


recherchiert von: **Axel Czarnetzki** am 30.12.2010

verwendetes Aktenzeichen: **Homepage**

Gericht:	OLG Bamberg 8. Zivilsenat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	18.08.2010	Normen:	§ 29 Abs 2 ZPO, § 38 Abs 1 ZPO
Aktenzeichen:	8 U 51/10		
Dokumenttyp:	Urteil		

Fundstellen

CR 2010, 630-632 (red. Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

ITRB 2010, 275 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)

BauR 2010, 2166 (red. Leitsatz)

Verfahrensgang

vorgehend LG Bayreuth, 4. März 2010, Az: 13 KHO 76/09, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Thomas Lapp, jurisPR-ITR 21/2010 Anm 5 (Anmerkung)

Tenor

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Landgerichts Bayreuth vom 04.03.2010 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Berufungsverfahrens, an das Landgericht Bayreuth - Kammer für Handelssachen - zurückverwiesen.

II. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

III. Die Revision wird zugelassen.

Gründe

A.

- 1 Die Klägerin macht gegen die Beklagte Rückgewähransprüche nach dem Rücktritt von einem Vertrag über die Erstellung und Installation einer Individualsoftware geltend.
- 2 Die Parteien schlossen am 30.05.2006 einen Projektvertrag, in dem sich die Beklagte verpflichtete, für den Betrieb der Klägerin eine auf deren Bedürfnisse individualisierte Online-Plattform zu erstellen. Nach Ziffer 2.6 des Vertrags sollte die Software betriebsbereit geliefert werden. Sie sollte von der Beklagten per Datenfernübertragung auf den in Bayreuth befindlichen Server des Host-Providers der Klägerin installiert werden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Projektvertrag vom 30.05.2006 (Anlage K1) verwiesen.
- 3 Am 23.04.2008 schlossen die Parteien mit Wirkung ab Mai 2008 einen Software-Wartungsvertrag (Anlage HLW1), in dem die Beklagte die Wartung des Systems "laut AngebotA/ertrag vom 26.05.2006" übernahm. In § 5 des Wartungsvertrags wurden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zum Gegenstand des Vertrags gemacht (Anlage HLW2).

Diese enthalten in § 15 Nr. 1 und Nr. 2 Vereinbarungen über den Erfüllungsort (Münster) und den Gerichtsstand (Geschäftssitz der Beklagten).

- 4 Die Software wurde von der Beklagten an ihrem Sitz in M. erstellt und entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen auf den Server des Host-Providers der Klägerin in Bayreuth überspielt. Die Klägerin bezahlte an die Beklagte 61.418,13 Euro. Mit Schreiben vom 09.04.2009 erklärte sie den Rücktritt von dem Projektvertrag.
- 5 Die Klägerin hat geltend gemacht, dass die Software mit zeitlicher Verzögerung geliefert worden und mit erheblichen Mängeln behaftet gewesen sei, die sie im Einzelnen dargelegt und unter Beweis gestellt hat. Es wird Bezug genommen auf die Klageschrift vom 05.10.2009 (Bl. 1 - 29 d. A). Die Klägerin ist der Ansicht, dass das Landgericht Bayreuth zur Entscheidung des Rechtsstreits nach § 29 ZPO örtlich zuständig sei. Sie hat deshalb erstinstanzlich lediglich den nachfolgenden Sachantrag, jedoch keinen Verweisungsantrag gestellt.
- 6 Die Klägerin hat beantragt:
 - 7 1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 61.418,13 Euro nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 01.05.2009
 - 8 - Zug um Zug gegen Löschung
 - 9 sämtlicher Dateien, die auf dem von der Firma S. mbH in Bayreuth, ..., für die Klägerin betriebenen Web-Server-System mit den internen IP-Adressen ... und ... unter dem Laufwerk D gespeichert sind, und
 - 10 sämtlicher Dateien, die auf dem von der Firma S. mbH in Bayreuth, ..., für die Klägerin betriebenen Web-Server-System mit der IP-Adresse ... unter dem Laufwerk E gespeichert sind,
 - 11 - sowie Zug um Zug gegen Herausgabe von drei Ordnern mit Schulungsunterlagen durch die Klägerin
 - 12 zu bezahlen.
 - 13 2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in Ziffer 1. genannten Löschung der Software und Rückgabe der Schulungsunterlagen in Verzug befindet.
 - 14 3. Die Beklagte wird darüber hinaus verurteilt, an die Klägerin weitere 1.514,90 Euro nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- 15 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. **Widerklagend** macht sie offene Vergütungsansprüche geltend und hat insoweit beantragt:
- 16 Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagte 9,068,10 Euro nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 7.973,30 Euro seit dem 11.04.2009 und aus 1.094,80 Euro seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- 17 Die Klägerin hat die Abweisung der Widerklage beantragt.
- 18 Die Beklagte hat die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Bayreuth gerügt. Nach Ziffer 2.6 des Projektvertrags sei Erfüllungsort für die Erstellung der Software M. Dies gelte auch für die streitgegenständliche Rückgabeverpflichtung, weil die Beklagte die Löschung der Daten von ihrem Sitz in M. aus vornehmen könne. Die für die Rückabwicklung von Kaufverträgen entwickelte Rechtsprechung zum Erfüllungsort gelte im vorliegenden Fall nicht. Darüber hinaus hätten die Parteien in § 15 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ausdrücklich vereinbart, dass Erfüllungsort und Gerichtsstand M. sei. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien nachträglich auch in den Projektvertrag vom 30.05.2006 einbezogen worden.
- 19 Das Landgericht hat mit Beschluss vom 12.01.2010 nach § 280 Abs. 1 ZPO angeordnet, dass über die Zulässigkeit der Klage gesondert verhandelt wird. Es hat die Klage durch Endurteil

vom 04.03.2010 mangels örtlicher Zuständigkeit des Landgerichts Bayreuth (als unzulässig) abgewiesen. Über die Widerklage hat es bislang nicht entschieden.

- 20 Das Landgericht Bayreuth ist der Auffassung, dass es für die Entscheidung des Rechtsstreits örtlich nicht zuständig sei. Zwar hätten die Parteien weder ausdrücklich noch konkludent eine Vereinbarung über einen gemeinsamen Leistungsort getroffen, jedoch ergebe sich aus den Umständen des Falles, dass gemeinsamer Leistungsort der Sitz des Beklagten in M. sei. Die im Kaufrecht geltende Rechtsprechung, wonach als gemeinsamer Gerichtsstand des Erfüllungsorts der Ort gelte, an dem sich die zurückzugewährende Sache befinde, sei nicht anwendbar, weil ein Werkvertrag vorliege, der zudem zwischen Kaufleuten geschlossen worden sei. Ein besonderer örtlicher Bezug zum Landgericht Bayreuth liege nicht vor, weil die Software auf jeden beliebigen Server weltweit hätte überspielt werden können. Die Herstellung der Software als vertragscharakteristische Leistung sei nach Ziffer 2.6 des Projektvertrags am Sitz der Beklagten in M. zu erbringen gewesen, während der Ort des Einsatzes der Software von untergeordneter Bedeutung sei. Die Rückzahlungsverpflichtung sei ebenfalls an diesem Ort zu erfüllen, wohingegen die Verpflichtung der Klägerin, die Daten zu löschen, von untergeordneter Bedeutung sei.
- 21 Mit ihrer form- und fristgerecht erhobenen Berufung macht die Klägerin weiterhin geltend, dass das Landgericht Bayreuth das für die Entscheidung des Rechtsstreits zuständige Gericht sei.
- 22 Sie hat folgende Anträge gestellt:
- 23 1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Bayreuth vom 04.03.2010, Az.: 13 KHO 76/09, aufgehoben.
- 24 2. Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Bayreuth, Kammer für Handelssachen, zurückverwiesen.
- 25 Hilfsweise:
- 26 3. Der Rechtsstreit wird auf Antrag der Klägerseite gemäß § 281 Abs. 1 ZPO an das örtlich zuständige Landgericht M., Kammer für Handelssachen, verwiesen.
- 27 Die Beklagte hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Der Hilfsantrag sei unzulässig.
- 28 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 10.05.2010 (Bl. 222 ff. d.A) und die Berufungserwiderung vom 28.05.2010 (Bl. 235 ff. d.A) verwiesen.

B.

- 29 Die zulässige Berufung hat Erfolg. Sie führt auf Antrag der Klägerin zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht Bayreuth, Kammer für Handelssachen, § 538 Abs. 2 Nr. 3 ZPO.

I.

- 30 Das Landgericht Bayreuth ist für die Entscheidung des Rechtsstreits örtlich zuständig, § 29 Abs. 1 ZPO.
- 31 1. Die Parteien - beides Kaufleute - haben keine Gerichtsstandsvereinbarung i.S.v. § 38 Abs. 1 ZPO getroffen. Zwar enthält § 15 Ziffer 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten eine Vereinbarung des Gerichtsstands M. (Geschäftssitz der Beklagten). Jedoch sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht in den allein streitgegenständlichen Projektvertrag vom 30.05.2006 einbezogen worden. Es ist unstreitig, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten bei Abschluss des Projektvertrags nicht vereinbart worden sind. Sie sind auch nicht nachträglich durch Abschluss des Wartungsvertrags am 23.04.2008 auch in den Projektvertrag einbezogen worden. Nach § 5 des Wartungsvertrags sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ausdrücklich nur Bestandteil "dieses" Vertrags. Ein Wille der Parteien, dass sie damit auch Bestandteil des bereits geschlossenen Projektvertrags werden sollten, ist dem nicht zu entnehmen. Ein solcher Wille folgt auch nicht

aus der in § 1 Ziffer 1.1 des Wartungsvertrags enthaltenen allgemeinen Bezugnahme auf den Projektvertrag.

- 32 2. Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass die Parteien auch keine Vereinbarung über den Erfüllungsort i.S.d. § 29 Abs. 2 ZPO getroffen haben.
- 33 a) Zwar ist eine derartige Vereinbarung in § 15 Ziffer 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten enthalten, jedoch sind diese aus den oben dargelegten Gründen nicht Bestandteil des Projektvertrags geworden.
- 34 b) Eine derartige Vereinbarung folgt auch nicht aus Ziffer 2.6 des Projektvertrags. Danach wird die betriebsbereite Software von der Beklagten auf den von der Klägerin zu benennenden Server ihres Host-Providers oder einen Server im Hause der Klägerin installiert. Daraus folgt allenfalls, dass Leistungsort für die von der Beklagten zu erbringende Entwicklung der Software M. ist. Eine darüber hinaus gehende Vereinbarung eines allgemeinen gemeinsamen Erfüllungsorts - insbesondere auch für das streitgegenständliche Rückabwicklungsverhältnis - kann dem nicht entnommen werden.
- 35 Nach § 29 Abs. 1 ZPO ist für Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis und über dessen Bestehen das Gericht des Ortes zuständig, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Dies ist im Streitfall das Landgericht Bayreuth.
- 36 a) Der Erfüllungsort bestimmt sich nach dem Leistungsort, der sich aus § 269 Abs. 1 und Abs. 2 BGB ergibt. Dabei ist der Leistungsort bei gegenseitigen Verträgen grundsätzlich für jede einzelne Verpflichtung gesondert festzustellen (BGH NJW 1986, 935; NJW 2004, 54, 55). Gegenstand des Rechtsstreits und damit streitige Verpflichtung im Sinne von § 29 Abs. 1 ZPO ist nicht der vertragliche Erfüllungsanspruch, sondern - nach dem von der Klägerin erklärten Rücktritt von dem Projektvertrag - der Rückzahlungsanspruch der Klägerin verbunden mit der Rückgewähr der erhaltenen Sache. Der ursprüngliche Vertrag wurde durch den Rücktritt der Klägerin in ein Abwicklungsschuldverhältnis umgewandelt, § 346 BGB. Für die Bestimmung des Erfüllungsorts ist deshalb auf die beidseits bestehenden Rückerstattungspflichten abzustellen, die nach § 348 BGB Zug um Zug zu erfüllen sind (Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 29 Rdnr. 21).
- 37 b) Nach § 269 Abs 1 BGB ist im Zweifel der Wohnsitz des Schuldners der jeweiligen Verpflichtung der Leistungsort. Etwas anderes gilt dann, wenn festgestellt werden kann und muss, dass die Vertragsparteien einen anderen, insbesondere einen Ort gemeinsamer Leistungserbringung bestimmt haben oder die Umstände des Falls einen solchen Leistungsort ergeben. Dabei soll durch die letztere Alternative in Fällen, in denen die Vertragsparteien es unterlassen haben, ihren tatsächlichen Willen zum Leistungsort durch ausdrückliches oder konkludentes Verhalten zum Ausdruck zu bringen, jedenfalls deren mutmaßlichem Willen Rechnung getragen werden können. Dieser mutmaßliche Wille kann sich vor allem aus der Beschaffenheit der streitigen Leistung ergeben, aber auch aus der Natur des Schuldverhältnisses zu ersehen sein. Sofern sich Besonderheiten des konkreten Schuldverhältnisses nicht feststellen lassen, erlaubt diese zweite Alternative damit auch eine Bewertung anhand der typischen Art des Vertragsverhältnisses, das die streitige Verpflichtung begründet hat (BGH NJW 2004, 54, 55).
- 38 c) Im Streitfall geht es um die wechselseitigen Pflichten nach dem Rücktritt von einem Vertrag wegen Mängeln des Vertragsgegenstands. Diese Pflichten sind von einer Beschaffenheit, die es als sachgerecht und deshalb im mutmaßlichen Willen der Parteien liegend erscheinen lassen, sie nicht an dem in § 269 Abs. 1 BGB genannten Wohnsitz des jeweiligen Schuldners zu erfüllen.
- 39 aa) Nach der in der Rechtsprechung und in der Literatur herrschenden Meinung ist *einheitlicher* Erfüllungsort für die bei einem Rücktritt (früher bei einer Wandelung) bestehenden wechselseitigen Pflichten der Ort, an dem sich die zurückzugewährende Sache zur Zeit des Rücktritts vertragsgemäß befindet (sog. Austauschort; vgl, RGZ 55, 105, 112 f.; BGHZ 87, 104, 109 ff.; BayObLG MDR 2004, 646 f; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 29 Rdnr. 25, Stichwort: "Kaufvertrag"; Stein/Jonas/Roth a.a.O. § 29 Rdnr. 21; Musielak/Heinrich, ZPO, 7. Aufl., § 29 Rdnr. 28; MünchKomm.ZPO/Patzina, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 62; Münch-Komm.BGB/Krüger, 5. Aufl., § 269 Rdnr. 41; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 269 Rd-nr. 16; Staudinger/Bittner, BGB, § 269 Rdnr. 28; a. A Stöber NJW 2006, 2661).

- 40 Dies rechtfertigt sich daraus, dass der vom Vertragspartner zu vertretende Mangel zu dem Rücktritt geführt hat und der Zurückgetretene nach § 346 Abs. 1 BGB nur das Zurückgewähren der Leistung schuldet und damit den Vertragspartner nur in die Lage zu versetzen hat, über die Ware zu verfügen (BGHZ 87, 104, 110).
- 41 bb) Nach diesen Grundsätzen ist vorliegend das Landgericht Bayreuth zuständig. Nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien (Ziffer 2.6 des Projektvertrags vom 30.05.2006) war die Software auf dem Server des Host-Providers der Klägerin zu installieren, Der Server ist in Bayreuth, so dass sich die streitgegenständliche Software vertragsgemäß dort befindet.
- 42 Zwar führt das Landgericht zutreffend aus, dass die vorstehend wiedergegebenen Grundsätze in erster Linie im Zusammenhang mit dem Rücktritt von Kaufverträgen erörtert werden und es sich im vorliegenden Fall der Erstellung und Lieferung einer Individualsoftware um einen Werkvertrag handelt (BGH CR 2002, 93 ff.). Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, weshalb für den Fall des Rücktritts von einem Werkvertrag wegen (behaupteter) Mangelhaftigkeit des Werks etwas anderes gelten sollte als beim Kaufvertrag. Auch in diesem Fall hat der vom Unternehmer zu vertretende Mangel des Werks zum Rücktritt geführt und gelten die Bestimmungen der §§ 346 ff. BGB.
- 43 Etwas anderes kann sich auch nicht daraus ergeben, dass es sich vorliegend um Software, d.h. Daten handelt (so wohl auch MünchnKomm.ZPO/Patzina a.a.O. § 29 Rdnr. 73). Auch diese sind i.S.v. § 346 BGB zurückzugewähren, d.h. von dem Server, auf dem sie sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien befinden, zu löschen. Der Server mit den zu löschenden Daten ist jedoch in Bayreuth. Zur Löschung der Daten muss die Klägerin der Beklagten dort den Zugriff auf diesen Server ermöglichen. Auf die Frage, wie die Löschung der Daten rein technisch zu bewerkstelligen ist, kann es für die rechtliche Einordnung nicht ankommen. Auch kann es nicht darauf ankommen, dass die Parteien Kaufleute sind, weil der Erfüllungsort unabhängig davon zu bestimmen ist, ob die Vertragsschließenden Verbraucher oder Unternehmer sind.

II.

- 44 Der Senat übt das ihm durch § 538 Abs. 2 ZPO eingeräumte Ermessen unter Berücksichtigung der Prozessökonomie dahingehend aus, dass er in der Sache nicht selbst entscheidet, sondern sie nach § 538 Abs. 2 Nr. 3 ZPO an das Landgericht zurückverweist. Die Sache ist nicht spruchreif. Es wird eine umfangreiche Beweisaufnahme zur Frage des Vorliegens der von der Klägerin behaupteten und von der Beklagten bestrittenen Mängel der Software durchzuführen sein. Der für eine Zurückverweisung erforderliche Antrag der Klägerin liegt vor. Die Klage ist im Übrigen zulässig; weitere Rügen hat die Beklagte nicht erhoben, § 538 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

III.

- 45 Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Das Landgericht hat auch über die Kosten des Berufungsverfahrens zu entscheiden (MünchnKomm.ZPO/Giebel a. a. O. § 97 Rdnr. 15).
- 46 Das Urteil ist für vorläufig vollstreckbar zu erklären (Zöller/Heßler a.a.O. § 538 Rdnr. 59).
- 47 Die Revision ist nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wegen Grundsatzbedeutung zuzulassen. Die bislang zur Frage des Erfüllungsorts bei Rücktritt ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen betreffen - soweit für den Senat ersichtlich - ausschließlich Kaufverträge. Im vorliegenden Fall liegt zudem die Besonderheit vor, dass es sich um einen Werkvertrag über die Erstellung und Installation von Software handelt. Die Frage des Erfüllungsorts bei Rücktritt von derartigen Verträgen kann sich für eine Vielzahl von Fällen stellen und ist verallgemeinerungsfähig.