



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Rechtsmittelgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende sowie die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A***** GmbH, *****, vertreten durch Fiebinger, Polak, Leon & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei F***** AG, *****, vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Partnerschaft von Rechtsanwälten in Wien, und der Nebenintervenientin B***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Thomas Kustor, Rechtsanwalt in Wien, wegen 1.483.920 EUR sA, über die Revision und den Rekurs der klagenden Partei gegen das Urteil und den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 18. Jänner 2010, GZ 4 R 313/09t-155, womit das Urteil des Landesgerichts Korneuburg vom 5. Juni 2009, GZ 6 Cg 157/03y-144, teilweise abgeändert und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision und dem Rekurs wird Folge gegeben.

Die angefochtenen Entscheidungen werden dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 5.238,90 EUR bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin 873,35 EUR USt) sowie die mit 21.555,16 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 752,30 EUR USt und 17.041,37 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Beklagte schrieb 1998 einen zweistufigen internationalen Realisierungswettbewerb für die städtebauliche Konzeption eines Flughafens in Form einer Auslobung aus. Die Auslobungsunterlagen wiesen darauf hin, dass die künftige Leistung des aufgrund des Wettbewerbs und des nachfolgenden Vergabeverfahrens ausgewählten Auftragnehmers bestimmten Kriterien genügen müsse, diese Leistungen im Anschluss an den Wettbewerb an einen der Teilnehmer der zweiten Stufe zu vergeben sei, was auch den Teilnehmern des Wettbewerbs offen stehe, und schließlich das sachliche Eigentumsrecht an allen prämierten Wettbewerbsprojekten (Preise und Ankäufe) durch die Bezahlung des Preisgeldes an den Auslober übergehe, die Projektverfasser jedoch das geistige Eigentum an den eingereichten Projekten behielten.

Die Klägerin beteiligte sich ebenso wie die spätere Nebenintervenientin auf Seiten der Beklagten an diesem Wettbewerb. Zwar hielt die Beklagte in einem Schreiben an die Wettbewerbsteilnehmer ausdrücklich fest, dass als Planungsgrundlage des Wettbewerbs eine Variante heranzuziehen sei, die den Hauptast des zu planenden Terminals in der „Rollgasse 80“ vorsehe, die Klägerin arbeitete aber überdies auch eine Variante aus, die die Pier-Entwicklung in der „Rollgasse 70“ vorsah.

Im Juni 1999 wurde sowohl das Projekt der Klägerin als auch jenes der Nebenintervenientin ex aequo als Preisträger ausgewählt und mit je 1,5 Mio S prämiert. Schließlich wählte die Beklagte das Projekt der Nebenintervenientin aus und erteilte ihr am 17. 11. 2000 den Zuschlag als Bestbieter. Über Wunsch der Beklagten kam es

in der Folge zu Änderungen und Überarbeitungen, die im Entwurf der Nebenintervenientin aus dem Jahr 2003 ihren Niederschlag fanden.

Das Projekt der Nebenintervenientin sah - den Vorgaben der Auslobung folgend - die Pier-Entwicklung in der Rollgasse 80 vor, der Pier war nach seinem gestalterischen Erscheinungsbild als ausgeprägte Sichel geplant, die Gepäckführung auf der Ebene 0 vorgesehen, die Gestaltung des Gepäck-Check-in-Schalters zeigte eine lineare, die Gebäudeform begleitende Anordnung.

Das Projekt der Klägerin entsprach einerseits der geforderten Lage des Piers in Rollgasse 80, das Alternativprojekt sah aber die Pier-Entwicklung Ost in der Rollgasse 70 und die Gepäckführung im Untergeschoss (Ebene -1) vor. Dadurch ergaben sich ausreichende Höhen, um die in der Ausschreibung vorgesehene Durchfahrtslichte von 4,5 m an der Pier-Wurzel zu erreichen. Die Gepäck-Check-in-Schalter waren in Form von rechtwinkelig zur Gebäudeform angeordneten Schalterinseln gestaltet, die Erschließung des Terminalgebäudes war mittels eines „Aerowalk“ als rasche und funktionale Verbindung zwischen Terminal und Bahntrasse sowie dem Office-Park geplant. Der Entwurf der Nebenintervenientin sah einen derart ausgeprägten „Aerowalk“ nicht vor.

Nach Zuschlagserteilung an die Nebenintervenientin überarbeitete diese über Wunsch der Beklagten ihren Entwurf weiter. Diese Änderungen bestanden in einer faktischen Übernahme von Teilen des Entwurfs der Klägerin. Nunmehr sah der Entwurf der Nebenintervenientin (Jänner 2003) die Pier-Entwicklung Ost in Rollgasse 70 und den Gepäcktransport im Untergeschoss (Ebene -1) vor, sowie die Gestaltung der Check-in-Schalter in Form von

Schalterinseln. Diese Konzeption ermöglichte die von der Beklagten vorgegebene Durchfahrtslichte von 4,5 m an der Pier-Wurzel. Durch die Pier-Verlegung verringerte sich die Betonung des sichelförmigen Charakters, dem gegenüber wurde der Achsencharakter des Entwurfs betont. Einen Aerowalk entsprechend dem Entwurf der Klägerin sah der Entwurf der Nebenintervenientin 2003 nicht vor.

Die Beklagte hätte 1.296.000 EUR (inklusive USt) aufwenden müssen, um bei Beauftragung eines Architekten im Jahr 1998 die gleichen Leistungen zu erhalten, die sie durch teilweise Übernahme des Alternativentwurfs der Klägerin erlangte.

Mit ihrer am 19. 12. 2003 eingebrachten Klage begehrte die Klägerin zunächst 593.568 EUR. Die Beklagte verwende mehrere Planungsleistungen der Klägerin (Pier-Entwicklung in Rollgasse 70, Konzeption der Gepäckskontrolle, Sortier- und Transportanlage, Durchfahrtshöhe an der Pier-Wurzel, Terminalgestaltung in Form von Schalterinseln sowie die Aspekte „Vogel im Flug“ und „Aerowalk“) ohne deren Zustimmung oder Entlohnung in rechtswidriger Weise. Der Anspruch gründe sich auf § 86 UrhG, § 1041 ABGB und das sonstige Bereicherungsrecht. Das Ausmaß jener funktionell-logistischen und gestalterischen Leistungen, die von der Beklagten übernommen worden seien, seien mit 30 % des Gesamtprojekts zu bestimmen. Aus Gründen prozessualer Vorsicht mache die Klägerin jedoch nur ein Drittel dieses Anspruchs, also einen 10 %-Anteil am Gesamtprojekt geltend. Eine Honorierung in diesem Umfang stehe ihr in jedem Fall zu. Eine Ausdehnung nach Vorliegen des gerichtlichen Sachverständigengutachtens behielt sich die Klägerin vor.

Mit Zwischenurteil vom 4. 9. 2007 sprach der

Oberste Gerichtshof aus (4 Ob 62/07g), dass das Klagebegehren von 593.568 EUR sA dem Grunde nach zu Recht besteht. Der Klägerin sind jene ersparten Aufwendungen zu ersetzen, die die Beklagte bei Befassung eines Architekten im Zusammenhang mit folgenden übernommenen Planungsleistungen hätte tätigen müssen: Pier-Entwicklung in Rollgasse 70, Konzeption der Gepäckskontrolle, Sortier- und Transportanlage, Durchfahrtshöhe an der Pier-Wurzel, Terminalgestaltung in Form von Schalterinseln. Hinsichtlich der Aspekte „Vogel im Flug“ und „Aerowalk“ besteht mangels Übernahme eines planerischen Konzepts kein Anspruch.

Am 25. 1. 2008 dehnte die Klägerin ihr Begehren auf 1.483.920 EUR als angemessene Abgeltung für die übernommenen Planungsleistungen aus. Diese entsprächen zumindest 25 % des Vorentwurfs des Gesamtprojekts. Das von der Beklagten geschuldete angemessene Entgelt von 25 % laut Honorarordnung ergebe den ausgedehnten Klagebetrag.

Die Beklagte wendete Verjährung des ausgedehnten Klagebegehrens ein. Zur Höhe machten sie und die auf ihrer Seite beigetretene Nebenintervenientin geltend, dass bei der Ideenverwendung keinesfalls die Dichte eines Vorentwurfs erreicht worden sei. Im Hinblick auf die geringe Planungstiefe werde die Höhe der Bemessungsgrundlage und der angewendete Prozentsatz bestritten. Schon gar nicht liege die Ersparnis der Beklagten in der geltend gemachten Höhe. Die herangezogene Bemessungsgrundlage sei auch verfehlt, weil es nicht um das Gesamtprojekt, sondern nur um die Übernahme von vier Einzelelementen gehe. Die enormen Kosten der Tieferlegung der Bahntrasse seien nicht angefallen. Die übernommenen einzelnen Planungsideen bildeten nur einen Bruchteil der gesamten Planung und seien

weit unterhalb der geltend gemachten Prozentsätze, genau genommen bei Null anzusetzen.

Das Erstgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung von 1.296.000 EUR sA und wies das Mehrbegehren von 187.920 EUR sA ab. Bei Berechnung des zu zahlenden Entgelts seien die „eingesparten“ Leistungen eines Architekten nach den für derartige Aufträge üblichen Honorarrichtlinien für Architektenleistungen (GOA) zu bewerten. Hier gehe die Architektenleistung über das Leistungsbild gemäß § 37 GOA (bloße städtebauliche Gestaltungsaufgabe) hinaus, sodass grundsätzlich eine Bewertung als Vorentwurf nach § 10 GOA vorzunehmen sei. Eine isolierte Befassung eines Architekten mit der Planung ausschließlich der übernommenen Teilbereiche wäre widersinnig. Daraus folge, dass den einzelnen übernommenen Teilbereichen kein auf sie entfallendes jeweils gesondertes Auftragsvolumen zugrundegelegt werden könne. Vielmehr sei vom Gesamtauftragsvolumen auszugehen und der auf die übernommenen Teilbereiche fallende Leistungsumfang quotenmäßig zu ermitteln. Für die Berücksichtigung einer Honorarersparnis der Beklagten gegenüber der Nebenintervenientin bleibe kein Raum. Der Verjährungseinwand gehe fehl, weil die kurze Verjährungsfrist des § 1486 ABGB nur dann gelte, wenn der der Bereicherung zugrundeliegende und getilgte Anspruch der kurzen Verjährungsfrist unterliege. Hier fehle es an einer Leistung der Klägerin an die Beklagte, welche der kurzen Verjährungsfrist nach § 1486 ABGB zu unterstellen wäre.

Das Berufungsgericht wies ein Klageteilbegehren (unter Einschluss des bereits in erster Instanz abgewiesenen Begehrens) von 890.352 EUR sA ab, hob das Urteil in Ansehung eines Zuspruchs von 593.568 EUR sA auf und

verwies die Rechtssache insoweit zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision und der Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss zulässig seien, weil die Anwendung des § 1486 Z 1 ABGB auf nach § 1041 ABGB abzugeltende Architektenleistungen sowie die Frage einer allfälligen Analogie zu § 86 Abs 1 UrhG vom Obersten Gerichtshof noch nicht beurteilt worden seien.

Die Klageforderung sei im Umfang der Ausdehnung vom 25. 1. 2008 (890.352 EUR) abzüglich der rechtskräftigen Teilabweisung verjährt. Die weite Fassung des § 1486 Z 1 ABGB solle nach den Absichten des Gesetzgebers „so ziemlich den ganzen geschäftlichen Verkehr umfassen“, Kaufleute sollten ihre Forderungen grundsätzlich binnen drei Jahren geltend machen. Die Bestimmung erfasse von ihrem Wortlaut her nicht nur vertragliche Entgeltansprüche, sondern auch Verwendungsansprüche nach § 1041 ABGB. Der hier zu beurteilende Verwendungsanspruch entspringe dem geschäftlichen Verkehr der Streitteile. Nach § 90 Abs 1 UrhG richte sich die Verjährung des Anspruchs auf angemessenes Entgelt oder angemessene Vergütung nach den Vorschriften für Entschädigungsklagen, betrage also ebenfalls nur drei Jahre. Es wäre ein dem Gesetzgeber nicht zu unterstellender Wertungswiderspruch, demjenigen, welchem urheberrechtlicher Sonderrechtsschutz zukomme, verjährungsrechtlich schlechter zu stellen als demjenigen, welcher seine Ansprüche nur auf § 1041 ABGB stützen könne. Auch ein Analogieschluss zu § 90 Abs 1 UrhG führe zum Ergebnis, dass der hier gegenständliche Verwendungsanspruch der kurzen Verjährungsfrist des § 1489 ABGB unterliege. Das vom Verjährungseinwand nicht betroffene (ursprüngliche) Klagebegehren habe Entgelt für

vier von der Klägerin übernommene und zu honorierende Bereiche einerseits und für nicht zu honorierende Aspekte andererseits enthalten. Es bedürfe zur Beurteilung der innerhalb der Verjährungsfrist geltend gemachten Ansprüche nicht nur der Feststellung eines insgesamt darüber gelegenen angemessenen Entgelts, es sei vielmehr erforderlich, jenen Anteil am ursprünglichen Klagebetrag auszumitteln, der auf die Aspekte „Vogel im Flug“ und „Aerowalk“ entfalle. Insoweit sei mangels Übernahme und damit mangels Anspruchsgrundlage mit Klageabweisung vorzugehen. Diese gebotene Differenzierung setze aber bislang nicht getroffene Feststellungen voraus.

Die Revision und der Rekurs der Klägerin, mit denen sie erkennbar die Wiederherstellung des (größtenteils klagestattgebenden) Ersturteils anstrebt, ist zulässig und berechtigt.

Die Klägerin führt gegen die (teilweise) Klageabweisung wegen Verjährung ins Treffen, sie habe keine Leistung erbracht, vielmehr habe sich die Beklagte die Planungsleistung der Klägerin angeeignet. Der klageweise geltend gemachte Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB verjähre in 30 Jahren, die Ausnahmeregelung des § 1486 Z 1 ABGB sei nicht anwendbar.

Gemäß ständiger Rechtsprechung und nach herrschender Lehre verjähren Verwendungsansprüche nach § 1041 ABGB grundsätzlich in 30 Jahren (RIS-Justiz RS0020167; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 1041 Rz 18; *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ Vor §§ 1431 ff Rz 23, je mwN).

§ 1486 Z 1 ABGB statuiert eine dreijährige Verjährungsfrist für „Forderungen für Lieferung von Sachen oder Ausführung von Arbeiten oder sonstige Leistungen in einem gewerblichen, kaufmännischen oder sonstigen

geschäftlichen Betrieb“. Von seinem Wortlaut her erfasst er damit nicht nur vertragliche Entgeltansprüche, sondern alle Forderungen, die durch die in einem geschäftlichen Betrieb erfolgte Lieferung von Sachen oder Ausführung von sonstigen Leistungen begründet wurden. Nach der Rechtsprechung werden daher nicht nur Forderungen aus einem gültigen Vertragsverhältnis erfasst, sondern auch solche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, Aufwendersatzansprüche oder Bereicherungsansprüche aus ungültigen, sonst jedoch § 1486 Z 1 ABGB unterliegenden Rechtsgeschäften (1 Ob 32/08z = RdW 2008, 516; *Dehn* in KBB² § 1486 ABGB Rz 2 mwN).

„Ausführung von Arbeiten“ umfasst Arbeiten aller Art, lediglich Entgeltansprüche der Dienstnehmer sind im § 1486 Z 5 ABGB besonders geregelt, sodass sich § 1486 Z 1 ABGB nur auf die Forderungen des Unternehmers bezieht. Unter „sonstige Leistungen“ fallen jedenfalls Forderungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag, Geschäftsbesorgung und Auskunftserteilung, sofern die Leistung in einem kaufmännischen oder sonstigen geschäftlichen Betrieb erfolgte; ganz allgemein somit auch die Forderungen aus der beruflichen Tätigkeit der Architekten, der Finanz- und Wirtschaftsberater sowie der Hausverwalter (*M. Bydlinski* in *Rummel*³ § 1486 ABGB Rz 3 mwN zur Rsp).

Hier liegt aber kein der Ausnahmeregel des § 1486 Z 1 ABGB zu unterstellender Fall vor. Die Forderung, die nach dieser Gesetzesstelle der dreijährigen Verjährungsfrist unterworfen ist, muss das Entgelt für eine der im Gesetz aufgezählten Gegenleistungen bilden (8 Ob 511/79 = JBl 1980, 149; *Sprung/König*, Die Verjährung der von einem gewerbsmäßigen Hausverwalter zur Bestreitung der laufenden Betriebsausgaben einer

Wohnungseigentumsanlage bevorschussten Auslagen, JBI 1977, 247 [250]). Ein synallagmatisches Leistungsverhältnis (Vertrag, Auftrag, Geschäftsbesorgung) liegt im Anlassfall nicht vor. Die hier begehrten Ansprüche sind nicht das Entgelt für erbrachte Leistungen, sondern resultieren aus der Verwendung des Vermögens der Klägerin für Belange der Beklagten. Qualifiziert nach § 1486 Z 1 ABGB sind nur Forderungen in einem geschäftlichen Betrieb als Gegenleistung für die Lieferung von Sachen/Ausführung von Arbeiten, nicht aber Gegenansprüche bloß aus Anlass solcher Geschäfte (*Sprung/König* aaO 251). Hier haben der Geschäftsbetrieb der Klägerin und deren Teilnahme an der Ausschreibung der Beklagten nur den Anlass für den geltend gemachten Bereicherungsanspruch geboten.

Die Rechtsprechung hat eine Erweiterung des Tatbestands auf bestimmte Bereicherungsansprüche bejaht (Nachweise *Dehn* in KBB², § 1486 ABGB Rz 2; dort bei Aufwandersatz unrichtig § 1041 statt § 1014 ABGB zitiert), doch resultiert in diesem Fall der Bereicherungsanspruch - anders als zu 1 Ob 182/98s oder 10 Ob 148/05m - nicht aus einem ungültigen, sonst aber § 1486 ABGB unterliegenden Rechtsgeschäft, es liegt vielmehr gerade kein Rechtsgeschäft zwischen den Parteien betreffend jene Planungsleistungen vor, deren Wertersatz die Klägerin begehrt. Diese Leistungen wurden von der Beklagten rechtsgrundlos verwendet.

Mag auch die weite Fassung des Tatbestands nach § 1486 Z 1 ABGB nach den Absichten des Gesetzgebers „so ziemlich den ganzen geschäftlichen Verkehr umfassen“ (RIS-Justiz RS0034137), ändert dies nichts daran, dass Klagegrund in diesem Fall nicht eine im Geschäftsbetrieb der Klägerin entstandene Forderung aus der Ausführung von

Arbeiten gegen die auftraggebende Beklagte ist, sondern die rechtsgrundlose Verwendung einer Leistung der Klägerin.

Das Motiv des Gesetzgebers zur Verkürzung der Verjährungszeit lag in der Vermeidung von Beweisschwierigkeiten: die 30-jährige Verjährung für „Forderungen des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs des täglichen Lebens“ müsse im Interesse der Rechtssicherheit abgekürzt werden, weil man sich über solche Forderungen gewöhnlich Quittungen nicht geben lasse oder sie doch nicht durch 30 Jahre aufheben könne (zitiert in 8 Ob 511/79 = JBl 1980, 149 und ausführlicher bei *Sprung/König* aaO 251 f). Diese Überlegungen treffen auf den Fall der rechtsgrundlosen Verwendung einer Leistung nicht zu.

Hier liegt aber auch kein Fall eines Kondiktionsanspruchs nach § 1431 ABGB wegen einer im Rahmen einer im geschäftlichen Betrieb vorgenommenen irrtümlichen Mehrlieferung in vermeintlicher Erfüllung bestehender vertraglicher Verbindlichkeiten vor, welche gleichfalls der kurzen Verjährungsfrist nach § 1486 Z 1 ABGB unterstellt wurde (1 Ob 32/08z). Ist aber keine jener Bestimmungen, die eine kurze Verjährungsfrist vorsehen, sei es unmittelbar, sei es kraft Analogieschlusses (zu dessen Zulässigkeit auch bei Ausnahmeregelungen: *M. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 3 ff), anwendbar, hat es bei der grundsätzlichen für Verwendungsansprüche nach § 1041 ABGB geltenden 30-jährigen Verjährung zu bleiben (17 Ob 21/09a; 1 Ob 629/95; RIS-Justiz RS0020167).

Es bildet nach Ansicht des erkennenden Senats auch keinen Wertungswiderspruch, den Anspruch auf angemessenes Entgelt nach § 86 UrhG entsprechend § 90 Abs 1 UrhG nach drei Jahren als verjährt anzusehen, mangels urheberrechtlicher Ansprüche nach § 1041 ABGB zu

beurteilende Verwendungsansprüche hingegen erst nach 30 Jahren verjähren zu lassen. Die Regelungen des UrhG sehen für die Ansprüche des Schöpfers bestimmter Leistungen von den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts abweichende Bestimmungen vor, die in ihrer Gesamtheit ein System bilden. Das Herausgreifen einzelner Bestandteile dieses Systems - hier etwa die besondere Verjährungsbestimmung des § 90 Abs 1 UrhG - und deren (wertende) Gegenüberstellung mit einzelnen Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechts ist daher nicht zulässig. Dass der Anlassfall nicht den Tatbestand des § 1486 Z 1 ABGB erfüllt, bedeutet auch nicht, dass bereits eine durch Analogie zu schließende Lücke in den Verjährungsregeln des ABGB bestünde. Dass sich der hier zu entscheidende Fall wesentlich von jenen Fällen unterscheidet, welche bislang § 1486 Z 1 ABGB unterstellt wurden, wurde bereits oben dargelegt.

Auch die erst mehr als drei Jahre nach Aneignung der klägerischen Planungsleistungen durch die Beklagte erhobenen Verwendungsansprüche sind daher nicht verjährt. Die Klageabweisung im Umfang ihrer Ausdehnung im Jänner 2008 wegen Verjährung ist daher nicht berechtigt.

Ist die gesamte von der Klägerin erhobene Forderung nicht als verjährt anzusehen, erübrigt sich auch die Überlegung des Berufungsgerichts zur Aufschlüsselung des ursprünglichen Klagebegehrens im Hinblick auf die verschiedenen vergütungspflichtigen Elemente der von der Beklagten sich angeeigneten planerischen Leistung der Klägerin.

In Stattgebung des insgesamt berechtigten Rechtsmittels der Klägerin ist daher das Ersturteil wiederherzustellen.

Die Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gründet sich auf § 43 Abs 1 und 2 zweiter Fall ZPO; die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens auf §§ 41 und 50 ZPO.

Bei der aus Anlass der Abänderung der Entscheidung des Berufungsgerichts vom Obersten Gerichtshof neu zu fassenden Entscheidung (auch) über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind auch die Argumente der Streitparteien in ihren gegen die erstgerichtliche Kostenentscheidung gerichteten Rechtsmitteln zu berücksichtigen. Diesen kommt aber jeweils keine Berechtigung zu.

Im ersten Verfahrensabschnitt obsiegte die Klägerin nur in Ansehung von vier (der insgesamt fünf geltend gemachten) Teilaspekten der übernommenen Planungsleistung. Insoweit kann nicht von einer bloßen Ausmittlung der Höhe der berechtigten Klageforderung mittels Sachverständigengutachtens gesprochen werden, vielmehr erwies sich der klägerische Anspruch aus rechtlichen Gründen als teilweise unberechtigt. Im zweiten Verfahrensabschnitt war hingegen ausgehend von den mit Zwischenurteil des Obersten Gerichtshofs für grundsätzlich ersatzfähig erkannten von der Beklagten übernommenen Planungsleistungen mittels Sachverständigen die Höhe des angemessenen hierfür zu leistenden Entgelts festzulegen. Es lag daher ein Anwendungsfall der Bestimmung des § 43 Abs 2 zweiter Fall ZPO vor. Von einer die Anwendung dieser Bestimmung ausschließenden Überklagung kann hier nicht gesprochen werden, zumal die Klägerin mit etwa 85 % ihres Begehrens durchgedrungen ist. Es gereicht ihr daher auch nicht zum Nachteil, dass es ihr aufgrund eigener Fachkunde in einem vom Durchschnittsfall abweichenden höheren Maß

möglich war, den Prozesserfolg im Vorhinein einzuschätzen. Was die vom Erstgericht bei der Barauslagenbestimmung nach Ansicht der Klägerin übersehen vorgeschossenen Sachverständigengebühren anlangt, ist darauf zu verweisen, dass das Erstgericht in der Verhandlungstagsatzung vom 27. 1. 2006 mit den Parteien erörterte, die unverbrauchten Vorschüsse von je 750 EUR an die Erleger zurückzustellen (Protokoll ON 82 = AS 381 in Band II). Sollte die in Aussicht gestellte Rückzahlung bislang nicht erfolgt sein, wird sie das Erstgericht nachzuholen haben.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 5. Oktober 2010
Dr. S c h e n k
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: