

# TE OGH 1985/1/15 2Ob668/84

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 15.01.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Scheiderbauer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kralik, Dr. Melber, Dr. Huber und Dr. Egermann als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Rainer M\*\*\*, Universitätsassistent, Graz, Am Rehgrund 18/IV/10, vertreten durch Dr. Hannes Priebsch und DDr. Sven D.Fenz, Rechtsanwälte in Graz, wider die beklagte Partei V\*\*\* ZUR F\*\*\* DER E\*\*\* I\*\*\* (Rechenzentrum Graz), Graz, Steyrergasse 17, vertreten durch Dr. Herbert Jürgens, Rechtsanwalt in Graz, wegen S 1,097.280,-- s.A., infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgerichtes vom 18.Juni 1984, GZ 5 R 62/84-90, womit infolge Berufung beider Parteien das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Graz vom 30.Dezember 1983, GZ 6 Cg 167/79-83, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Kläger betreibt seit dem Jahre 1973 in Graz ein gewerbliches Unternehmen mit dem Gegenstand der Dienstleistungen auf dem Gebiete der Informationstechnik und der elektronischen Datenbearbeitung. Vereinszweck der beklagten Partei ist die Förderung der elektronischen Informationsverarbeitung; zur Erreichung dieses Zweckes betreibt sie das R\*\*\* G\*\*\*. Das F\*\*\*

G\*\*\* ist ein von der beklagten Partei unabhängiger Verein mit dem Ziel der gemeinnützigen Förderung der Forschung durch wissenschaftliche Institute. Eines dieser Institute ist die mathematisch-statistische Sektion, der keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Der Kläger hat in keinem der beiden Vereine eine statutarische Funktion. Er ist jedoch Mitarbeiter der mathematisch-statistischen Sektion des F\*\*\* G\*\*\*, in welcher Eigenschaft er mit dem Projektleiter Dr. Helmut F\*\*\* im Auftrag des Landesbauamtes Steiermark ein Netzplanprogramm entwickelte. Die beklagte Partei erhielt am 17.10.1975 von der Firma L\*\*\* M\*\*\* Papier- und Zellstoffaktiengesellschaft (im folgenden nur Firma L\*\*\*) den Auftrag zur Erstellung eines Bauprojektüberwachungssystems mittels EDV (Projekt S 1170). Basis dieses Projektes war das von der mathematisch-statistischen Sektion des F\*\*\* G\*\*\* bereits entwickelte Netzplanprogramm, das den Zwecken der Firma L\*\*\* angepaßt werden sollte. Nach teilweiser Ausführung dieses Auftrages kam es am 23.6.1978 zu einer Vertragsauflösung und Abgeltung der von der beklagten Partei erbrachten Leistungen durch die Firma L\*\*\* mit S 1,620.000. Der Kläger erhebt Anspruch auf diesen Betrag abzüglich von Gegenforderungen der beklagten Partei von S

324.000 für die Inanspruchnahme der Rechenanlagen der beklagten Partei und von S 198.720 für die Umsatzbeteiligung der beklagten Partei am Mietenverrechnungsprogramm für Hausverwaltungen (IGV-Programm). Mit Vereinbarung vom 10.1.1978 habe er die volle Durchführung des Projektes S 1170 alleinverantwortlich auf eigene Rechnung und damit auch den Honoraranspruch der beklagten Partei gegen die Firma L\*\*\* übernommen. Jedenfalls stehe ihm für seine Tätigkeit aber ein angemessenes Entgelt zu.

Die beklagte Partei vertritt den Standpunkt, daß nicht der Kläger, sondern das F\*\*\* G\*\*\* ihr Vertragspartner gewesen sei, und die Ansprüche des Klägers für seine Mitarbeit voll abgegolten worden seien. Gegen die Klagsforderung wendet die beklagte Partei bis zu deren Höhe aufrechnungsweise Gegenforderungen von S 375.747,87 aus dem Rechtsgrund des Schadenersatzes und von S 2.776.617 und S 207.360,41 für die Inanspruchnahme der Rechenanlagen der beklagten Partei ein (AS 25 und 107 a). Das Erstgericht stellte fest, daß die Klagsforderung mit S 799.597,30 und die Gegenforderungen mit S 362.831,09 zu Recht bestehen und gab demgemäß dem Klagebegehren mit S 436.766,21 s.A. statt.

Das Berufungsgericht änderte das Ersturteil dahin ab, daß es die Klagsforderung mit S 679.597,30 und die Gegenforderung in gleicher Höhe als zu Recht bestehend erkannte und das Klagebegehren abwies. Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichtes richtet sich die Revision des Klägers aus den Anfechtungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Urteils im Sinne einer Stattgebung des Klagebegehrens. Hinsweise stellt der Kläger einen Aufhebungsantrag.

Die beklagte Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist berechtigt.

Das Erstgericht legte seiner Entscheidung den auf den AS 462 bis 484 (S. 6 bis 28 der Urteilsausfertigung) dargestellten Sachverhalt zugrunde. Danach vereinbarte die beklagte Partei bereits am 2.10.1975 mit den Sektionsvertretern des F\*\*\* G\*\*\* in Erwartung des Auftrages der Firma L\*\*\*, daß die Programmadaption durch die mathematisch-statistische Sektion gegen ein Entgelt von

S 210.000 erfolgt. Die Durchführung der Programmadaption oblag dem Kläger, der für seine Leistungen bis zur Auftragserteilung S 35.000 erhielt. Die Programmproduktion bis zum Abschluß des Projektes sollte die beklagte Partei nach Abschluß der Programmierarbeiten und Übergabe der Programmbeschreibung machen. Die Firma L\*\*\* erteilte in der Folge mehrere Zusatzaufträge auf Programmierung und Programmadaption an die beklagte Partei, darunter den sogenannten Optimierungsauftrag. Dadurch scheiterte die Programm- und Produktionsdokumentationsherstellung, da sie nicht so schnell gemacht werden konnte, wie sich das Programm änderte. Programmadaption und Programmproduktion erfolgten nebeneinander. Die Zusatzaufträge wurden vom Kläger in Zusammenarbeit mit Prof. Dr. Helmut F\*\*\* gemacht. Zwangsläufig verrichtete der Kläger dadurch auch gewisse Produktionsarbeiten, da jede Programmadaption erst getestet werden mußte. Während sich Prof. Dr. Helmut F\*\*\* an dem Projekt nur wissenschaftlich ohne Honoraransprüche beteiligte, fühlte sich der Kläger finanziell benachteiligt und drohte daher mangels Erzielbarkeit einer finanziellen Regelung Mitte Oktober 1977 mit der Einstellung seiner Tätigkeit. Am 12.11.1977 kam es daher zwischen ihm und der beklagten Partei zu einer Vereinbarung, wonach der Kläger eine Akontozahlung von S 200.000 für folgende Leistungen erhalten sollte: Die Erstellung und Übergabe des Mietenverrechnungsprogrammes für Hausverwaltungen (IGV-Programm) entsprechend der vorliegenden Benutzerdokumentation, angepaßt an die derzeitigen gesetzlichen Bestimmungen; die Erstellung des Programmes S 1170 laut vorliegender Benutzerdokumentation; die Übergabe der Programmdokumentation für die obgenannten Programme; die Durchführung der Produktion bis zum Abschluß des Projektes S 1170 bzw. bis zur Übernahme durch Mitarbeiter des R\*\*\* G\*\*\* nach Einschulung durch den Kläger. Der Kläger verpflichtete sich ferner zum Abschluß einer weiteren Vereinbarung über die wirtschaftliche Nutzung der Programme

S 1179 und IGV durch die beklagte Partei. Zu einer solchen Vereinbarung kam es aber nicht. Ungeachtet der obgenannten Vereinbarung erklärte der Kläger am 5.1.1978, seine Mitarbeit am Projekt S 1170 einzustellen. Ohne den Kläger hätte die beklagte Partei den Auftrag der Firma L\*\*\* jedoch nicht durchführen können. Es kam daher am 10.1.1978 zu einer weiteren Vereinbarung folgenden Inhalts:

"1.) Prof. Dr. F\*\*\* und Dr. M\*\*\* übernehmen die Verantwortung dafür, daß die Produktionen im Sinne der bestehenden Richtlinien termingerecht und ordnungsgemäß durchgeführt werden.....

2.) Prof. Dr. F\*\*\* und Dr. M\*\*\* erklären sich bereit, nach Absprache und Zustimmung der Vorstände der mathematisch-statistischen Sektion, die Arbeiten in deren Rahmen durchzuführen. Dazu werden von Prof. F\*\*\* die Verhandlungen in den nächsten Tagen aufgenommen. Die diesbezüglichen Ergebnisse werden unverzüglich dem Vorstand des F\*\*\* G\*\*\*

mitgeteilt. Ist eine Einigung nicht möglich, so erfolgt die Durchführung der Produktionen im Sinne von Pkt. 1.

3.) Hinsichtlich beider Durchführungsvarianten von Pkt. 1. und 2. verpflichtet sich das R\*\*\* G\*\*\* die erforderlichen Rechenzeiten an Werktagen zu einem Tarif von S 10.000 je CPU-Stunde auf einer U 494 zur Verfügung zu stellen.

4.)

....

5.)

Für die bisher erbrachten Leistungen erhält Dr. M\*\*\*

S 500.000 für S 1170 und der Verpflichtung, daß Dr. M\*\*\* das Projekt Zellstofffabrik der Firma L\*\*\* M\*\*\* AG termingerecht und ordnungsgemäß im Sinne der Pkte. 1 oder 2 oder alleinverantwortlich zu Ende führt. In letzterem Falle gelten die Vereinbarungen von Punkt 3."

Eine zweite Vereinbarung vom 10.1.1978 betraf das IGV-Programm. Danach sollte die beklagte Partei 80 % des Umsatzes erhalten, den der Kläger durch Einsatz des IGV-Programmes erzielt. Unter der Voraussetzung, daß das Projekt S 1170 im Sinne der Vereinbarung vom gleichen Tage ordnungsgemäß und termingemäß abgerechnet werden kann, verzichten beide Vertragspartner auf ihre Forderungen und leistungen vor dem 1.1.1978 aus dem IGV-Programm.

Die Unterhandlungen mit der mathematisch-statistischen Sektion dauerten bis 14.6.1978 und scheiterten. Der Kläger führte seit 10.1.1978 die Arbeiten am Projekt S 1170 allein durch. Die beklagte Partei, die bis zu diesem Zeitpunkt zwei Angestellte für das Projekt abgestellt hatte, reduzierte ab 10.1.1978 ihre Tätigkeit auf die Bereitstellung der Maschinen und der Operateure.

Zur Verminderung des Aufwandes erstellte der Kläger ein Programm zur Datenübermittlung über Bildschirm (U 100-Dialogprogramm). Die Firma L\*\*\* war bereit, für dieses Programm einen gewissen Betrag zu bezahlen. Die beklagte Partei stimmte zu, daß der Kläger das Programm schreibe und daß die Apparaturen der beklagten Partei zur Erprobung verwendet werden. Das Programm lief probeweise vom 6.4. bis 8.6.1978. Der Kläger stellte hiezu seine Geräte der Firma L\*\*\* zur Verfügung. Diese verpflichtete sich, der beklagten Partei gegenüber S 6.000 an Gerätemiete zu bezahlen. Zu einer Vereinbarung auf Übernahme des Programmes U 100 kam es jedoch letztlich deshalb nicht, weil die Firma L\*\*\* mit dem verlangten monatlichen Kostenbeitrag von S 100.000 nicht einverstanden war. Mit 14.6.1978 lehnte es der Kläger ab, ohne Regelung am Projekt 1170 weiter mitzuarbeiten. Er wollte eine Klärung dahin, daß der L\*\*\*-Auftrag von der beklagten Partei auf ihn direkt übergehe und er die Apparaturen der beklagten Partei um S 10.000 pro Rechenstunde verwenden könne. Er war der Auffassung, daß schon auf Grund der Vereinbarung vom 10.1.1978 alle Rechte und Pflichten der beklagten Partei aus dem L\*\*\*-Auftrag auf ihn übergegangen seien. Am 23.6.1978 erklärte sich die beklagte Partei der Firma L\*\*\* gegenüber außerstande, den Auftrag weiterzuführen, weil der Kläger nicht weiterarbeiten wolle und die beklagte Partei keinen Zugriff auf die vollständigen Programmteile habe. Die Firma L\*\*\* stimmte einem Vertragsrücktritt zu und erteilte dem Kläger den Auftrag zur Durchführung der Arbeiten, die der Kläger im März 1979 ordnungsgemäß beendete. Zur Legung einer Rechnung fehlte der beklagten Partei ein Teil der Rechnungsunterlagen. Eine Aufforderung an den Kläger, diese Unterlagen zur Verfügung zu stellen, blieb erfolglos. Die beklagte Partei hätte sich aber die Unterlagen von der Firma L\*\*\* beschaffen können. Sie verrechnete der Firma L\*\*\* unter Berücksichtigung eines Ersuchens um einen Nachlaß von S 200.000 für den Optimierungsauftrag ein Pauschalentgelt von S 1.500.000 zuzüglich 18 % Umsatzsteuer. Nach den von der Firma L\*\*\* akzeptierten Berechnungen des Klägers hätte die beklagte Partei der Firma L\*\*\* S 1.847.914,17 zuzüglich Umsatzsteuer verrechnen können. Vom 10.1.1978 bis 23.6.1978 war der Kläger durch 120 "Manntage", seine Mitarbeiter durch 6 "Manmonate" am Projekt S 1170 einschließlich des Dialogprogrammes U 100 beschäftigt. Der Kläger beschäftigte in dieser Zeit ferner 7 Diplomanden mit Teilproblemen dieses Projektes, denen er je S 10.000

bezahlte. Für Arbeiten, wie sie der Kläger für das Projekt S 1170 leistete, betrug im Jahre 1978 das Entgelt zwischen S 3.000 und S 4.500 pro Tag. Das Entgelt pro Mannmonat lag zwischen S 15.000 und S 30.000. Nach dem 23.6.1978 rechnete der Kläger für das Projekt S 1170 noch 8.56055 CPU-Stunden auf den Maschinen der beklagten Partei und nahm verschiedene Nebenleistungen in Anspruch. Bei einem Tarif von S 10.000 pro CPU-Stunde ergibt sich hiefür ein Betrag von S 101.895,07. Der Kläger erzielte aus dem IGV-Programm im Jahre 1978 einen Erlös von S 255.792,17 und im Jahre 1979 von S 281.941,05 je zuzüglich 18 % Umsatzsteuer. Die Leistungen, die zu den Eingängen im Jahre 1978 führten, wurden im Jahre 1977 erbracht. Die Leistungen, die zu den Eingängen im Jahre 1979 führten, wurden zur Gänze nach dem 10.1.1978 erbracht. Der Aufwand der beklagten Partei vom 2.3.1976 bis 13.6.1979 für das IGV-Programm hatte einen Fakturenvwert von S 2.776.617.

Nach der Rechtsauffassung des Erstgerichtes sei zwar der Kläger auf Grund der Vereinbarung vom 10.1.1978 Vertragspartner der beklagten Partei geworden, ein Übergang der Entgeltansprüche der beklagten Partei gegen die Firma L\*\*\* könne aus dieser Vereinbarung aber nicht abgeleitet werden. Durch den Betrag von S 500.000 seien jedoch nach dem klaren Wortlaut der Vereinbarung nur die Entgeltansprüche des Klägers bis 10.1.1978 und somit auch für den Optimierungsauftrag abgegolten worden. Für seine Leistungen ab diesem Zeitpunkt gebühre dem Kläger daher ein angemessenes Entgelt. Dieses betrage unter Zugrundelegung der Mittelwerte der für die Leistungen des Klägers erzielbaren Entgelte S 878.317,30. Der Kläger habe jedoch auch Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr in Höhe von S 120.000. Sein Honoraranspruch betrage daher insgesamt S 998.317,30. Die Gegenforderung der beklagten Partei von S 2.776.617 für die Rechenzeiten für das IGV-Programm bis 1.1.1978 erachtete das Erstgericht als nicht zu Recht bestehend, weil der Kläger das Projekt S 1170 ordnungsgemäß und termingemäß zu Ende geführt und die beklagte Partei für diesen Fall laut Vereinbarung vom 10.1.1978 auf ihre Forderungen aus dem IGV-Programm bis 1.1.1978 verzichtet habe. In Höhe der Differenz zwischen dem der Firma L\*\*\* verrechneten Pauschalbetrag von S 1.500.000 und dem gerechtfertigten Entgelt von S 1.847.914 im Betrage von S 347.914,70 sei der beklagten Partei ein Schaden entstanden, der aber von beiden Parteien - vom Kläger durch Unterlassung der Mitwirkung bei der Rechnungslegung - verschuldet worden sei. Eine Schadensteilung von 3:1 zugunsten der beklagten Partei sei daher gerechtfertigt, sodaß sich eine Gegenforderung der beklagten Partei aus dem Rechtsgrund des Schadenersatzes in Höhe von S 260.936,02 ergebe. Dem Entgeltanspruch des Klägers von S 998.317,30, von dem die von ihm selbst zugestandene Gegenforderung der beklagten Partei für deren Erlösbeteiligung an dem IVG-Programm in Höhe von S 198.720 in Abzug zu bringen sei, stünden somit Gegenforderungen von S 101.895,07 und S 260.936,02, zusammen S 362.831,09 gegenüber.

Das Berufungsgericht teilte die Rechtsmeinung des Erstgerichtes, daß ein Forderungsübergang auf den Kläger nicht erfolgt sei, der Kläger für seine Leistungen vom 10.1.1978 bis 23.6.1978 jedoch Anspruch auf ein angemessenes Entgelt von S 878.317,30 habe. Einen Anspruch auf Lizenzgebühr habe der Kläger aber nicht erhoben und in dieser Richtung auch kein Sachvorbringen erstattet. Bei Ermittlung des angemessenen Entgeltes habe daher eine Lizenzgebühr außer Betracht zu bleiben. Das Berufungsgericht verneinte einen Schadenersatzanspruch der beklagten Partei, weil diese im Einvernehmen mit ihrem Auftraggeber den Rechnungsbetrag reduziert und damit auf den den einvernehmlich festgelegten Betrag übersteigenden Honoraranspruch verzichtet habe. Dagegen sei der Verzicht der beklagten Partei auf ihre Forderungen für Rechenzeiten des Klägers für das IGV-Programm mangels Eintrittes der für diesen Verzicht festgelegten Bedingung nicht rechtswirksam geworden. Dem auf Grund der vom Kläger selbst vorgenommenen Aufrechnung um S 198.720 reduzierten Entgeltanspruch von S 799.597,30 stünden somit Gegenforderungen der beklagten Partei für Rechenzeiten von S 101.895,07 und S 2.776.617 gegenüber.

Nach dem zwischen der beklagten Partei und der Firma L\*\*\* abgeschlossenen Vertrag oblag der beklagten Partei die Anpassung des vom F\*\*\* G\*\*\* entwickelten Netzplanprogrammes an die Bedürfnisse der Fa. L\*\*\* und die Programmproduktion. Dieser Vertrag ist als Werkvertrag zu qualifizieren. Ein solcher liegt immer dann vor, wenn sich jemand gegen Entgelt verpflichtet, ein den Umständen und Vorstellungen des anderen entsprechendes Werk entweder persönlich selbständig herzustellen oder unter persönlicher Verantwortung durch Dritte herstellen zu lassen (Krejci in Rummel, ABGB Rdz 4 zu § 1165; vgl auch SZ 45/11; SZ 38/69, SZ 14/129). Der Begriff des Werkes ist hiebei in weitestem Sinn zu verstehen. Er umfaßt nicht nur die Herstellung, die Be- oder Umarbeitung, die Wiederherstellung oder die Ausbesserung einer körperlichen Sache, sondern auch die Schaffung ideeller unkörperlicher, also geistiger Werke (EvBl 1982/95; SZ 47/145; Krejci aaO Rdz 9; Adler-Höller in Klang 2 V 373 f). Nach diesem weiten Begriffsverständnis sind auch Programmiererverträge Werkverträge, wenn sich der Programmierer verpflichtet, ein

den Anforderungen des Bestellers entsprechendes, individuelles Datenverarbeitungsprogramm eigenverantwortlich zu erstellen (Krejci aaO Rdz 52). Auch die entgeltliche Anpassung eines bereits vorhandenen Programmes und die Produktion fallen bei gegebener Eigenverantwortlichkeit unter den Begriff des Werkvertrages. Nur wenn nach dem Parteiwillen lediglich die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft erreicht und entlohnt werden sollte, läge ein Dienstvertrag vor (Arb 9489 mwN; vgl auch Krejci aaO Rdz 97 zu § 1151). Nach dem Inhalt des zwischen der Firma L\*\*\* und der beklagten Partei abgeschlossenen Vertrages schuldete letztere die Herstellung eines Erfolges. Es lag auch keine Eingliederung der beklagten Partei in den Betrieb der Fa. L\*\*\* oder deren persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit von der Fa. L\*\*\* vor. Mangels einer anders lautenden Vereinbarung ist der Unternehmer beim Werkvertrag nicht zur persönlichen Herstellung des Werkes verpflichtet. Er kann sich zur Herstellung des Werkes nicht nur seiner Gehilfen bedienen, sondern auch die Ausführung des Werkes ganz oder zum Teil einem anderen Unternehmer, dem Subunternehmer übertragen. Auch im Verhältnis zwischen Unternehmer und Subunternehmer liegt dann ein Werkvertrag vor. Dem ersten Unternehmer kommt hiebei die Stellung des Bestellers, dem Subunternehmer die des Unternehmers zu. Ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen dem Subunternehmer und dem ersten Besteller entsteht nicht (Adler-Höller aaO 378 f; Krejci aaO Rdz 75; Gschnitzer, Schuldrecht Bes.Teil und Schadenersatz 90). Es sind dann zwei rechtlich selbständige Vertragsverhältnisse gegeben. Im vorliegenden Fall hatte die beklagte Partei schon mit Vereinbarung vom 2.10.1975 einen Teil der ihr obliegenden Werkleistungen dem F\*\*\* G\*\*\* übertragen, das sich ihrerseits des Klägers zur Programmadaptation bediente. Die rechtlichen Beziehungen des Klägers zum F\*\*\* G\*\*\* brauchen hier nicht erörtert zu werden, weil sie nicht Gegenstand dieses Rechtsstreites sind. Mit Vereinbarung der Streitteile vom 10.1.1978 übernahm es aber der Kläger, das Projekt S 1170 alleinverantwortlich zu Ende zu führen. Zutreffend haben die Vorinstanzen einen Übergang des Entgeltanspruches der beklagten Partei gegen die Fa. L\*\*\* auf den Kläger auf Grund dieser Vereinbarung abgelehnt. Aus dem Vertragsverhältnis zwischen der Fa. L\*\*\* und der beklagten Partei war nur letztere gegen die Fa. L\*\*\*forderungsberechtigt. Ein Forderungsübergang auf den Kläger hätte im Wege einer Zession oder einer Vertragsübernahme erfolgen können. Dem Wortlaut der Vereinbarung vom 10.1.1978 ist eine Übertragung des Entgeltanspruches der beklagten Partei gegen den Besteller oder eine Übertragung des Schuldverhältnisses zwischen der beklagten Partei und der Fa. L\*\*\* in seiner Gesamtheit, wozu es überdies der Einwilligung der Fa. L\*\*\* bedurfte hätte (Koziol-Welser 6 I 238), nicht zu entnehmen. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen war die Parteienabsicht bei Abschluß dieser Vereinbarung auch nur darauf gerichtet, daß der Kläger die weiteren Arbeiten, soferne nicht eine Fortsetzung im Rahmen der mathematisch-statistischen Sektion zu erreichen ist, jedenfalls alleinverantwortlich durchführt. Die beklagte Partei verpflichtete sich, dem Kläger die erforderlichen Rechenzeiten gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen (AS 474). Für seine bisherige Tätigkeit erhielt der Kläger von der beklagten Partei ein bestimmtes Entgelt, für die noch zu erbringenden Leistungen wurde ein bestimmtes Entgelt nicht vereinbart, weil deren Ausmaß noch nicht überblickbar war. Daraus ergibt sich, daß keine Zession oder Vertragsübernahme angestrebt wurde, weil es dann nicht dieser besonderen Entgeltabsprache bedurfte hätte. Auch der Kläger schuldete nach dieser Vereinbarung nicht bloß die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft, sondern die Herstellung eines bestimmten Erfolges. Auch er war nicht in den Betrieb der beklagten Partei eingegliedert und es bestand keine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit. Er erlangte somit auf Grund dieser Vereinbarung die Stellung eines Subunternehmers der beklagten Partei mit einem angemessenen Entgeltanspruch. Dieser Entgeltanspruch war jedoch, soweit sich die beklagte Partei nicht zur Vorauszahlung verpflichtet hatte, gemäß § 1170 ABGB erst nach Vollendung und Übergabe des Werkes - eine Verpflichtung des Klägers auch zur Übergabe ist hier schon nach der Art des herzustellenden Werkes anzunehmen - fällig. Solange das Werk nicht ausgeführt und abgeliefert ist, hat der Unternehmer nach § 1170 ABGB keinen Anspruch auf das Entgelt (Adler-Höller aaO 401). Der Kläger war aber ab 14.6.1978 nicht mehr bereit, "ohne Regelung" am Projekt S 1170 weiterzuarbeiten, wobei er eine Vertragsübernahme anstrebe (AS 477). Ein solcher Anspruch kam dem Kläger nach der getroffenen Vereinbarung aber nicht zu. Auf die spätere Vollendung des Werkes und seine Ablieferung an die Fa. L\*\*\* kann sich der Kläger nicht berufen, weil diese Leistungen auf Grund des von ihm mit der Fa. L\*\*\* abgeschlossenen Vertrages erfolgten. Die Vollendung und Ablieferung des Werkes an die beklagte Partei unterblieb somit auf Grund eines auf Seiten des Unternehmers gelegenen Umstandes. Die Bestimmungen der §§ 1165 f ABGB enthalten für diesen Fall keine Sonderregelung. Der § 1168 ABGB erfaßt nur bestellerbedingte Verhinderungen oder Verzögerungen. Ist dagegen dem Unternehmer die Werkherstellung mangels eigener Leistungsbereitschaft nicht möglich oder will der Unternehmer ganz einfach nicht leisten, steht ihm nach § 1168 ABGB kein Entgeltanspruch zu (Krejci aaO Rz 6 zu § 1168). Neben den werkvertraglichen Sonderbestimmungen sind aber, soweit diese nicht eine abschließende Regelung treffen, stets auch

die allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätze anzuwenden. Liegt daher kein dauerndes Leistungshindernis vor, was im vorliegenden Fall nicht einmal behauptet wurde, kann der Besteller bei Verzug des unternehmers gemäß § 918 ABGB Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung begehren oder unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten. Bei teilbarer Leistung kann der Rücktritt auch nur hinsichtlich einzelner Teilleistungen begeht werden. Ein Wahlrecht zwischen Leistungsaustausch und Rücktritt steht dem Besteller auch bei Unmöglichkeit der Leistung zu, wenn der Unternehmer die Unmöglichkeit verschuldet oder sonst zu vertreten hat (§ 920 ABGB; vgl. hiezu Koziol-Welser a.a.O. 185). Ein Entgelt- bzw. Vergütungsanspruch des Klägers für die der beklagten Partei bereits erbrachten Werkleistungen käme daher nur nach dieser Bestimmung in Betracht. Für die Annahme eines Rücktritts der beklagten Partei von dem mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrag liegen aber keine Anhaltspunkte vor. Es wurden in dieser Richtung auch keine Behauptungen aufgestellt. Die dargelegte, von den Vorinstanzen abweichende Rechtsmeinung wurde von den Parteien bisher auch gar nicht bedacht. Sie wird daher mit ihnen zu erörtern sein (vgl. Fasching II 874; SZ 50/35). Ob die beklagte Partei mit Rücksicht auf die Auflösung ihres Vertragsverhältnisses mit der Firma L\*\*\* noch ein Interesse an der Erfüllung hat, liegt in ihrem Entscheidungsbereich. Nach der Art der vom Kläger geschuldeten Leistung kann aus der Vertragsauflösung der beklagten Partei mit dem ersten Besteller noch nicht eine völlige Zwecklosigkeit der vom Kläger der beklagten Partei noch geschuldeten Leistung abgeleitet werden. Je nach dem Ergebnis der Erörterung ist dann das Verfahren allenfalls zu ergänzen. Sollte sich hiebei die Notwendigkeit ergeben, auf die Gegenforderungen der beklagten Partei einzugehen, wird zu beachten sein, daß für die Beurteilung der Gegenforderung für Rechenzeiten für das IGV-Programm die Feststellung des Fakturwertes dieser Rechenzeiten nicht ausreicht. Für die Beurteilung der Frage, ob und in welcher Höhe der beklagten Partei für diese Rechenzeiten ein Entgeltanspruch zusteht, kommt es auf die Parteienvereinbarung an. Darüber liegen aber bisher keine Feststellungen vor.

Demgemäß ist der Revision Folge zu geben.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.

#### **Anmerkung**

E08872

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1985:0020OB00668.84.0115.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19850115\_OGH0002\_0020OB00668\_8400000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)