, ARB 9854, F. Bydlinski, JBl 1975, 248). Der Vertragspartner soll nicht der Willkür eines Dritten ohne jegliche Einflussmöglichkeit auf dessen Verhalten ausgeliefert sein. Im Zweifel gilt daher für ein derartig vereinbartes Bestimmungsrecht eines Dritten die Genehmigung einer Leistung als Vertragserfüllung nach billigem Ermessen als vereinbart und nicht nach freiem Belieben. Diese Vertragsauslegung entspricht auch der Bestimmung des Paragraph 914, ABGB, wonach jeder Vertrag so zu verstehen ist, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht (SZ 42/77).

Dies bedeutet angewandt auf den vorliegenden Fall Folgendes:

Die vorgelegte Vereinbarung kann im Sinne der oben dargelegten Judikatur nur so ausgelegt werden, dass das Recht auf „Nichtabnahme" einer sonst vollständig erbrachten Leistung des Auftragnehmers nur nach billigem Ermessen und nicht nach freiem Belieben ausgeübt werden darf. Nach Erörterung der „Zurückweisungsgründe" der M***** mit den Parteien müssen daher entsprechende Feststellungen getroffen werden, um prüfen zu können, ob die Genehmigung nicht willkürlich, sondern im billigen, branchenüblichen Ermessen von M***** verweigert wurde. Erst dann wird beurteilt werden können, ob nicht allenfalls noch andere Leistungen neben den bereits abgenommenen Suchkreisen des Klägers der Beklagten gegenüber dennoch als vertragsgemäß erbracht anzusehen sind, weil sie letztlich nicht hätten willkürlich zurückgewiesen werden dürfen.

Da das Beweisverfahren in diesem Sinn noch ergänzungsbedürftig ist, hat es bei der Aufhebung zu bleiben. Auf die

Unschlüssigkeit der Gegenforderung hat das Berufungsgericht bereits hingewiesen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 ZPO.Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

Textnummer

E78018

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2005:0070OB00040.05S.0608.000

Im RIS seit

08.07.2005

Zuletzt aktualisiert am

17.06.2011

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at