
Datum: 12.08.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 120/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0812.12U120.09.00

Vorinstanz: Landgericht Siegen, 2 O 257/05

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 13.03.2009 verkündete Urteil des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Siegen abgeändert.

Es wird festgestellt, dass die nachstehend aufgeführten Gegenstände und Software dem Tenor des Urteils des Landgerichts Siegen vom 10.06.2003, Az. 6 O 31/01, entsprechen und die Beklagte sich mit der Annahme dieser Waren in Annahmeverzug befindet:

1) zu I a) des Tenors:

1 CD Software X, Version ###, Lizenz-Nr. -#####, inkl. gedruckter Handbü-cher,

1 CD Software X2, Version ###, Serien-Nr. -#####/#####, inkl. gedruckter Handbücher,

1 CD Software X3, Version 1.0, Serien-Nr. -#####/#####, inkl. Upgrade auf Version ###, Serien-Nr. #####/#####, inkl. gedruckter Handbü-cher,

2) zu I b) des Tenors:

1 CD Software X4, Version ####, Lizenz-Nr. #####, inkl. gedruckter Handbü-cher,

1 CD Software X2, Version ####, Serien-Nr. #####/#####, inkl. gedruckter Handbücher,

1 CD Software X3, Version ####, Serien-Nr. #####/#####, inkl. Upgrade auf Version ####, Serien-Nr. #####/#####, inkl. gedruckter Handbü-cher.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird gestattet, die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des beizutreibenden Betrages abzu-wenden, falls nicht die Gegenseite zuvor Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe	1
(gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 ZPO)	2
I.	3
Der Kläger begehrt als Insolvenzverwalter über das Vermögen der D AG die Feststellung, dass eine bestimmte Version einer Software zur Erfüllung einer Lieferverpflichtung aus einer Zug-um-Zug-Verurteilung geeignet ist und sich die Beklagte mit der Annahme der Leistung in Verzug befindet.	4
Die Beklagte wurde im Verfahren 6 O 31/01 LG Siegen = 13 U 151/03 OLG Hamm rechtskräftig zur Zahlung von 84.600,77 € an den Kläger nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe einer bestimmten Software verurteilt. Mit dieser Software wollte sie ur-sprünglich ein Internet-Portal erstellen, das sie jedoch sodann auf anderem Wege realisierte. Nach dem Urteil war die Software in der Version #### zu übergeben. Diese Version ist bei der Gemeinschuldnerin jedoch nicht mehr vorhanden und auch sonst nicht erhältlich. Die Annahme einer anderen Version der Software verweigerte die Beklagte als nicht erfüllungsg geeignet. Ein durch den Gerichtsvollzieher eingeholtes Sachverständigengutachten führte nicht zu einer Klärung der Angelegenheit.	5
Der Kläger hat behauptet, dass die Software-Version #### mit der Version #### identisch bzw. höherwertig sei. Der erstrittene Titel ist nach Auffassung des Klägers so auszulegen, dass auch diese Version der Software übergeben werden könne.	6

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass die von ihm in der Zwangsvollstreckung angebotenen Waren denen im8
Tenor des Urteils des Landgerichts Siegen vom 10.06.2003 entsprechen und die Beklagte
verpflichtet ist, diese abzunehmen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Identität und die Gleichwertigkeit der Software bestritten.

Das Landgericht hat ein schriftliches Sachverständigengutachten zur Ordnungsmäßigkeit der
angebotenen Software-Version ### eingeholt. Die mündliche Anhörung des
Sachverständigen hat es abgebrochen, nachdem dieser mitteilte, dass ihm die Version ###
nicht vorgelegen habe. Mit Urteil vom 13.3.2009, dem Kläger zugestellt am 23.3.2009, hat es
die Klage abgewiesen. Der Vortrag des Klägers zur notwendigen Identität der Software sei
unzureichend und nicht unter geeigneten Beweis gestellt. Der Sachverständige habe die
angebotene Software ### mit der tenorierten Software ### nicht vergleichen können. Im
Übrigen verbiete die Bestimmtheit des Titels dessen Auslegung unter Rückgriff auf den
ursprünglichen Vertragszweck.

Mit seiner am 6.4.2009 eingelegten und am 25.5.2009 (Montag) begründeten Berufung
verfolgt der Kläger seine in der ersten Instanz gestellten Anträge in der aus dem Tenor
ersichtlichen präzisierten Fassung weiter. Er rügt unter Wiederholung und Vertiefung seines
erstinstanzlichen Vorbringens materiellrechtliche Fehler des Landgerichts sowie die
mangelnde Ausschöpfung der angebotenen Beweise.

Die Beklagte verteidigt die Entscheidung des Landgerichts.

Der Senat hat die Vertreter der Beklagten im Termin vom 12.8.2009 persönlich angehört.

II.

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Der Kläger hat Anspruch auf die
begehrte Feststellung.

1.

Zutreffend geht das Landgericht von der Zulässigkeit der Feststellungsklage aus.

Kann der Gerichtsvollzieher – wie vorliegend - auch mit sachverständiger Hilfe nicht klären,
ob sich die angebotene Leistung zur Erfüllung einer tenorierten Leistungsverpflichtung eignet,
ist die Feststellungsklage ein geeignetes Instrument des Verpflichteten und ein
Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 Abs. 2 ZPO gegeben (vgl. BGH NJW 1972, 2268;
MDR 1977, 133; OLG Zweibrücken NJW-RR 1997, 1; zu Software LG Landau CR 1996, 30;
zum Baurecht Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl. Rn. 2739; ferner Heßler in
Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. § 756 Rn. 55).

Zwar ergeben sich Unklarheiten bei der Zug-um-Zug- oder bei der Herausgabevollstreckung
zumeist daraus, dass der Titel nicht hinreichend bestimmt ist. So fehlen bei
herauszugebender oder zu liefernder Software oftmals konkrete Merkmale, die es dem
Gerichtsvollzieher ermöglichen, die Software eindeutig zu identifizieren (vgl. etwa OLG

Koblenz OLGR 2000, 520; KG Berlin NJW-RR 1994, 959; LG Düsseldorf CR 1995, 220, welches eine Identifizierbarkeit bereits anhand der äußeren Merkmale der überreichten Datenträger verlangt).

Jedoch ist die Zulässigkeit einer entsprechenden Feststellungsklage nicht auf Fälle einer mangelnden Bestimmtheit des Titels beschränkt. Denn auch bei einem bestimmten Titel sind Fälle denkbar, die ein berechtigtes Interesse an der Feststellung begründen, dass eine abweichende Leistung gleichermaßen erfüllungsgeeignet ist. So weist Y2 gerade für den Softwarebereich auf die Gefahr einer zu starken Präzision eines Titels hin, die schon bei geringsten Abweichungen zur Unvollstreckbarkeit führen kann (vgl. Handbuch des EDV-Rechts, 4. Auflage, S. 2143 Rn. 181). Aus der Erfahrung des auch für Bausachen zuständigen Senats ist etwa an den Fall zu denken, dass ein Werklohn Zug um Zug gegen die Beseitigung von Mängeln geschuldet und dabei ein konkreter Reparaturweg titulierte wird, der sich jedoch vor Ort nicht realisieren lässt.

2. 23

Die Feststellungsklage ist im Ergebnis auch begründet. 24

a. 25

Zwar geht das Landgericht zutreffend davon aus, dass im Rahmen einer Zug-um-Zug-Vollstreckung die von dem insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Gläubiger geschuldete Gegenleistung grundsätzlich so angeboten werden muss, wie sie im Vollstreckungstitel beschrieben ist (vgl. BGH WM 2005, 1954; Musielak/Lackmann, ZPO, 4. Aufl. § 756 Rn. 4), und nur bei Unklarheiten Tatbestand und Entscheidungsgründe des zu vollstreckenden Urteils zur Konkretisierung der von dem Gläubiger geschuldeten Leistung herangezogen werden können, ohne dass dadurch materiell-rechtliche Fragen des rechtskräftig abgeschlossenen Prozesses neu aufgerollt werden dürfen (vgl. Heßler in Münchener Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. § 756 Rn. 27).

Auch steht vorliegend schon nach dem Vortrag des Klägers selbst fest, dass die Versionen ### und ### der Programme X und X4 nicht identisch sind. Denn der Kläger trägt wiederholt vor, dass es sich bei der Version ### um eine sogenannte Beta- oder Testversion gehandelt habe, welche eigentlich noch nicht für den offiziellen Verkauf gedacht gewesen sei, während die Version ### die erste marktreife Version darstelle, die insgesamt höherwertiger sei. Das lässt sich nicht anders verstehen, als dass die Versionen gerade nicht identisch sind, sondern zwischen ihnen noch gewisse Entwicklungsschritte liegen, wenn diese auch geringfügig sein mögen.

b. 28

Jedoch greift die angegriffene Entscheidung nach Auffassung des Senats zu kurz, wenn sie allein auf die "technische Identität der Software in jedem Detail" abstellt, ohne sich mit der Frage zu beschäftigen, ob aufgrund der vom Kläger behaupteten Gleich- bzw. Höherwertigkeit der angebotenen Version 1.5 unter der Berücksichtigung von Billigkeitsaspekten ausnahmsweise auch diese andere Version zur Erfüllung der titulierten Leistungspflicht geeignet ist.

An dieser Stelle sind vielmehr grundsätzlich die berechtigten Interessen der Parteien gegeneinander abzuwägen. Dabei ist einerseits zu bedenken, dass es eine vermeidbare Nachlässigkeit des Klägers bzw. der Gemeinschuldnerin darstellt, die verkaufte und den 30

Gegenstand des ursprünglichen Rechtsstreits bildende Software Version #### nicht aufbewahrt zu haben. Auf der anderen Seite mag der Kläger bzw. die Gemeinschuldnerin angenommen haben, im wohlverstandenen Interesse der Beklagten zu handeln, indem die jeweils aktuellste Fassung der Software vorgehalten wurde, zumal nach dem ursprünglich geschlossenen Vertrag vom 29.9.2000 auch Softwarepflege und Support inklusive der Lieferung von Updates, welche sich allerdings auf eine andere Software bezogen, geschuldet war. Im Ergebnis war es der Beklagten jedenfalls dann zuzumuten, anstelle der Version #### die Version #### abzunehmen, wenn diese unter funktionalen Aspekten tatsächlich gleich- oder sogar höherwertig war und außerdem keinerlei andere Nachteile – etwa die Systemumgebung betreffend – für die Beklagte aufwies.

Dabei ist dem Landgericht zwar darin zuzustimmen, dass die Darlegungen und Beweisantritte des Klägers ausführlicher hätten ausfallen können und müssen. Anstelle der recht pauschalen Behauptung zur Gleich- bzw. Höherwertigkeit, verbunden mit der Vorlage einer ebenfalls pauschalen eidesstattlichen Versicherung des Zeugen U, wonach die Versionen ####, #### und #### ‚echte Obermengen‘ des Funktionsumfangs der Version #### darstellen, hätte der Kläger zu den konkreten Entwicklungsschritten zwischen den Versionen vortragen und entsprechend Beweis antreten sowie auf die Befürchtungen der Beklagten hinsichtlich der Systemumgebung – insbesondere zu der notwendigen Version der Datenbank X5 - eingehen müssen. 31

Umgekehrt hat das Landgericht aber auch den vorhandenen Sachvortrag und die angebotenen Beweise, insbesondere das schriftliche Sachverständigengutachten sowie die Anhörung des Sachverständigen F, nicht hinreichend ausgeschöpft. Zwar war dem Sachverständigen ein direkter Vergleich der Software-Versionen #### und #### nicht möglich, da auch ihm die Version #### nicht zur Verfügung stand, was die Führung des Vollbeweises der Gleichwertigkeit durchaus erschwerte. Jedoch bildeten die schriftlichen Ausführungen des Sachverständigen, der auftragsgemäß die vorhandene Version #### mit dem in den Vertragsverhandlungen erstellten Anforderungsprofil verglich, zumindest ein gewichtiges Indiz für die Gleichwertigkeit der Versionen, so dass seine Anhörung nicht vorzeitig hätte abgebrochen werden dürfen. 32

c. 33

Im Ergebnis kommt es auf die Frage, ob die Version #### im Vergleich zur Version #### gleich- oder höherwertig ist, jedoch aus anderem Grunde nicht mehr an. 34

Die Beklagte handelt nämlich rechtsmissbräuchlich, wenn sie unter Berufung auf mögliche Abweichungen zwischen den Versionen #### und #### die Abnahme der Version #### verweigert, obwohl feststeht, dass sie die Software unabhängig von den Eigenschaften der gelieferten Version keinesfalls mehr einsetzen oder auf sonstige Weise nutzen wird. 35

Das aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitete Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens gilt nicht nur im materiellen Recht, sondern auch im Prozessrecht (vgl. BVerfGE 104, 232; BGHZ 20, 206; BGH NJW-RR 2008, 216). Es ist von Amts wegen zu beachten (vgl. BGHZ 37, 152) und beherrscht auch das Vollstreckungsverfahren (vgl. BGHZ 43, 289; BGH NJW 2007, 3279; BGH WM 2007, 364). Es verpflichtet die Parteien zu redlicher Prozessführung und verbietet insbesondere den Missbrauch prozessualer Befugnisse (vgl. BGHZ 44, 367; BGH NJW 2007, 3279). Rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig ist die Ausübung solcher Befugnisse, wenn sie nicht den gesetzlich vorgesehenen, sondern anderen, nicht notwendig unerlaubten (vgl. BGH NJW 2007, 3279; BGH NJW-RR 2006, 1482), aber funktionsfremden und rechtlich zu missbilligenden Zwecken dient (vgl. BGH NJW 36

Missbräuchlich kann im Prozess etwa die Ausnutzung einer formalen Rechtsposition oder die Vereitelung von Rechten und Rechtspositionen des Gegners sein (vgl. BGH VersR 2005, 629; BGH NJW 2007, 2419; BGHZ 57, 108). Die sittenwidrige Ausnutzung eines sachlich unrichtigen Titels kann rechtsmissbräuchlich sein und eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Gegners darstellen (BGHZ 53, 42; BGH NJW 1971, 1751). Denn die Rechtskraft muss zurücktreten, wenn es mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechthin unvereinbar wäre, dass der Titelgläubiger seine formelle Rechtsstellung unter Missachtung der materiellen Rechtslage zu Lasten des Schuldners ausnutzt (vgl. BGHZ 101, 383). 37

Unter Beachtung dieser Grundsätze kann nach der Auffassung des Senats auch die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts in der Zwangsvollstreckung aus einem Zug-um-Zug-Titel rechtsmissbräuchlich sein, wenn es dem Schuldner auf die Gegenleistung überhaupt nicht mehr ankommt und die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts allein dazu dient, die weitere Vollstreckung des rechtskräftigen Titels durch den Gläubiger zu verhindern oder zu verzögern. 38

So liegt der Fall hier. Denn die Beklagte verweigert unter Berufung auf die titulierte Versionsnummer die Annahme der streitbefangenen Software und übt bzgl. der von ihr geschuldeten Summe von 84.600,77 € ein Zurückbehaltungsrecht aus, obwohl für sie nach ihren eigenen Angaben völlig unerheblich ist, welche Version der Software Gatebuilder sie erhält bzw. nicht erhält. 39

Die Beklagte, die sich bereits unmittelbar nach Vertragsschluss im Jahre 2000 von dem Vertrag lösen wollte, hat das Steuerportal, das sie mit Hilfe der streitbefangenen Software generieren wollte, nach ihren Angaben stattdessen mit einer anderen Softwarelösung erstellt. Bereits mit Schriftsatz vom 25.4.2001 (Bl. 74 d. A.) hat sie vorgetragen, dass die Lieferung der Gatebuilder-Lizenzen für sie daher "völlig wertlos" sei. Das gelte erst recht für die auf Softwarepflege und Support entfallenden Kosten. 40

Im Termin vom 12.8.2009 hat die Vertreterin der Beklagten bei ihrer Anhörung durch den Senat bestätigt, dass die streitbefangene Software in jedem Falle für diese nutzlos sei. Die Erstellung eines entsprechenden Portals sei zwar vor 9 Jahren noch "eine große Sache" gewesen, für die man die streitbefangene Summe zu zahlen bereit gewesen sei. Heute hingegen existierten Tools, mit denen sich ein solches Portal einfach und schnell an 2 bis 3 Nachmittagen oder einem einzigen Wochenende errichten lasse. Die streitbefangene Software sei inzwischen total veraltet und für die Beklagte unbrauchbar. Sie werde keinesfalls mehr eingesetzt. 41

d. 42

Da die Einwendungen der Beklagten gegen die angebotene Leistung rechtsmissbräuchlich sind, befindet sich die Beklagte hinsichtlich der Annahme der Software nach den §§ 293 ff. BGB im Verzug. 43

Soweit in dem auf den gemäß § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO erteilten Hinweis des Senats präzisierten Antrag der Klägerin, der nunmehr auch die Feststellung des Annahmeverzugs umfasst, eine zulässige Klageerweiterung im Sinne des § 264 Nr. 1 oder Nr. 2 ZPO liegt, hat die Beklagte im Senatstermin keine Einwendungen erhoben und zur Sache verhandelt, so dass der Senat an einer abschließenden Entscheidung der Sache nicht gehindert ist. 44

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO; die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 46

IV. 47

Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, da die Rechtsfragen, ob und unter welchen Voraussetzungen aus Gründen der Billigkeit im Rahmen der Vollstreckung auch von einer bestimmt titulierten Leistungsverpflichtung abgewichen werden darf und unter welchen Voraussetzungen die Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht im Rahmen einer Zug-um-Zug-Vollstreckung treuwidrig sein kann, nach Auffassung des Senats grundsätzliche Bedeutung haben und eine Entscheidung des Revisionsgerichts der Fortbildung des Rechts dienlich wäre. 48