jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 1997/10/14 5Ob504/96 (5Ob505/96)

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 14.10.1997

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr.Schlosser als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr.Schiemer, Dr.Gerstenecker, Dr.Rohrer und Dr.Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und widerbeklagten Partei G*****gesellschaft mbH, ***** vertreten durch Dr.Werner Ungeringer und Dr.Anton Ullmann, Rechtsanwälte in Mattighofen, sowie Dr.Thomas Girardi, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte und widerklagende Partei Dr.Karl Friedrich S*****, wegen 746.088,99 S sA (Klage) und Übergabe eines EDV-Programms (Widerklage - Streitwert 100.000 S) infolge Revision der beklagten und widerklagenden Partei (Revisionsinteresse 807.259,60 S sA) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgerichts vom 23.August 1995, GZ 13 R 69/94-134, womit infolge Berufung beider Parteien das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 29.September 1994, GZ 4 Cg 47/94-121, in der Hauptsache bestätigt wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

1) Die Parteibezeichnung der klagenden und widerbeklagten Partei "A*****gesellschaft mbH, ***** wird auf "G*****gesellschaft mbH, *****, berichtigt.

2) Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung über die Berufung der beklagten und widerklagenden Partei an das Gericht zweiter Instanz zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Kosten des Berufungsverfahrens.

Text

Begründung:

Eine Rechtsvorgängerin der klagenden und widerbeklagten Partei (im folgenden klagende Partei) und die beklagte und widerklagende Partei (im folgenden Beklagter) schlossen am 31.Mai 1985 einen "Programm-Nutzungsvertrag" über ein EDV-Programm ab, das für die Verwendung in Rechtsanwaltskanzleien erstellt wurde. Darin werden die Rechtsvorgängerin der klagenden Partei - eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft mit einer größeren Anzahl von Gesellschaftern - als "VE" und der Beklagte als "Anwender" bezeichnet. Diese Vereinbarung hat unter anderem folgenden Wortlaut (Hervorhebungen durch den erkennenden Senat):

"Präambel: Wenn auch die in der VE zusammengeschlossenen Rechtsanwaltskanzleien die verschiedensten

Kanzleitypen und -größen in einer repräsentativen Streuung aufweisen, so kann nicht ausgeschlossen werden, daß die entwickelten Programme einzelnen speziellen Kanzleistrukturen nicht entsprechen.

Die VE hat die Absicht, die Programme weiterzuentwickeln, zu überarbeiten und auszubauen, diese Überarbeitungen und Weiterentwicklungen sind jedoch nicht Gegenstand dieses Vertrages.

1. Die VE räumt dem Anwender das unübertragbare und nicht ausschließliche Recht ein, die in der Anlage 2 zu dieser Vereinbarung angeführten Programme auf der in der Anlage 1 zu diesem Vertrag bezeichneten elektronischen Datenverarbeitungsanlage ausschließlich für sich zu nutzen. Für das... Recht der Programmnutzung (ausschließlich der gesondert zu vereinbarenden Einschulung) entrichtet der Anwender an die VE ein einmaliges Entgelt von S 205.250,-- zuzüglich USt. Der vorbezeichnete Betrag ist

a) ab Zusendung des Datenträgers mit den Programmen mit zwei Dritteln und

b) ab Beendigung der gemeinsamen Einschulung mit dem restlichen Drittel; längstens aber nach Ablauf von 6 Wochen nach dem ersten Einschulungstag je innerhalb von 14 Tagen zur Zahlung fällig.

Für den Fall des Zahlungsverzuges verpflichtet sich der Anwender, fällige Beträge mit 12 % p.a. zuzüglich USt in der jeweiligen gesetzlichen Höhe zu verzinsen.

Die VE ist gegenüber dem Hardware-Lieferanten berechtigt und verpflichtet, neue Versionen der Betriebssystem-Software zu beziehen und an ihre Mitglieder und Anwender zu verteilen; hiefür ist von der VE an den Hardware-Hersteller neben den reinen Distributionskosten ein laufendes Entgelt zu leisten.

Der Anwender verpflichtet sich daher weiters, an die VE für die Dauer der Nutzungsberechtigung gemäß Punkt 2. dieses Vertrages am Ersten eines jeden Monats im vorhinein, erstmals mit dem auf den Vertragsabschluß folgenden Monatsersten, einen Pauschalkostenbeitrag von S 600,-- zuzüglich USt zu entrichten.

2. Der Anwender ist berechtigt, die in der Beilage 2 angeführten Programme für die Dauer zu benutzen, da er die in der Beilage 1 bezeichnete EDV-Anlage in seiner Kanzlei in Benützung hat.

Eine Veränderung der Programme, insbesondere für kanzleispezifische Zwecke des Anwenders bedarf der schriftlichen Zustimmung der VE.

3. Die Programme werden dem Anwender durch Übersendung eines von ihm beigestellten Datenträgers, auf welchem die vertragsgegenständlichen Programme gespeichert sind, übergeben. Der Anwender hat diese zu überspielen und sodann die Datenträger wiederum an die VE bzw den von derselben beauftragten EDV-Berater für weitere Distributionen zurückzustellen.

Vor bzw nach Übergabe der Programme erfolgt die Einschulung durch den von der VE beigezogenen EDV-Berater: Die VE hat mit diesem EDV-Berater für eine Einschulung im unbedingt erforderlichen Mindestumfang Pauschalvereinbarungen getroffen, welche direkt mit diesem verrechnet werden.

Da die Einschulung möglichst praxisbezogen erfolgen soll, erfolgt diese in einer Rechtsanwaltskanzlei, und zwar grundsätzlich an Wochenenden (ab Freitag). Die Einschulung erfolgt in Arbeitsgruppen zusammen mit den EDV-Mitarbeitern anderer Kanzleien. Der Anwender erklärt sich damit einverstanden, daß diese Einschulung auch bei ihm in der Kanzlei erfolgt und daß an diesen Einschulungen auch EDV-Personal aus anderen Kanzleien teilnimmt.

Der Anwender nimmt zustimmend zur Kenntnis, daß im Hinblick darauf, daß jeweils zumindest zwei oder drei Anwender gemeinsam eingeschult werden, die Termineinteilung für Schulungen vorrangig unter Bedacht auf dieses Erfordernis erfolgt.

5. Die VE wird neben der Fehlerbehebung auch eine Neugestaltung und Wartung der Programme durchführen. Diese Neugestaltung und Wartung der Programme ist jedoch nicht Gegenstand des Vertrages. Unter Neugestaltung und Wartung sind Überarbeitungen, Änderungen oder Neugestaltungen von Programmen oder Programmteilen infolge von geänderten Randbedingungen, insbesondere unter Berücksichtigung faktischer, gesetzlicher, technischer oder wissenschaftlicher Änderungen oder aufgrund neu gewonnener Erkenntnisse, zu verstehen.

Solche im Rahmen der Wartung und Neugestaltung entwickelten Programmversionen werden zunächst bei den Mitgliedern der VE eingesetzt und sodann nach durchgeführten Testreihen dem Anwender gegen Zahlung eines von der VE festzusetzenden Entgeltes angeboten. Es besteht jedoch keine Verpflichtung der VE, diese Programme dem

Anwender anzubieten. Ebenso besteht keine Verpflichtung des Anwenders, diese neu entwickelten Programme zu übernehmen.

Sollten jedoch durch eine Änderung der Randbedingungen (zB des Umsatzsteuersatzes) Teilprogramme unbrauchbar werden und deshalb die VE für ihre Mitglieder im Rahmen der Wartung dieses Teilprogramm geändert haben, dann hat der Anwender gegen die VE den Anspruch, diese Programmversion gegen Kostenersatz zu beziehen.

Die VE verpflichtet sich weiters, jeweils auch allen anderen Anwendern den Bezug neuer Programme oder Programmversionen anzubieten, wenn sie dies auch nur einem Anwender angeboten hat (diese Zusage beschränkt sich auf die Anbietung an sich).

Mit dem Zeitpunkt, da bei der VE im Rahmen der Fehlerbehebung, Wartung und Neugestaltung der Programme geänderte Programme eingesetzt werden, werden bei den dadurch ersetzten Programmen keine Fehlerbehebungen, Programmwartung und Datensicherung der Programmplatten ("SYS 0") mehr vorgenommen. Der Anwender muß in diesem Fall selbst eine ausreichende Anzahl von Programmplatten ("SYS 0") herstellen lassen. Fehlerbehebungen werden dann nur mehr an den neu gestalteten, den Anwendern auch angebotenen Programmen vorgenommen.

8. Wenn der Anwender die in der Anlage 1 angeführte EDV-Anlage veräußert (ausgenommen Punkt 10.) oder nicht mehr benutzt, ist er verpflichtet, die bis dahin insgesamt erworbenen Programme, Daten, etc. an die VE zurückzugeben.

9. Wenn der Anwender die in der Anlage 1 angeführte EDV-Anlage erweitert (zB auch nur die Leistung des Hauptspeichers vergrößert), so erhöht sich die Einmalgebühr pro S 5.000,-- netto Kaufpreis der Kosten der Hardware-Erweiterung je um S 2.250,-- zuzüglich USt.

Eine Erweiterung liegt hingegen nicht vor, wenn Bestandteile oder Zubehör nur ausgetauscht werden und dadurch im Endergebnis keine Erhöhung der Leistungsfähigkeit bewirkt wird.

Eine Erhöhung ist beispielsweise der Ausbau der Speicherkapazität, eine Erhöhung der quantitativen oder qualitativen Leistung des Druckers, Verminderung der Reaktionszeiten, etc.

Bemessungsgrundlage für das zusätzliche Nutzungsentgelt ist im Falle der Erweiterung durch Austausch der vom Anwender an den Hardware-Lieferanten zu leistende Aufpreis zwischen dem Preis der Neuteile einerseits und einer allfälligen Gutschrift für die Rückgabe von Altteilen andererseits.

Im Falle einer Hardware-Miete sind Bemessungsgrundlage die der Mietenkalkulation zugrundeliegenden Netto-Preise der VE.

10. Wenn der Anwender die in der Anlage 1 angeführte EDV-Anlage veräußert und die vollständige Einmalgebühr gemäß Punkt 1. und 9. entrichtet hat, so ist er berechtigt, die Rechte aus diesem Vertrag mit Zustimmung der VE auf den Käufer der Anlage zu übertragen.

11. Änderungen und Ergänzungen zu diesem Vertrag bedürfen der Schriftform.

13. Der Anwender erklärt verbindlich, daß er diesen Vertrag für Zwecke der von ihm betriebenen Kanzlei und damit als Unternehmer abschließt.

14. Für alle wie immer gearteten Schäden, wie zB Verlust von Daten, die durch die Anwendung der vertragsgegenständlichen Programme eintreten, haftet die VE nur, wenn diese durch grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz der VE verschuldet wurden; in jedem Fall nur bis zur Höhe des vom Anwender bezahlten Entgeltes.

Grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz liegen jedenfalls nicht vor, wenn

... .

15. Die VE besteht aus den in der Anlage ./3 zu diesem Vertrag angeführten Rechtsanwälten. Wenn Mitglieder ausscheiden, so wird dies dem Anwender bekanntgegeben. Erfolgt innerhalb von einem Monat ab Mitteilung kein schriftlicher Widerspruch seitens des Anwenders, so wird das ausscheidende Mitglied der VE von allen wie immer gearteten Verpflichtungen aus der gegenständlichen Vereinbarung frei.

Ein allfälliger Widerspruch ist begründet auszuführen, er ist zulässig nur dann, wenn seitens der VE aus dem konkreten Anwendungsvertrag noch offene Verpflichtungen bestehen und diese vom Anwender benannt werden, sowie unter der weiteren Bedingung, daß die Zahl der in der VE als Mitglieder vertretenen Rechtsanwälte sich um mehr als 20 %

verringert.

Der Anwender erklärt sich damit einverstanden, daß die Vertragsposition der VE auch von einer von den Mitgliedern der VE gegründeten Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit übernommen wird, wobei diese Gesellschaft in alle Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag eintritt; andererseits gleichzeitig die Gesellschafter der VE aus allen Rechten und Pflichten entbunden werden. Die allfällige Durchführung hat in der Weise zu erfolgen, daß eine solche neue Gesellschaft den Anwender mit eingeschriebenem Brief von ihrem Eintritt in alle Rechte und Pflichten verständigt."

Die Anlage 2 zum "Programm-Nutzungsvertrag" sieht als Entgelt für das Zusatzprogramm "automatische Forderungseintreibung mit Textbausteinen" (Schulung dann insgesamt 8 Tage) ein Entgelt von 40.000 S zuzüglich Umsatzsteuer vor.

Die Installation der EDV-Anlage (Hardware und Software) in der Rechtsanwaltskanzlei des Beklagten - die Hardware wurde nicht von der klagenden Partei, sondern von einem Drittunternehmen geliefert - erfolgte am 31.Mai 1985. Sie war nach dem Prozeßstandpunkt des Beklagten jedenfalls seit 7.Juni 1985 benützbar. Die Einschulung dessen Kanzleipersonals fand ab 5.Juni 1985 in den Kanzleiräumen statt. Dort übergab der Betriebsberater der VE am selben Tag einen Stapel von Ausdrucken konvertierter Daten des bisherigen Bestands. Das Ausmaß der tatsächlichen Konvertierung des Altdatenbestands war jedenfalls vor dem 13.Juli 1985 erkennbar. Im Verlauf der Einschulung wurde geübt, wie "abgeschnittene" Namen richtiggestellt werden können. Auch sonst wurden im Rahmen der Einschulung Korrekturmöglichkeiten für Programmfehler erläutert. Mit Schreiben vom 22.Jänner 1986 rügte der Beklagte andere Mängel als jene, auf die er den einredeweise geltend gemachten Wandlungsanspruch stützte. Am 27. Februar 1986 beanstandete er gegenüber dem Geschäftsführer der VE fernmündlich erstmals eine unzureichende Einschulung seines Personals. In einem Schreiben vom selben Tag bemängelte er im übrigen erstmals, das Adressenfeld sei für längere Firmenwortlaute nicht ausreichend dimensioniert. Am 11.März 1986 teilte der Kanzleileiter des Beklagten dem Geschäftsführer der VE mit, die Silbentrennung habe beim "Vorgängerprogramm" eines anderen Unternehmens eine wesentlich höhere Genauigkeit und Richtigkeit erzielt. Überdies reklamierte er, daß die bisher gespeicherten Namen bei der Datenkonvertierung in einer Reihe von Fällen abgeschnitten und verstümmelt überspielt worden seien. Zu hohe Bearbeitungs- und Reaktionszeiten des Programms, Rechenfehler im Groschenausgleich und die Unmöglichkeit der Beibehaltung des individuellen Kanzleistils rügte der Beklagte erstmals in der Klagebeantwortung vom 17.März 1987 (Einlangen bei Gericht).

Der Abschluß der angekündigten Wartungsverträge (Pkt 5 des "Programm-Nutzungsvertrags") wurde den Anwendern ab Jänner 1986 angeboten. Danach sollten die Programme in jeweils fortentwickelter Form zur Verfügung stehen. Die Anwender sollten Anspruch auf Berücksichtigung der jeweiligen gesetzlichen Änderungen bzw Verbesserungen und auf Überlassung der danach erstellten letzten Programmversion haben. Der Beklagte schloß als einziger von derzeit etwa 90 Anwendern keinen solchen Vertrag ab. Im Zuge der Programmanwendung konnte in seiner Kanzlei bei gewissen Funktionen nicht mehr gleichzeitig auf allen drei Bildschirmen gearbeitet werden. Zur Behebung dieser Unzulänglichkeiten wurde dem Beklagten eine neue "SYS 0" mit dem Entwicklungsstand vom 20.Dezember 1985 überlassen. Wegen deren geringeren Speicherbedarfs endeten die vorherigen Hardwareprobleme.

Am 25.September und 1.Oktober 1985 wurde dem Beklagten brieflich die Soft- und Orgware des Programmpakets mit 294.300 S, eine Erhöhung des Anwendungsentgelts mit 21.600 S und einen Wartungsbetrag für Oktober 1985 von 720 S in Rechnung gestellt. Daraufhin erklärte der Beklagte mit Schreiben vom 16.Mai 1986 an seine Vertragspartnerin den Rücktritt vom Vertrag, sollte sein Anbot auf einvernehmliche Auflösung sämtlicher Verträge abgelehnt werden. Er führte aus, die gesamte Anlage entspreche nicht seinen Vorstellungen und sei für den bedungenen Gebrauch ungeeignet. Der Geschäftsführer der VE teilte dem Beklagten mit Schreiben vom 9.Juni 1986 den Rechtsübergang auf die als GmbH gegründete unmittelbare Rechtsvorgängerin der klagenden Partei gemäß Pkt 15. des "Programm-Nutzungsvertrags" mit und erklärte als einer deren Geschäftsführer, die Gesellschaft trete in alle Rechte und Pflichten aus dem "Programm-Nutzungsvertrag" ein.

Während des Rechtsstreits zeigte der Beklagte - wegen der ab 1.Jänner 1989 erwarteten Änderung des Umsatzsteuersatzes für rechtsanwaltliche Leistungen - Interesse an einer entsprechenden Programmanpassung. Die Gesellschaft überließ ihm diese Programmversion (Entwicklungsstand 15. April 1989, Auslieferungsdatum 2.Mai 1989) gegen Bezahlung von 54.000 S brutto und 30.000 S als Vorauszahlung an den Hardware-Lieferanten für die erforderliche Aufrüstung des Hauptspeichers auf 1024 Kilobyte. Dabei wurde vom Beklagten verlangt, die

Notwendigkeit der Aufrüstung des Hauptspeichers als Voraussetzung des Einsatzes der neuen Programmversionen zur Kenntnis zu nehmen. Aufgrund der Erweiterten Wertgrenzennovelle 1989 und der damit verbundenen Anpassung des Normalkostentarifs ab 1.August 1989 traten Änderungen der Randbedingungen im Sinne des "Programm-Nutzungsvertrags" ein. Teilprogramme wurden unbrauchbar. Nach brieflichem Verlangen des Beklagten (Schreiben vom 7.August 1989) unterbreitete ihm die vormalige Nebenintervenientin (Programmentwicklerin) nach Rücksprache mit der Gesellschaft den Vorschlag, unter der ausschließlichen Widmung "Advokat-Programmwartung Jänner 1989 bis Juni 1990" 41.040 S (Entgelt für 18 Monate zu je 1.900 S zuzüglich 20 % Umsatzsteuer) zu überweisen. Sofort nach Zahlungseingang werde er die neue "SYS 0" per 28. Juli 1989 erhalten und damit ohne weitere Bedingungen an der Programmwartung bis einschließlich Juni 1990 teilnehmen. Die Gesellschaft nahm im Schreiben an den Beklagten vom 17.August 1989 auch selbst Stellung und verwies zum einem auf dessen Zahlungsverzug (Softwareentgelt), zum anderen auf die Ablehnung des seinerzeitigen Anbots auf Abschluß eines Wartungsvertrags. Der Beklagte replizierte (Schreiben vom 25.September 1989), als Anwender bei Änderung der Randbedingungen Anspruch auf Überlassung der neuen Programmversion gegen Kostenersatz zu haben. Er ersuche deshalb, ihm diese Programmversion binnen acht Tagen zur Verfügung zu stellen, und verpflichte sich selbstverständlich, die dafür angemessenen Kosten zu bezahlen. Diese Programmversion wurde Anfang August 1989 allen Anwendern, die einen Programm-Wartungsvertrag abgeschlossen hatten, übersandt. Zwischen 15.April und August 1989 hatte die vormalige Nebenintervenientin das Programm ständig weiterentwickelt, jedoch in diesem Zeitraum keine reguläre neue "SYS 0" ausgeliefert.

Die klagende Partei begehrte für die Benützung ihrer Software ab Juni 1985 aufgrund des "Programm-Nutzungsvertrags", hilfsweise aus dem Rechtsgrund der Bereicherung die Zahlung der "Einmalgebühr" (294.300 S), deren Erhöhung infolge Erweiterung der EDV-Anlage (21.600 S) und des laufenden Entgelts für neue Versionen der Betriebssystem-Software (64.080 S) zuzüglich vereinbarter, im Klagebegehren kapitalisierter Zinsen. Daraus errechne sich ein Klageanspruch von insgesamt 746.088,99 S sA. Der Beklagte benütze die überlassenen Programme ungeachtet des am 16.Mai 1986 erklärten Vertragsrücktritts. Er leite jedoch künftige Rechte aus dem "Programm-Nutzungsvertrag" ab und habe damit schlüssig auf Wandlung verzichtet. Innerhalb der Gewährleistungsfrist seien keine Softwaremängel gerügt worden. Die klagende Partei sei in die Vertragsposition der VE entsprechend dem vom Beklagten im "Programm-Nutzungsvertrag" erklärten Einverständnis eingetreten, habe jedoch zumindest die Forderungen abgetreten erhalten.

Der Beklagte wendete ein, die Software sei fehlerhaft und für seine betrieblichen Zwecke nicht oder kaum geeignet. Er sei deshalb mit Schreiben vom 16.Mai 1986 vom Vertrag zurückgetreten. Die Übernahme des Altdatenbestands durch Konvertierung sei nicht im bedungenen Ausmaß möglich gewesen. Verschiedene Dateien - darunter Namensdateien - seien verstümmelt übertragen worden. Die Reaktions- und Bearbeitungszeiten der EDV-Anlage seien im Verhältnis zu vergleichbaren Systemen sehr hoch. Der individuelle Kanzleistil habe nicht beibehalten werden können. Die Einschulung des Kanzleipersonals sei ungenügend gewesen. Wegen unzureichender Dimensionierung der Namensdatei müsse eine verkürzte - und demnach unrichtige - Namensbezeichnung gewählt werden. Mehrfach seien - wenn auch geringfügige - Rechenfehler aufgetreten. Die automatische Silbentrennung der Textverarbeitung weise eine sehr hohe Fehlerquote auf. Nach Überarbeitung des Betriebssystems sei an der Hardware ein Hauptspeicherproblem aufgetreten. Infolgedessen habe die Software-Programmversion ("SYS 0") auf den Entwicklungsstand 20. Dezember 1985 zurückgeführt werden müssen und sei dann nicht mehr verbessert worden. Die klagende Partei sei nicht forderungsberechtigt. Die Zustimmung zur Rechtsnachfolge sei nur unter der Bedingung der Gründung der Nachfolgegesellschaft durch die Mitglieder der VE erklärt worden. Am Gründungsakt der Gesellschaft seien jedoch nur 15 der seinerzeit 26 Mitglieder der VE beteiligt gewesen. Auch die Übernahme sämtlicher Geschäftsanteile der Gesellschaft durch die vormalige Nebenintervenientin widerspreche den vertraglichen Absprachen. Der "Programm-Nutzungsvertrag" werde hilfsweise jedoch auch wegen "mangelnder Geschäftsgrundlage", Verkürzung über die Hälfte des wahren Werts und Verletzung der guten Sitten angefochten.

In der Widerklage begehrte der Beklagte "gegen Kostenersatz" die Übergabe der Programmversion, die den Bestimmungen der BGBl 1989/343 und 1989/386 entspricht. Diese Gesetzesänderungen hätten, wie der Beklagte vorbrachte, eine Änderung der Randbedingungen im Sinne des "Programm-Nutzungsvertrags" bewirkt. Deshalb seien die entsprechenden Teilprogramme angepaßt worden. Der für diese Programmversion geforderte Betrag von 41.040 S

sei unangemessen. Die Vereinbarungen seien im Sinne angemessenen Kostenersatzes zu verstehen. Bei Aufteilung der Entwicklungskosten auf alle Anwender entfielen auf ihn lediglich 10.000 S. Diesen Betrag zu bezahlen, habe er sich brieflich (Schreiben vom 25.September 1989) verpflichtet.

Die klagende Partei entgegnete dem Widerklagebegehren, der Beklagte sei mit der Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtung aus dem - nach wie vor aufrechten - "Programm-Nutzungsvertrag" in Verzug. Sie sei daher zur Erbringung weiterer Leistungen nicht verpflichtet, habe dem Beklagten aber durch das Anbot auf Überlassung der neuesten Programmversion gegen Bezahlung von etwa 34.200 S dennoch entgegenkommen wollen. Das habe der Beklagte abgelehnt. Dessen Verzug rechtfertige aber das Vorauszahlungsbegehren.

Das Erstgericht erkannte den Beklagten schuldig, der klagenden Partei 707.295,60 S sA zu zahlen. Das Mehrbegehren auf Leistung weiterer 38.793,39 S und das Widerklagebegehren wies es ab. Es legte seiner Entscheidung - abgesehen von den eingangs wiedergegebenen Tatsachen - noch folgenden Sachverhalt zugrunde:

Bei den Verhandlungen vor Abschluß des "Programm-Nutzungsvertrags" habe der Beklagte die Garantie angestrebt, daß der Altdatenbestand zu 100 % konvertierbar sei. Eine solche Garantieerklärung sei nicht abgegeben worden. Der Verhandlungspartner des Beklagten habe vielmehr geäußert, eine 100 %-ige Konvertierung "für unwahrscheinlich" zu halten. Der Betriebsberater der VE habe gegenüber dem Beklagten vielmehr seiner Vermutung Ausdruck verliehen, es werde eine Datenkonvertierung zu etwa 80 % - später reduziert auf 70 % - möglich sein. Nachdem die VE und der Hardwarelieferant erklärt hätten, je die Hälfte der Kosten der Datenkonvertierung zu tragen, sei der "Programm-Nutzungsvertrag" abgeschlossen worden. Die EDV-Anlage (Hardware und Software) sei in der Kanzlei des Beklagten jedenfalls seit 3.Juni 1985 "zur Benützung zur Verfügung" gestanden. Dessen Kanzleipersonal sei vom 5. bis 8.Juni 1985 und vom 12. bis 13.Juli 1985 43,5 Stunden geschult worden. Diese Unterweisung habe für die Programmbedienung ausgereicht. Bereits während der Schulung habe das Kanzleipersonal die tatsächliche Größe des Namensfelds und die teilweise unrichtige Silbentrennung bemerkt. In den ersten Tagen nach Installierung des Systems seien dem Kanzleipersonal auch Namensverstümmelungen aufgefallen. Gelegentliche Rechenfehler im Groschenbereich hätten sich spätestens am 21.Juni 1985 gezeigt. Die vom Beklagten gerügten Programmängel seien jedenfalls vor dem 13.Juli 1985 erkennbar gewesen. Dem Beklagten sei in Erwartung des Abschlusses eines Wartungsvertrags die jeweils neue "SYS 0" bis 1986 unentgeltlich überlassen worden. Im April 1986 habe die Speicherkapazität der Hardware (512 Kilobyte) für die Abarbeitung des Programms nicht mehr ausgereicht. Die Bearbeitungs- und Reaktionszeiten bzw die Arbeitsgeschwindigkeit der Software sei im Jahr 1985 nicht mangelhaft gewesen. Die Hauptspeicherkapazität sei bei Installation der Hardware "ausreichend hoch bemessen" gewesen. Rund 75 % des Altdatenbestands sei konvertiert worden. Die Software sei kein "unausgereiftes", sondern ein evolutionäres Programm gewesen. Dieses werde stets weiterentwickelt, verbessert und neuen Randbedingungen angepaßt. Die Programmeinführung in der Rechtsanwaltskanzlei des Beklagten habe dort zu Änderungen geführt. Die Beibehaltung des individuellen Kanzleistils sei jedoch weiterhin möglich gewesen.

Nach der Rechtsansicht des Erstgerichts gingen die vertraglichen Rechte und Pflichten der VE auf die GmbH als Rechtsvorgängerin der klagenden Partei über. Der "Programm-Nutzungsvertrag" enthalte kein Zessionsverbot. Eine Abtretung sei unabhängig von der Zustimmung des Schuldners wirksam. Die Einräumung eines zeitlich unbegrenzten Nutzungsrechts an Software gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts sei Kauf. Dem stehe die Befugnis der Programmnutzung auf Dauer der Verwendung der EDV-Anlage in der Rechtsanwaltskanzlei des Beklagten nicht entgegen. Durch diese Regelung sei keine zeitliche Befristung des Nutzungsrechts, sondern nur die Sicherstellung der Programmanwendung auf einem Computer des Hardwarelieferanten beabsichtigt gewesen. Mangels abweichender Vereinbarung gelte die gesetzliche Gewährleistungsfrist. Diese betrage bei einer beweglichen Sache wie Software sechs Monate. Die Frist beginne mit dem Tag der Ablieferung, bei verborgenen, ihrer Natur nach nicht erkennbaren Mängeln mit deren Erkennbarkeit. Sämtliche im Prozeß gerügten und der Wandlungseinrede zugrundegelegten Mängel seien bereits während der ersten Woche der Programmanwendung erkennbar gewesen und tatsächlich wahrgenommen worden. Als spätester Zeitpunkt der Erkennbarkeit sei der letzte Tag der Einschulung (13.Juli 1985) anzunehmen. Die erste Mängelrüge am 27.Februar 1986 und die späteren Beanstandungen seien nach Ablauf der Gewährleistungsfrist erfolgt. Abgesehen von Fehlern bei der Silbentrennung und gelegentlichen Rechenfehlern im Groschenbereich fehle es auch an Mängeln im Sinne einer Schlechterfüllung. Selbst diese Fehler seien jedoch als unwesentlich angesehen worden, sodaß bloß Preisminderung oder Verbesserung in Betracht komme. Eine ungenügende Einschulung des Kanzleipersonals hätte der Beklagte beanstanden können. Nach den Vereinbarungen habe er das Programmentgelt

sechs Wochen nach dem ersten Einschulungstag zu bezahlen und sei daher vorleistungspflichtig. Daher bestehe kein Leistungsverweigerungsrecht. Der klagenden Partei gebührten jedoch nicht die gemäß Pkt 9. des "Programm-Nutzungsvertrags" begehrten

21.600 S. Eine Erweiterung der EDV-Anlage als Voraussetzung für die Erhöhung des einmaligen Entgelts sei unterblieben. Die als Wandlungsabsicht zu qualifizierende Rücktrittserklärung des Beklagten habe - abgesehen vom Vorliegen einer Wandlungsmöglichkeit - jedenfalls keine Vertragsauflösung bewirkt, sei diese Willensäußerung doch außerhalb der Gewährleistungsfrist erfolgt. Dem Widerklagebegehren sei die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 1052 ABGB zu Recht entgegengesetzt worden, weil der Beklagte seine mit der Leistungspflicht der klagenden Partei synallagmatisch verknüpften und längst fälligen Verbindlichkeiten nicht erfüllt habe. Eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug scheide wegen der Vorleistungspflicht des Beklagten aus.21.600 S. Eine Erweiterung der EDV-Anlage als Voraussetzung für die Erhöhung des einmaligen Entgelts sei unterblieben. Die als Wandlungsabsicht zu qualifizierende Rücktrittserklärung des Beklagten habe - abgesehen vom Vorliegen einer Wandlungsmöglichkeit - jedenfalls keine Vertragsauflösung bewirkt, sei diese Willensäußerung doch außerhalb der Gewährleistungsfrist erfolgt. Dem Widerklagebegehren sei die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß Paragraph 1052, ABGB zu Recht entgegengesetzt worden, weil der Beklagte seine mit der Leistungspflicht der klagenden Partei synallagmatisch verknüpften und längst fälligen Verbindlichkeiten nicht erfüllt habe. Eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug scheide wegen der Vorleistungspflicht des Beklagten aus.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil in der Hauptsache und sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei. Es erwog in rechtlicher Hinsicht: Die Gewährleistungsfrist bei Sachmängeln laufe ab der vollständigenr Ablieferung. Der Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels sei nach herrschender Ansicht nicht maßgeblich. Bloß nach Zusicherung einer bei Ablieferung nicht feststellbaren Eigenschaft werde der Fristbeginn kraft konkludenter Parteiendisposition auf jenen Zeitpunkt verlegt, ab dem eine Mangelwahrnehmung mit Sicherheit möglich sei. Die gegenteilige Ansicht sei vom Obersten Gerichtshof ausdrücklich abgelehnt worden (ecolex 1991, 84). Hier sei daher der Zeitpunkt der Erkennbarkeit gerügter Mängel nicht entscheidungswesentlich. Unmaßgeblich sei auch die "offengelassene Beweisrüge über die Zusicherung einer 100 %-igen Konvertierbarkeit der Daten", handle es sich doch dabei keinesfalls um die Zusicherung einer bei Ablieferung nicht feststellbaren Eigenschaft"; jedenfalls ließe sich aber der Fristbeginn kraft konkludenter Parteiendisposition "nur auf einen (ganz naheliegenden) Zeitpunkt als verlegt" ansehen, in dem die fehlende Eigenschaft im Zuge der Programmanwendung feststellbar gewesen sei. Das sei hier noch vor dem 13. Juli 1985 gewesen.

Die Vertragsübernahme sei im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Sie bewirke die Übertragung der Gesamtheit der Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis. Auch die rechtliche Rahmenbeziehung, die als solche nicht der Abtretung oder Schuldübernahme unterliege, gehe über. Der Vertragsübernehmer trete an die Stelle der Partei, die aus dem Schuldverhältnis ausscheide, ohne daß der Inhalt oder die rechtliche Identität des bisherigen Schuldverhältnisses geändert werde. Die Vertragsübernahme setze jedoch die Mitwirkung der Alt-, Neu- und Restpartei voraus. In Auslegung von Pkt 15. des Vertrags sei nicht dem Prozeßstandpunkt des Beklagten zu folgen. Dieser habe nicht das Ausscheiden eines Mitglieds der VE, sondern nur dessen Befreiung von Vertragspflichten, die ihm gegenüber bestanden hätten, verhindern können. Die Entbindung aller Gesellschafter von den Rechten und Pflichten des "Programm-Nutzungsvertrags" durch Vertragsübernahme sei zwar ein Hauptanliegen der Regelung, das Einverständnis des Beklagten sei allerdings "viel umfassender". Dieser habe sich nämlich "mit der Übernahme der Vertragsposition durch eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, also eine Kapitalgesellschaft, von vornherein einverstanden erklärt". Da jedoch die Geschäftsanteile einer GmbH - eine solche werde in erster Linie gemeint gewesen sein - jederzeit frei veräußerbar seien, sei in der Zustimmung zur Vertragsübernahme gleichzeitig ein Verzicht "auf den in der Rechtsrüge so hervorgehobenen Umstand der Bedeutsamkeit der kollegialen Vertragspartnerschaft mit Rechtsanwälten" zu erblicken. Dieser Befund erweise aber die Wendung, die Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit müsse "von den Mitgliedern der VE gegründet werden" als nebensächlich und könne nicht als Bedingung verstanden werden, alle Mitglieder der VE hätten unmittelbar auch Gründungsmitglieder der Kapitalgesellschaft zu sein. Auch unabhängig davon belege der Umstand, daß der Beklagte in der Widerklage die GmbH in Anspruch genommen habe, dessen Zustimmung zur Vertragsübernahme. Werde eine solche Zustimmung dagegen verneint, sei für den Prozeßstandpunkt des Beklagten nichts gewonnen. Die Feststellungen seien für die rechtliche Schlußfolgerung des Erstgerichts, es sei "zumindest von einer rechtsgeschäftlichen Übertragung der Forderungsrechte

der VE auf die klagende Partei auszugehen", ausreichend. Soweit der Beklagte Feststellungsmängel zu den Modalitäten der Abtretung rüge, sei zu entgegnen, daß die klagende Partei die Übertragung der Forderungsrechte ausdrücklich behauptet habe, der Rechtsgrund der Abtretung "naheliegenderweise in der angestrebten Vertragsübernahme" liege, sich die der Zessionsbehauptung nachfolgende Bestreitung ausschließlich auf die behauptete "treuhändige Innehabung von Geschäftsanteilen" bestimmter am Gründungsakt beteiligter Rechtsanwälte und somit letztlich - gemäß dem Prozeßstandpunkt des Beklagten - auf "das Fehlen der vorweg im 'Programm-Nutzungsvertrag' erteilten Zustimmung mangels entsprechender Gesellschaftsgründung" beziehe. Der Forderungsübergang auf die GmbH sei überdies deshalb als zugestanden anzusehen, weil der Beklagte in der Widerklage diese und nicht die Gesellschafter der VE in Anspruch genommen und daher offenkundig selbst davon ausgegangen sei, daß die Leistungen aufgrund des "Programm-Nutzungsvertrags" von der GmbH zu erbringen seien, was zumindest einen Schuldbeitritt voraussetze. Es sei jedoch nach Würdigung des beiderseitigen Vorbringens und der Feststellungen klar, daß die GmbH "nicht nur die Pflichten, sondern auch die Rechte übernehmen sollte".

Der Softwarevertrag sei kein einheitlicher Vertragstypus. Zu verschieden könnten die Leistungen des Anbieters und die übertragenen Rechtspositionen sein. In Betracht kämen Kauf, Miete oder Werk. Die Vertragsbezeichnung sei für die Beurteilung des rechtlichen Wesens unmaßgeblich. Die Variante Werk- oder Werklieferungsvertrag sei hier auszuschließen. Ob die Software bereits fertig oder erst zu erstellen gewesen sei, bilde das wesentliche Kriterium der Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag. Unerheblich sei dagegen, wieviele Anwender ein bestimmes Programm nutzten, entscheidend sei vielmehr nur, ob "das Programm schon existiert" habe. Der "Programm-Nutzungsvertrag" habe ein "fertig entwickeltes, schon existierendes, zur Verwendung in Rechtsanwaltskanzleien generell vorgesehenes EDV-Programm" zum Gegenstand. Die Überlassung von Software auf unbeschränkte Zeit gegen einmaliges Entgelt sei gewöhnlich Kauf. Das treffe jedenfalls dann zu, wenn "der Anbieter wenig Interesse an weiteren Leistungen" habe, also "einen einmaligen Betrag laufenden Zahlungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses" vorziehe und "keine aufwendige Wartung bieten" wolle. Eine "generell vereinbarte Rückgabeverpflichtung oder auch die Vereinbarung, die Sache nach Ablauf einer bestimmten Frist zu zerstören", indizierten allenfalls ein Dauerschuldverhältnis. Solche Regelungen seien der Qualifikation als Kaufvertrag jedoch besonders "nach Veräußerung und Weiterübertragung der Nutzungsrechte an einen Dritten.... schon vergeblich entgegengehalten" worden. Eine Rückgabeverpflichtung wegen eines bestimmten Fehlverhaltens des Anwenders könne gleichfalls nicht unbedingt gegen den Kauf ins Treffen geführt werden. Als Abgrenzungsrichtlinie müsse vielmehr dienen, daß "ein vereinbarter Rückgabetermin und überhaupt jede Gestaltung als Dauerschuldverhältnis gegen Kauf- und für Bestandvertrag" spreche. Unter Heranziehung dieser Grundsätze sei in der Beurteilung des Rechtsverhältnisses der Streitteile als Kauf kein Rechtsirrtum zu erblicken. Dafür spreche vor allem die Vereinbarung eines einmaligen Entgelts für die - ungeachtet der Bindung an die Benützung einer bestimmten Hardware - auf Dauer überlassene Software. Den Verfahrensergebnissen sei keine zeitliche Beschränkung für die Nutzung der Hardware zu entnehmen. Aus der Vereinbarung ergebe sich überdies kein Hinweis auf eine "Kalkulation des vereinbarten Entgelts nach einer angenommenen Nutzungsdauer". Aus Punkt 9. des Vertrags sei im Gegenteil zu schließen, daß dieser Gesichtspunkt für die Bemessung des Entgelts unmaßgeblich gewesen sei. Schließlich sprächen für die Qualifizierung als Kauf auch die Vereinbarungen über die Fälligkeit des Gesamtentgelts und - mit besonderer Deutlichkeit - die ausdrückliche Festlegung, daß Überarbeitungen und Weiterentwicklungen nicht Vertragsgegenstand seien. Die Vertragspartnerin des Beklagten habe also kein Interesse an weiteren Leistungen ohne einen gesonderten Wartungsvertrag gehabt. Das habe der Beklagte kraft Vertragsabschlusses akzeptiert. Einzelne Klauseln - wie die Befugnis zur Programmänderung nur nach schriftlicher Zustimmung und die Beschränkung auf die ausschließliche Nutzung für berufliche Zwecke des Beklagten - seien "mit immaterialgüterrechtlichen Interessen erklärbar" und für die Einordnung als Bestand- oder Kaufvertrag nicht ausschlaggebend. Die Regelung der Übertragung der vertraglichen Rechte spreche ebenso eher für Kauf. Die gesonderte Honorierung bei Überlassung neuer Programmversionen weise nicht auf ein "gewolltes Dauerschuldverhältnis" hin, sondern sei damit zu erklären, daß es "angesichts der hohen Kosten der Anschaffung ....auch im Rahmen eines Kaufvertrags" naheliege, "für derartige, nicht konkret, aber allgemein voraussehbare Fälle vertraglich Vorsorge zu treffen". Auch die Pauschalbeträge von monatlich 600 S für neue Versionen der Betriebssystemsoftware rechtfertigten es nicht, zu einer anderen Qualifikation als der eines Kaufvertrags zu gelangen.

Sei aber Kauf zugrundezulegen, sei das Recht des Beklagten, einen Gewährleistungsanspruch durch Einrede geltend zu machen, erloschen, weil er dem Übergeber die im Verfahren geltend gemachten Mängel nicht binnen sechs Monaten angezeigt habe. Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist durch Vertrag sei unterblieben. Daher erübrige sich eine

Prüfung, ob verspätet gerügte Mängel tatsächlich bestanden hätten. Der Ansicht des Beklagten, die Verträge über die Hard- und die Software seien als wirtschaftliche und rechtliche Einheit aufzufassen, sodaß die klagende Partei für sämtliche Störungen und Mängel des Systems - seien sie der Hard-, seien sie der Software zuzuordnen - einzustehen habe, sei zu erwidern, daß "die zur Begründung des Wandlungsbegehrens konkret im vorliegenden Rechtsstreit erhobenen Mängelrügen jedenfalls verspätet geäußert" worden seien; ob den Beklagten andere Mängel, mögen diese gegenüber dem Software- oder dem Hardwarelieferanten gerügt worden sein, zur Wandlung berechtigt hätten, sei daher nicht zu prüfen. Der Rechtsansicht des Erstgerichts zur Abweisung des Widerklagebegehrens sei beizutreten.

Die Revision ist zulässig und im Rahmen des Aufhebungsantrags - im Ergebnis - berechtigt.

Zu 1):

Rechtliche Beurteilung

Mittels Schriftsatzes vom 27.Jänner 1997 (Einlangen) teilte der Beklagte dem Revisionsgericht unter Vorlage eines Firmenbuchauszugs (Stichtag 17.Jänner 1997) mit, daß die klagende Partei mit der (bisherigen) Nebenintervenientin verschmolzen worden sei. Das stimmt mit dem Inhalt des Firmenbuchs überein (Abfragedatum 7.Oktober 1977). Danach wurde die bisher klagende Partei (GmbH) aufgrund des Vertrags vom 5.September 1996 als übertragende Gesellschaft mit der Nebenintervenientin (GmbH) als übernehmender Gesellschaft verschmolzen und die Firma der übertragenden Gesellschaft am 12. November 1996 gelöscht.

Die Verschmelzung zweier GmbH, die den Transfer des gesamten Vermögens der übertragenden an die übernehmende Gesellschaft bewirkt, ist ein Fall der Gesamtrechtsnachfolge (Koppensteiner, GmbH-Gesetz [1994] Rz 2 zu § 96). Diese führt gemäß § 235 Abs 5 ZPO - in jeder Lage des Verfahrens - zur Berichtigung der Parteibezeichnung (EvBl 1996/101 = GesRZ 1997, 98 = RdW 1996, 585 = WBl 1996, 328; GesRZ 1988, 49). Die bisherige Bezeichnung der klagenden Partei ist demnach durch die Firma der vormaligen Nebenintervenientin zu ersetzen, die an deren Stelle trat.Die Verschmelzung zweier GmbH, die den Transfer des gesamten Vermögens der übertragenden an die übernehmende Gesellschaft bewirkt, ist ein Fall der Gesamtrechtsnachfolge (Koppensteiner, GmbH-Gesetz [1994] Rz 2 zu Paragraph 96,). Diese führt gemäß Paragraph 235, Absatz 5, ZPO - in jeder Lage des Verfahrens - zur Berichtigung der Parteibezeichnung (EvBl 1996/101 = GesRZ 1997, 98 = RdW 1996, 585 = WBl 1996, 328; GesRZ 1988, 49). Die bisherige Bezeichnung der klagenden Partei ist demnach durch die Firma der vormaligen Nebenintervenientin zu ersetzen, die an deren Stelle trat.

Zu 2):

Der Oberste Gerichtshof sprach in 1 Ob 554/91 zum Widerklagebegehren aus, dieses werde - unabhängig vom künftigen Ergebnis eines rechtskräftigen Urteils im Hauptprozeß - jedenfalls scheitern müssen. Gewinne der Beklagte den Prozeß auf Zahlung des Programmnutzungsentgelts wegen erfolgreicher Wandlung, wäre der Vertrag gänzlich aufgehoben und daher dem auf Pkt. 5 der Softwarevereinbarung gestützten Widerklagebegehren der Boden entzogen. Werde der Beklagte dagegen dort zur Zahlung verurteilt, hätte die klagende Partei im Widerklageprozeß "das Leistungsverweigerungsrecht zu Recht geltend gemacht". Die klageabweisenden Urteile der Vorinstanzen seien jedoch deshalb aufzuheben, weil der Beklagte, solange der allfällige Erfolg oder Mißerfolg seiner Wandlungseinrede im Hauptprozeß nicht feststehe, auf Vertragszuhaltung klagen könne.

Später verband das Erstgericht den Haupt- und Widerklageprozeß mit Beschluß vom 15.April 1993 (ON 102 Seite 1 f) zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung. Dadurch seien - so die Revision - die Aufträge des Obersten Gerichtshofs im Aufhebungsbeschluß "ad absurdum geführt" und der "rechtsschutzsuchende Beklagte seines Rechtsschutzes beraubt" worden. Der Verbindungsbeschluß verletze daher den im Verfassungsrang stehenden Anspruch auf ein faires Verfahren gem Art 6 Abs 1 EMRK. Das Berufungsgericht habe diese Verletzung "fundamentaler Grundsätze des Zivilprozesses" seiner Entscheidung - trotz Rüge - zugrundegelegt, weshalb dessen Verfahren mangelhaft sei.Später verband das Erstgericht den Haupt- und Widerklageprozeß mit Beschluß vom 15.April 1993 (ON 102 Seite 1 f) zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung. Dadurch seien - so die Revision - die Aufträge des Obersten Gerichtshofs im Aufhebungsbeschluß "ad absurdum geführt" und der "rechtsschutzsuchende Beklagte seines Rechtsschutzes beraubt" worden. Der Verbindungsbeschluß verletze daher den im Verfassungsrang stehenden Anspruch auf ein faires Verfahren gem Artikel 6, Absatz eins, EMRK. Das Berufungsgericht habe diese Verletzung "fundamentaler Grundsätze des Zivilprozesses" seiner Entscheidung - trotz Rüge - zugrundegelegt, weshalb dessen Verfahren mangelhaft sei.

Darauf ist - abgesehen davon, daß bereits das Gericht zweiter Instanz zutreffend auf die Unanfechtbarkeit von Verbindungsbeschlüssen gemäß § 192 Abs 2 ZPO verwies - noch zu erwidern:Darauf ist - abgesehen davon, daß bereits das Gericht zweiter Instanz zutreffend auf die Unanfechtbarkeit von Verbindungsbeschlüssen gemäß Paragraph 192, Absatz 2, ZPO verwies - noch zu erwidern:

Der Beklagte hat sein Widerklagebegehren - folgt man der Diktion der Revision - selbst jeder Erfolgsaussicht "beraubt", vertrat er doch im Haupt- und im Widerklageverfahren einander diametral entgegengesetzte Prozeßstandpunkte, die, wie in 1 Ob 554/91 dargelegt wurde, zwingend zur Abweisung des Widerklagebegehrens führen mußten. Die Ursache dafür nun allein im Verbindungsbeschluß vom 15.April 1993 zu suchen, wird der maßgeblichen Rechtslage nicht gerecht. Der Beklagte übersieht, daß im Widerklageprozeß, in dem sich die klagende Partei auf ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 1052 ABGB berief, auch ohne Verfahrensverbindung als Vorfrage zu klären gewesen wäre, ob er sich im Leistungsverzug befunden oder zu Recht Wandlung geltend gemacht habe. Das Wandlungsthema hätte demnach nicht ausgeklammert werden können, berief sich die GmbH dort doch darauf, der Beklagte habe - trotz seiner Rücktrittserklärung vom 16.Mai 1986 - auf ein allfälliges Wandlungsrecht schlüssig verzichtet, weil er die Software nicht nur weiter benütze, sondern nunmehr auch Vertragszuhaltung begehre (ON 2 Seite 4 des Widerklageaktes). Obgleich der Oberste Gerichtshof in 1 Ob 554/91 einen schlüssigen Wandlungsverzicht verneinte, blieb die Rechtswirkung der Rücktrittserklärung vom 16.Mai 1986 aufgrund des Vorbringens der GmbH für die Frage der Stichhältigkeit der Leistungsverweigerung des Beklagten als Prozeßthema von Bedeutung. Es besteht daher entgegen der Ansicht des Beklagten kein Anhaltspunkt dafür, daß die Unanfechtbarkeit des Verbindungsbeschlusses einen konventionswidrigen Verfahrensmangel verursacht habe.Der Beklagte hat sein Widerklagebegehren - folgt man der Diktion der Revision - selbst jeder Erfolgsaussicht "beraubt", vertrat er doch im Haupt- und im Widerklageverfahren einander diametral entgegengesetzte Prozeßstandpunkte, die, wie in 1 Ob 554/91 dargelegt wurde, zwingend zur Abweisung des Widerklagebegehrens führen mußten. Die Ursache dafür nun allein im Verbindungsbeschluß vom 15.April 1993 zu suchen, wird der maßgeblichen Rechtslage nicht gerecht. Der Beklagte übersieht, daß im Widerklageprozeß, in dem sich die klagende Partei auf ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß Paragraph 1052, ABGB berief, auch ohne Verfahrensverbindung als Vorfrage zu klären gewesen wäre, ob er sich im Leistungsverzug befunden oder zu Recht Wandlung geltend gemacht habe. Das Wandlungsthema hätte demnach nicht ausgeklammert werden können, berief sich die GmbH dort doch darauf, der Beklagte habe - trotz seiner Rücktrittserklärung vom 16.Mai 1986 - auf ein allfälliges Wandlungsrecht schlüssig verzichtet, weil er die Software nicht nur weiter benütze, sondern nunmehr auch Vertragszuhaltung begehre (ON 2 Seite 4 des Widerklageaktes). Obgleich der Oberste Gerichtshof in 1 Ob 554/91 einen schlüssigen Wandlungsverzicht verneinte, blieb die Rechtswirkung der Rücktrittserklärung vom 16.Mai 1986 aufgrund des Vorbringens der GmbH für die Frage der Stichhältigkeit der Leistungsverweigerung des Beklagten als Prozeßthema von Bedeutung. Es besteht daher entgegen der Ansicht des Beklagten kein Anhaltspunkt dafür, daß die Unanfechtbarkeit des Verbindungsbeschlusses einen konventionswidrigen Verfahrensmangel verursacht habe.

Der Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe die Aktivlegitimation der klagenden Partei zu Unrecht bejaht, weil deren Rechtsvorgängerin weder die "Vertragsposition der VE" im Einklang mit Pkt.15 des "Programm-Nutzungsvertrags" übernommen, noch die Klageforderung abgetreten erhalten habe. Er klammert sich dabei zur Frage der Vertragsübernahme an den Wortlaut der schriftlichen Vereinbarung, wonach seine Vorauszustimmung zur Vertragsübernahme voraussetze, daß "die Vertragsposition der VE ... von einer von den Mitgliedern der VE gegründeten Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit übernommen" werde. Die allgemeinen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Vertragsübernahme wurden bereits vom Berufungsgericht zutreffend dargelegt. Diesen Ausführungen tritt der Beklagte nicht entgegen. Soweit kann daher gemäß § 510 Abs 3 ZPO auf das angefochtene Urteil verwiesen werden, wobei in Ergänzung dazu nur nochmals hervorzuheben ist, daß der im Schuldverhältnis verbleibende Geschäftspartner seine Zustimmung zur Vertragsübernahme nach herrschender Ansicht auch im voraus erklären kann (Ertl in Rummel, ABGB**2 Rz 2 zu § 1406; Mader in Schwimann, ABGB**2 Rz 8 zu § 1406; Mayrhofer/Ehrenzweig, Schuldrecht AT3 534 f je mN aus der Rsp).Der Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe die Aktivlegitimation der klagenden Partei zu Unrecht bejaht, weil deren Rechtsvorgängerin weder die "Vertragsposition der VE" im Einklang mit Pkt.15 des "Programm-Nutzungsvertrags" übernommen, noch die Klageforderung abgetreten erhalten habe. Er klammert sich dabei zur Frage der Vertragsübernahme an den Wortlaut der schriftlichen Vereinbarung, wonach seine Vorauszustimmung zur Vertragsübernahme voraussetze, daß "die Vertragsposition der VE ... von einer von den Mitgliedern der VE gegründeten Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit übernommen"

werde. Die allgemeinen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Vertragsübernahme wurden bereits vom Berufungsgericht zutreffend dargelegt. Diesen Ausführungen tritt der Beklagte nicht entgegen. Soweit kann daher gemäß Paragraph 510, Absatz 3, ZPO auf das angefochtene Urteil verwiesen werden, wobei in Ergänzung dazu nur nochmals hervorzuheben ist, daß der im Schuldverhältnis verbleibende Geschäftspartner seine Zustimmung zur Vertragsübernahme nach herrschender Ansicht auch im voraus erklären kann (Ertl in Rummel, ABGB**2 Rz 2 zu Paragraph 1406 ;, Mader in Schwimann, ABGB**2 Rz 8 zu Paragraph 1406 ;, Mayrhofer/Ehrenzweig, Schuldrecht AT3 534 f je mN aus der Rsp).

Das Gericht zweiter Instanz erörterte im angefochtenen Urteil die Gründe, die - seiner Ansicht nach - gegen eine rein wörtliche Auslegung der hier maßgeblichen Vertragsbestimmung - im Sinne des Prozeßstandpunkts des Beklagten - sprächen. Damit setzt sich der Beklagte gar nicht auseinander, sondern beruft sich in der Sache nur auf die Unklarheitenregel des § 915 ABGB (Pkt. 3.3.1. der Revision). Er übersieht dabei jedoch deren subsidiären Charakter, ist doch diese Bestimmung lediglich dann heranzuziehen ist, wenn die Absicht der Parteien auf dem Boden der Auslegungsregeln nach § 914 ABGB nicht zu ermitteln ist (Rummel in Rummel aaO Rz 1 zu § 915; Binder in Schwimann aaO Rz 1 zu § 915 je mN aus der Rsp). Welcher Auslegungsvariante letztlich der Vorzug zu geben wäre, bedarf hier allerdings keiner Erörterung. Hätte nämlich der Beklagte der Vertragsübernahme nicht im voraus zugestimmt, wäre die klagenden Partei nur dann nicht berechtigt, Vertragserfüllung zu begehren, wenn auch eine spätere Zustimmung zu verneinen wäre; eine solche kann auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen.Das Gericht zweiter Instanz erörterte im angefochtenen Urteil die Gründe, die - seiner Ansicht nach - gegen eine rein wörtliche Auslegung der hier maßgeblichen Vertragsbestimmung - im Sinne des Prozeßstandpunkts des Beklagten - sprächen. Damit setzt sich der Beklagte gar nicht auseinander, sondern beruft sich in der Sache nur auf die Unklarheitenregel des Paragraph 915, ABGB (Pkt. 3.3.1. der Revision). Er übersieht dabei jedoch deren subsidiären Charakter, ist doch diese Bestimmung lediglich dann heranzuziehen ist, wenn die Absicht der Parteien auf dem Boden der Auslegungsregeln nach Paragraph 914, ABGB nicht zu ermitteln ist (Rummel in Rummel aaO Rz 1 zu Paragraph 915 ;, Binder in Schwimann aaO Rz 1 zu Paragraph 915, je mN aus der Rsp). Welcher Auslegungsvariante letztlich der Vorzug zu geben wäre, bedarf hier allerdings keiner Erörterung. Hätte nämlich der Beklagte der Vertragsübernahme nicht im voraus zugestimmt, wäre die klagenden Partei nur dann nicht berechtigt, Vertragserfüllung zu begehren, wenn auch eine spätere Zustimmung zu verneinen wäre; eine solche kann auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen.

Der Beklagte nahm in der Widerklage just jene GmbH in Anspruch, die nach seiner Ansicht im Hauptprozeß mangels Zustimmung zur Vertragsübernahme nicht Vertragspartnerin und daher nicht Trägerin vertraglicher Rechte und Pflichten sein könne. Im Widerklageprozeß behauptete der Beklagte ferner, ihm sei von der GmbH "entgegen ihren vertraglichen Verpflichtungen" nicht jene neue Programmversion zur Verfügung gestellt worden, deren Überlassung "gegen Kostenersatz" den Gegenstand des Widerklagebegehrens bilde. Dieser Prozeßstandpunkt wurde vom Beklagten stets aufrechterhalten. Am Rande sei überdies bemerkt, daß der Beklagte auch im Rahmen seiner Parteienvernehmung (ON 5 Seite 8 des Widerklageakts) betonte, er habe das (im Hauptprozeß eingeklagte) Programmentgelt deshalb nicht bezahlt, weil die GmbH "nicht ordnungsgemäß erfüllt" habe. Dieser Prozeßstandpunkt macht deutlich, daß der Beklagte der Vertragsübernahme durch die GmbH als Rechtsvorgängerin der klagenden Partei - wenn nicht schon im voraus gemäß Pkt. 15 des "Programm-Nutzungsvertrags", so jedenfalls doch später schlüssig - zustimmte. Dem vermag der Beklagte nur zu entgegnen, die VE habe ihre Geschäftstätigkeit eingestellt, die GmbH habe sich als deren Rechtsnachfolgerin "geriert", er habe "nicht unbedingt davon ausgehen" können, das Prozeßgericht werde "seinem Rechtsstandpunkt" folgen, die Programmanpassung sei "aus tatsächlichen Gründen ... nur noch von der klagenden Partei ... zu erreichen" gewesen und die Einbringung einer Klage könne nicht "als stillschweigendes Geständnis iSd § 267 ZPO" gewertet werden, sei doch die Aktivlegitimation der GmbH im Hauptprozeß auch noch später bestritten worden. Damit zeigt der Beklagte allerdings keine Umstände auf, die im Sinne des § 863 Abs 1 ABGB vernünftige Zweifel an der erörterten Zustimmung zur Vertragsübernahme lange vor Schluß der Verhandlung erster Instanz nahelegen könnten, läßt sich doch praktisch ausschließen, daß ein Rechtsanwalt jemanden klageweise als Vertragspartner in Anspruch nimmt, obgleich er weiß, daß diese Rechtsposition ein anderer innehat. Im Widerklageprozeß unterstellte der Beklagte die Vertragspartnerstellung der GmbH als Voraussetzung eines allfälligen Rechtsmittelerfolgs auch noch im Revisionsverfahren. Obwohl er die Abweisung des Widerklagebegehrens bekämpfte, konnte er für den Fall, daß seine Prozeßbehauptungen zur Vertragsübernahme im Hauptprozeß zuträfen, keine tragfähige Begründung für eine Klagestattgebung im Widerklageprozeß aufzeigen. Die klagende Partei ist daher für die weitere Erörterung als Vertragspartnerin des Beklagten kraft rechtswirksamer Vertragsübernahme zu behandeln.Der

Beklagte nahm in der Widerklage just jene GmbH in Anspruch, die nach seiner Ansicht im Hauptprozeß mangels Zustimmung zur Vertragsübernahme nicht Vertragspartnerin und daher nicht Trägerin vertraglicher Rechte und Pflichten sein könne. Im Widerklageprozeß behauptete der Beklagte ferner, ihm sei von der GmbH "entgegen ihren vertraglichen Verpflichtungen" nicht jene neue Programmversion zur Verfügung gestellt worden, deren Überlassung "gegen Kostenersatz" den Gegenstand des Widerklagebegehrens bilde. Dieser Prozeßstandpunkt wurde vom Beklagten stets aufrechterhalten. Am Rande sei überdies bemerkt, daß der Beklagte auch im Rahmen seiner Parteienvernehmung (ON 5 Seite 8 des Widerklageakts) betonte, er habe das (im Hauptprozeß eingeklagte) Programmentgelt deshalb nicht bezahlt, weil die GmbH "nicht ordnungsgemäß erfüllt" habe. Dieser Prozeßstandpunkt macht deutlich, daß der Beklagte der Vertragsübernahme durch die GmbH als Rechtsvorgängerin der klagenden Partei - wenn nicht schon im voraus gemäß Pkt. 15 des "Programm-Nutzungsvertrags", so jedenfalls doch später schlüssig - zustimmte. Dem vermag der Beklagte nur zu entgegnen, die VE habe ihre Geschäftstätigkeit eingestellt, die GmbH habe sich als deren Rechtsnachfolgerin "geriert", er habe "nicht unbedingt davon ausgehen" können, das Prozeßgericht werde "seinem Rechtsstandpunkt" folgen, die Programmanpassung sei "aus tatsächlichen Gründen ... nur noch von der klagenden Partei ... zu erreichen" gewesen und die Einbringung einer Klage könne nicht "als stillschweigendes Geständnis iSd Paragraph 267, ZPO" gewertet werden, sei doch die Aktivlegitimation der GmbH im Hauptprozeß auch noch später bestritten worden. Damit zeigt der Beklagte allerdings keine Umstände auf, die im Sinne des Paragraph 863, Absatz eins, ABGB vernünftige Zweifel an der erörterten Zustimmung zur Vertragsübernahme lange vor Schluß der Verhandlung erster Instanz nahelegen könnten, läßt sich doch praktisch ausschließen, daß ein Rechtsanwalt jemanden klageweise als Vertragspartner in Anspruch nimmt, obgleich er weiß, daß diese Rechtsposition ein anderer innehat. Im Widerklageprozeß unterstellte der Beklagte die Vertragspartnerstellung der GmbH als Voraussetzung eines allfälligen Rechtsmittelerfolgs auch noch im Revisionsverfahren. Obwohl er die Abweisung des Widerklagebegehrens bekämpfte, konnte er für den Fall, daß seine Prozeßbehauptungen zur Vertragsübernahme im Hauptprozeß zuträfen, keine tragfähige Begründung für eine Klagestattgebung im Widerklageprozeß aufzeigen. Die klagende Partei ist daher für die weitere Erörterung als Vertragspartnerin des Beklagten kraft rechtswirksamer Vertragsübernahme zu behandeln.

In der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs findet sich keine nähere Erörterung der allgemeinen schuldrechtlichen Qualifikation von Verträgen, die der Überlassung von Computersoftware dienen. In 1 Ob 50/85 (SZ 50/85 = JBl 1978, 374 = EvBl 1978/9) wurde der Erwerb eines Kleincomputers samt Standardprogramm als Kauf eingeordnet. Dagegen wurde eine Vereinbarung über die Lieferung eines Handterminals mit Spezialsoftware, die für den Anwender "maßgeschneidert" war, in 2 Ob 625/90 (WBl 1991, 270 = RdW 1991, 230 = ecolex 1991, 531) als Kauf- oder Werklieferungsvertrag qualifiziert. Eine präzisere Stellungnahme zur Rechtsnatur unterblieb, weil - nach Ansicht des dort erkennenden Senats - die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über den Warenkauf jedenfalls anzuwenden waren, habe doch der Unternehmer eine nicht vertretbare (offenbar) körperliche Sache aus von ihm beizustellendem Material herzustellen gehabt.

Gegenstand eines Kaufvertrags können nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Sachen sein (Wahle in Klang**2 IV/2, 4 f; Bydlinski in Klang**2 IV/2, 108; Ertl, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Softwareverträge, EDVuR 1994, 19 [20]; ders in Ertl/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht [1991] 205 ff; Koziol/Welser, Grundriß I10 324). Die rechtliche Beurteilung der Überlassung von Software als Kauf erforderte daher an sich keine Klärung der Frage, ob der Vertragsgegenstand eine körperliche oder unkörperliche Sache ist. Das Kaufrecht verlangt eine solche Unterscheidung nur soweit, als bestimmte gesetzliche Regelungen unanwendbar oder doch zu modifizieren wären, die körperliche Sachen als Vertragsgegenstand voraussetzen (Ertl, EDVuR 1994, 20). Dennoch wird hier auf die nähere Sacheigenschaft von Software noch zurückzukommen sein, weil sich im Falle deren Eigenschaft als körperliche Sache letztere Frage gar nicht stellt. Softwareverträge haben überdies neben der allgemeinen schuldrechtlichen auch eine urheber- und wettbewerbsrechtliche Dimension.

Durch die UrhG-Novelle 1993 BGBl 93 wurden Sondervorschriften für Computerprogramme in das Urheberrechtsgesetz (§§ 40a bis 40e) eingefügt. Der Oberste Gerichtshof bejahte die urheberrrechtliche Schutzfähigkeit solcher Programme im grundsätzlichen allerdings schonDurch die UrhG-Novelle 1993 Bundesgesetzblatt 93 w

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