

Klausur Nr.5 Die Buchhaltung

Energieversorger E hat sich an der Elbe niedergelassen, um Energie aus Wasserkraft zu gewinnen, und hat die Firma F mit der für die "Rechnungslegung" und die "Ermittlung des steuerrechtlichen Gewinns" notwendigen Buchführung beauftragt. F stellte am 30.03 eine erste Rechnung über "Finanzdienstleistungen I/02" in Höhe von 25.000,- €, die der Geschäftsführer der E (G) anstandslos beglich. Kurz darauf stellte sich jedoch heraus, dass die Buchhaltung unbrauchbar war: Daten wurden teils gelöscht, teils ungeordnet und unvollständig abgebildet; sensible Informationen wurden aus der Hand gegeben; bestimmte Buchungen für die Kasse fehlten und Kassenbestände wurden falsch angegeben. Eine Bilanz konnte anhand der so geführten Bücher nicht errichtet werden. E reagierte mit dem Beschluss, die Buchhaltung künftig selbst in die Hand zu nehmen; sie beauftragte die Firma S, das EDV-System der E neu zu konfigurieren und so einzurichten, dass eine elektronische Buchführung möglich wird.

Kurz darauf, am 30.04, überflutete ein nicht vorhersehbares Hochwasser das Betriebsgelände: E hatte die Ufermauer gerade abtragen lassen, um sie durch einen modernen Hochwasserschutz zu ersetzen. Die provisorische Befestigung des Ufers hielt den Fluten jedoch nicht stand. Das neu konfigurierte EDV-System versank in der Elbe, noch bevor E die Konfiguration hätte abnehmen können. E erwarb ein neues EDV-System bei M und beauftragte S mit der Entwicklung einer mit dem neuen System kompatiblen Buchhaltungs-Software. Da G das auf einer CD abgespeicherte und so übergebene, maßgeschneiderte Programm nicht installieren konnte, übernahm S auch noch die Installation; als G die abgenommene Software erstmals ausführte, wurden alle in dem EDV-System gespeicherten (Kunden-)Daten gelöscht. Der Sachverständige stellte fest, dass die Buchhaltungs-Software eine Reihe von Funktionsfehlern aufwies (Beseitigungskosten: 7000,- €) und den Datenverlust verursacht hat. S hielt dem entgegen, dass das Programm selbst einwandfrei sei; Schuld sei die "Systemumgebung", insb. das von E verwandte Betriebssystem; sie verlange ihr Geld für die Konfiguration der untergegangenen EDV-Anlage (12.500,- €) und für die Entwicklung der neuen Buchhaltungs-Software inklusive Installation (20.000,- €).

b.w.

E konsultiert jetzt ihre Rechtsabteilung. Am 1.10 tritt sie von dem Dienstleistungsvertrag mit F zurück und fordert Rückzahlung. Parallel dazu lehnt sie die Bezahlung der Konfiguration der vernichteten EDV-Anlage ab. Mit Blick auf die Buchhaltungssoftware erklärt E, sie werde erst zahlen, wenn S alle Mängel beseitigt habe. Im übrigen verlange sie von S Schadensersatz wegen des Datenverlustes. F hält den Rücktritt für unzulässig. E habe ihr keine Möglichkeit gegeben, die Fehler bei der Buchhaltung wieder ins Lot zu bringen. Inzwischen sei es dafür zu spät. Der Rücktritt sei "verfristet". S besteht weiterhin auf Bezahlung und lehnt "auch unter dem Gesichtspunkt fehlender Fristsetzung" jeden Schadensersatz ab.

Wie ist die Rechtslage?

Lösung

A. Rückzahlungsanspruch E gegen F in Höhe von 25.000,- € gem. §§ 634 Nr.3, 633 I, 323 I, 636, 346 BGB

I. Werkvertrag

Fraglich ist, ob E, der F mit der für die "Rechnungslegung" und für die "Ermittlung des steuerrechtlichen Gewinns" notwendigen Buchhaltung beauftragt hat, und F einen Werk- oder einen Dienstvertrag abgeschlossen haben. Der Begriff der "Finanzdienstleistung", den F in ihrer Rechnung verwandt hat, spricht auf den ersten Blick eher für einen Dienstvertrag. § 631 II BGB bestimmt jedoch, dass auch "ein durch ... Dienstleistung herbeizuführender Erfolg" Gegenstand eines Werkvertrags sein kann. Der Sprachgebrauch des BGB ist also ambivalent. Im Übrigen gilt ohnehin: Die rechtliche Einordnung richtet sich nicht nach der gewählten Bezeichnung eines Rechtsgeschäfts (*falsa demonstratio non nocet*).

Das Wesen des Werkvertrages liegt in der ausgeprägten Erfolgsbezogenheit der Unternehmerverspflichtung;¹ der Unternehmer schuldet nicht die "Tätigkeit als solche", sondern das Ergebnis der Tätigkeit, d.h. den Eintritt des Erfolges. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen; eine "selbständige und unabhängige Tätigkeit" ist Indiz für einen Werk-, eine unselbständige und abhängige Tätigkeit Indiz für einen Dienstvertrag;² auch die Befugnis, des Dienstleistungsgläubigers, den Schuldner *anzuweisen* spricht eher für einen Dienstvertrag.

Hier ist die Leistungspflicht - die "für die steuerliche Gewinnermittlung geeignete Buchführung" - "auf eine fehlerfreie Erfassung und Auswertung der vorhandenen Daten, daher auf bestimmte Arbeitsergebnisse und einen Erfolg im Sinne der Werkvertragsrechts (§ 631 II BGB) gerichtet, für den allein [F] ... die Verantwortung zu tragen hatte und der demnach - anders als beim Dienstvertrag - in ihren eigenen Risikobereich fiel. Bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung unter dem Blickwinkel der vom Auftraggeber gewählten Zielrichtung steht nach der Risikoverteilung hier somit eine Werkleistung ... deutlich im Vordergrund":³ F schuldet nicht das Buchführen als solches (Dienstvertrag), sondern den Erfolg, nämlich eine vollständige, richtige und geordnete Dokumentation von Geschäftsvorfällen (§ 239 II HGB).⁴ Die Tatsache, dass die Parteien ein Dauerschuldverhältnis vereinbart haben, steht dem nicht entgegen. "Eine Werkleistung verliert ihren erfolgsbezogenen Charakter nicht schon dadurch, dass sie wiederholt zu erbringen ist."⁵ Nach alledem ist der Buchführungs- als Werkvertrag einzustufen.

¹ MüKo/Soergel, § 631 Rdnr.4

² MüKo/Soergel, § 631 Rdnr.14

³ BGH RÜ 2002, 202, 203.

⁴ Koller/Roth/Morck, § 238 Rdnr.4.

⁵ BGH RÜ 2002, 202, 204.

II. Sachmangel

1. Sachmangel iS. von § 633 II 1 BGB

Eine besondere Beschaffenheitsvereinbarung (§ 633 II 1 BGB) haben die Parteien nicht getroffen.

2. Sachmangel iS. von § 633 II 2 Nr.1 BGB

Die Buchhaltung könnte jedoch für die vereinbarte - d.h. die vom Besteller beabsichtigte und dem Unternehmer bekannte⁶ - Verwendung, nämlich "für die Rechnungslegung" und die "Ermittlung des steuerrechtlichen Gewinns" ungeeignet gewesen sein. Tatsächlich war die Buchhaltung unbrauchbar; Daten wurden teils gelöscht, teils ungeordnet und unvollständig abgebildet; sensible Informationen wurden aus der Hand gegeben; bestimmte Buchungen für die Kasse fehlten und Kassenbestände wurden falsch angegeben. Eine Bilanz konnte anhand der so geführten Bücher nicht errichtet werden. Daher liegt ein Sachmangel iS. von § 633 II 2 Nr.1 BGB vor.

III. Erfolgreiche Fristsetzung

Ein Rücktritt des Bestellers setzt gem. §§ 634 Nr.3, 323 I BGB grundsätzlich voraus, dass er dem Unternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung (§§ 634 Nr.1, 635 BGB) gesetzt hat. Das ist hier nicht der Fall. Es ist davon auszugehen, dass E der F keine Möglichkeit gegeben hat, die Fehler bei der Buchhaltung zu korrigieren. Evtl. ist die erfolglose Fristsetzung jedoch entbehrlich.

1. § 323 II Nr.1 und 2 BGB

Ein Fall des § 323 II BGB liegt nicht vor. F hat die Nacherfüllung nicht ernsthaft und endgültig verweigert (Nr.1); ein relatives Fixgeschäft liegt nicht (ohne weiteres) vor.

2. § 323 II Nr.3 BGB

Evtl. könnten jedoch besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen einen sofortigen Rücktritt rechtfertigen (§ 323 II Nr.3).⁷ Hier fällt insb. folgendes ins Gewicht: F hat "sensible Daten" aus der Hand gegeben; E hat jedoch ein berechtigtes Interesse daran, dass solche

⁶ Palandt/Sprau, § 633 Rdnr.7.

⁷ Die Formulierung des § 636 ("Außer in den Fällen des § 323 II bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, ..."), spricht dafür, erst § 323 II und dann den ergänzenden § 636 selbst zu prüfen; in der Praxis hingegen sollte man anstelle von § 323 II Nr.3 sofort die Unzumutbarkeit iS. von § 636 prüfen, weil § 636 insoweit eine gegenüber § 323 II Nr.3 niedrigere Schwelle für die Entbehrlichkeit der erfolglosen Fristsetzung setzt.

Daten - bspw. über Kunden oder technisches Know-how - Geschäftsgeheimnis bleiben. Hinzu kommt, dass E - bzw. Geschäftsführer G - unter Umständen sogar strafrechtliche Sanktionen drohen (§§ 283 ff StGB, 331 HGB), wenn die Buchführung unterbleibt. Im übrigen ist die Rechnungslegung gegenüber dem Finanzamt fristgebunden, so dass E auch unter diesem Gesichtspunkt keinen erneuten Leistungsversuch der F zuzumuten ist. Berechtigte Interessen der F, die über das allgemeine Interesse an einem erneuten Leistungsversuch hinausgehen, sind nicht erkennbar. Die Fristsetzung ist daher gem. §§ 634 Nr.2, 323 II Nr.3 BGB entbehrlich.

IV. Erheblichkeit der Pflichtverletzung (§ 323 V 2)

Lt. SV ist die Buchhaltung unbrauchbar. Der Leistungszweck - die geordnete Buchführung sollte Basis der "Rechnungslegung" und der "Ermittlung des steuerrechtlichen Gewinns" sein - ist damit nicht ansatzweise erreicht. Die Erheblichkeit der Pflichtverletzung liegt unter diesen Umständen auf der Hand.

V. Einrede der Unwirksamkeit des Rücktritts wegen Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs (§§ 634a IV, 218 I 1)

Die Verjährungsfrist beträgt gem. §§ 634a I Nr.3, 195 BGB drei Jahre. Daher (-).

VI. Rücktrittserklärung (§ 349 BGB)

E - bzw. ihr Geschäftsführer - hat am 1.10 ihren Rücktritt erklärt.

VII. Rechtfolge

Der Rücktritt führt zu der Entstehung eines Rückgewährschuldverhältnisses: E kann gem. § 346 I BGB Rückzahlung des Kaufpreises verlangen. Da eine Rückgewähr der Buchhaltung der Natur der Sache nach ausscheidet, könnte F allenfalls Ersatz des Wertes der Dienstleistungen verlangen (§ 346 II 1 Nr.1 BGB). Die Buchhaltung war jedoch "unbrauchbar" und damit wertlos.

B. S gegen E auf Zahlung von 12.500,- € für die Neukonfiguration der in den Fluten versunkenen EDV-Anlage gem. § 631 I BGB

I. Entstehen

E und S haben einen Werkvertrag geschlossen. S sollte nicht nur eine bestimmte Tätigkeit - das Konfigurieren als solches - ausüben, sondern einen bestimmten Erfolg herbeiführen: Das EDV-System sollte neu konfiguriert und so eingerichtet werden, dass es eine elektronische Buchhaltung ermöglicht.

Der Anspruch S gegen E auf Bezahlung der vereinbarten Vergütung (§ 631 I) ist somit entstanden, u.U. aber noch nicht fällig (§ 640 I BGB).

II. Erlöschen

Der Vergütungsanspruch könnte gem. § 326 I erloschen sein, falls S als Schuldner gem. § 275 I BGB von der Leistung (Konfiguration der EDV-Anlage) frei geworden ist. Dagegen spricht auf den ersten Blick, dass S seine Leistung bereits bewirkt hatte; E hatte sie nur noch nicht abgenommen. In solchen Fällen könnte die Preisgefahr bereits auf den Besteller übergegangen sein. Etwas anderes ergibt sich jedoch aus § 644 I 1 BGB:

1) § 644 I 1 BGB

Gem. § 644 I 1 BGB trägt der Unternehmer (S) die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Hier stand die Abnahme (§ 640 I 1 BGB) der Konfiguration noch aus; auch ein Fall des § 646 BGB liegt nicht vor. Demnach trug S zum Zeitpunkt der Überflutung die Preisgefahr; seine bisherigen Leistungsanstrengungen werden folgerichtig nicht vergütet, "wenn die Ausführung des Werkes unmöglich oder der Stoff oder das Werk verschlechtert wird oder untergeht."

2) § 645 I 1 BGB⁸

Etwas anderes könnte sich hier jedoch aus § 645. BGB ergeben. Ein Fall des § 645 I 1 BGB liegt nicht vor. Selbst wenn man die EDV-Anlage für einen "von dem Besteller gelieferten Stoff" hält: Die Konfiguration ist nicht aufgrund eines Mangels der EDV-Anlage untergegangen; auch eine kausale Anweisung des Bestellers liegt nicht vor.

3) § 645 I 1 BGB analog

a) Sphärentheorie

Die Sphärentheorie besagt, dass der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch behalten soll, wenn das Werk - vor Abnahme - aufgrund eines Umstands untergegangen ist, der - unabhängig von den Kriterien des § 645 I - der Sphäre, dem Risikobereich des Bestellers zuzuordnen ist.

b) Einzelfall-Entscheidung

⁸ Palandt/Sprau, §§ 644, 645; BGHZ 136, 303, 307 (Schürmann-Bau I) bzgl. § 645 I 1 BGB und §§ 323 ff. BGB a.F.

Die Sphärentheorie geht jedoch über die in §§ 644, 645 BGB angelegte Risikoverteilung hinaus; man sollte daher eher § 645 im Einzelfall analog anwenden! BGHZ 136, 303, 308: "Diese Vorschrift beruht auf Billigkeit. Ihre entsprechende Anwendung ist deshalb in Fällen geboten, in denen die Leistung des Unternehmers aus Umständen untergeht oder unmöglich wird, die in der Person des Bestellers liegen (...) oder auf Handlungen des Bestellers zurückgehen (...), auch wenn es insoweit an einem Verschulden des Bestellers fehlt. ... Rechtfertigung für die entsprechende Anwendung des § 645 I 1 BGB auf Fallsituationen, die vom Wortlaut der Norm nicht erfasst werden ist die objektive Verantwortlichkeit des Auftraggebers für den Eintritt des Schadens in Risikolagen, die den geregelten Fällen vergleichbar sind. "Nach diesen Grundsätzen", so der BGH, "ist § 645 I 1 BGB entsprechend anwendbar, weil die Beklagte das Risiko einer Überflutung objektiv zurechenbar herbeigeführt hat."⁹

III. Fälligkeit

Die Fälligkeitsregelung des § 641 I BGB kann bei Untergang des Werkes vor Abnahme nicht gelten.

IV. Umfang

§ 645 beschränkt den Vergütungsanspruch auf "einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung" sowie "den Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen"; hier war das Werk - Neukonfiguration - jedoch fertig!

V. Ergebnis

S hat einen Anspruch gegen E auf Zahlung der vereinbarten Vergütung (12.5000,- €).

C. S gegen B auf Zahlung von 20.000,- € für die neue Buchhalter-Software gem. § 631 I BGB

E könnte gem. § 631 I BGB zur Entrichtung des vereinbarten Betrages in Höhe von 20.000,- € verpflichtet sein, falls die Parteien einen Werkvertrag über die Entwicklung und Einrichtung einer für die Buchhaltung geeigneten EDV-Anlage geschlossen haben sollten.

I. Werkvertrag

Nach den bisherigen Überlegungen ist Kennzeichen des Werkvertrags die ausgeprägte Erfolgsbezogenheit der Leistung (s.o.);¹⁰ anhand dieses Kriterium lässt sich der Werk- gegen den Dienst-, allerdings nicht gegen den

⁹ BGH, aaO.

¹⁰ Münchener Kommentar/Soergel, 3. Aufl. 1997, § 631 Rdnr.4.

Kaufvertrag abgrenzen, der ebenfalls auf einen bestimmten Erfolg, die Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 433 I BGB), gerichtet ist. Hinzu kommt jedoch beim Werkvertrag, dass er - anders als der Kauf - auf eine schöpferische Leistung des Unternehmers abzielt: "Es geht beim Werkvertrag nicht einfach um den Austausch von Leitungen, sondern vielmehr darum, ein zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht vorhandenes Werk zu schaffen oder einen anderen zunächst nur gedanklich vorstellbaren (un-)körperlichen Erfolg herbeizuführen."¹¹

Daher ist zu unterscheiden: Der Erwerb einer EDV-Anlage (*Hardware* + Betriebssystem) ist typischerweise ein Kaufvertrag: Die EDV-Anlage soll gegen Entgelt geliefert werden.¹² Der Erwerb einer (Standard-)Software wird ebenfalls als Kaufvertrag qualifiziert.¹³ Eine Software ist zwar keine Sache iS. von § 433 I, fällt künftig jedoch - lt. SMG¹⁴ - unter den Begriff der "sonstigen Gegenstände" iS. von § 453 I BGB; ebenso wie beim Erwerb einer EDV-Anlage geht es nicht um eine individuelle schöpferische Leistung, sondern um die Lieferung eines (typischerweise) bereits existierenden Gegenstandes.

Hier haben sich die Parteien jedoch nicht auf die Lieferung, sondern auf die Entwicklung eines auf die individuellen Bedürfnisse der E abgestimmten ("maßgeschneiderten") Buchhaltungssoftware verständigt; es liegt also kein typischer Kaufvertrag mit andersartiger Nebenleistung (Installation) vor, sondern ein einheitlicher Werkvertrag, bei dem die schöpferische Leistung für den individuellen Besteller - technische Bewältigung der Buchhaltung im Hause der E - im Vordergrund steht. Das entspricht auch der Rspr. des BGH, der "die Verpflichtung zur Herstellung eines den speziellen Bedürfnissen des Anwenders entsprechenden Programms nach werkvertraglichen Regeln beurteilt" hat.¹⁵

Fraglich ist, ob hier - trotz dieser typologischen Einordnung - Kaufrecht anzuwenden ist; gem. § 651 soll auf einen Vertrag, "der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen" betrifft, Kaufrecht anzuwenden sein, "unabhängig davon, ob der Vertrag nach der Art der eingegangenen Verpflichtung (Herstellung einer bestimmten Sache und damit Verpflichtung zu einem Arbeitserfolg) grundsätzlich dem Werkvertrag zuzuordnen wäre."¹⁶ Der Entgeltanspruch könnte sich dann - auch wenn es sich bei der Software um eine nicht vertretbare Sache (vgl. §§ 651 S.3, 91 BGB) - handeln sollte, nur aus § 433 II BGB ergeben.

Für eine Lösung über §§ 651 S.1, 433 II BGB spricht auf den ersten Blick, dass S die Software als CD überreicht hat; begrifflich könnte man die Software also als "bewegliche Sache" iS. von § 651 S.1 ansehen; andererseits spielt die

¹¹ Münchener Kommentar/Soergel, 3. Aufl. 1997, § 631 Rdnr.5.

¹² Redeker, Der EDV-Prozess, 2. Aufl. 2000, Rdnr.318.

¹³ Redeker, aaO., Rdnr.334 mwN.

¹⁴ Canaris, S.865.

¹⁵ BGHZ 135, 140 mwN.

¹⁶ Palandt/Sprau, § 651 Rdnr.1.

Lieferung der CD gegenüber der Entwicklung einer speziellen Individual-Software eine völlig untergeordnete Rolle; allein die schöpferische Leistung gibt dem Rechtsgeschäft ihr spezifisches Gepräge. In solchen Fällen soll nach wie vor Werkvertrag anzuwenden sein.¹⁷

Dafür spricht letztlich auch die Begründung des SMG:¹⁸ Danach soll das Werkvertragsrecht zwar "im Wesentlichen" nur noch "die Herstellung von Bauwerken, reine Reparaturarbeiten und die Herstellung nichtkörperlicher Werke wie zum Beispiel die Planung eines Architekten oder die Erstellung von Gutachten" erfassen; die Entwicklung einer Software und die Erstellung eines Gutachtens sind jedoch Parallelfälle; in beiden Konstellationen wird eine geistige Leistung eben auch in einen körperlichen Gegenstand überführt und übergeben, ohne dass sich dadurch ein nennenswerter Mehrwert erreicht wird. Im Ergebnis ist daher allein Werkvertragsrecht anzuwenden.

II. Einrede des nicht-erfüllten Vertrages (§§ 320 I, 641 III, 634 Nr.1, 635 BGB)

Evtl. kann E die Bezahlung unter Berufung auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 I BGB)¹⁹ verweigern.

1. Gegenseitiger Vertrag

Der Werkvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag.

2. Gegenseitige Forderungen

Die Forderung, auf die E ihr Leistungsverweigerungsrecht stützt, müsste mit der Hauptforderung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.²⁰ Hier könnte S seine - von E sogar schon abgenommene - Leistung (Entwicklung einer Buchhaltungssoftware) bereits bewirkt haben, so dass der Erfüllungsanspruch, den E der S entgegensetzt, bereits erloschen sein könnte (§ 362 BGB).

S hat E die Buchhaltungssoftware allerdings frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen; sollte die Buchhaltungssoftware mangelhaft sein, so ginge der Erfüllungs- (§§ 631 I, 633 I) in einen Nacherfüllungsanspruch über (§§ 634 Nr.1, 635). Da der Nacherfüllungsanspruch nur ein modifizierter Erfüllungsanspruch ist, bleibt die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320) dem Grunde nach unberührt,²¹ wird allerdings durch § 641 III BGB modifiziert.

a) Nacherfüllungsanspruch des E (§§ 634 Nr.1, 635)

¹⁷ Palandt/Sprau, § 651, Rdnr.5; Einf. v. § 631, Rdnr.22.

¹⁸ RegE, S.914.

¹⁹ Danach sind die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Ansprüche inhaltlich beschränkt sie richten sich auf den Vollzug des Leistungsaustausches (BGHZ 117, 4).

²⁰ Palandt/Heinrichs, § 320 Rdnr.4.

²¹ Palandt/Heinrichs, § 320 Rdnr.9.

Fraglich ist, ob E ein Nacherfüllungsanspruch gegen S zusteht.

aa) Werkvertrag (+)

bb) Sach- oder Rechtsmangel

(1) Sachmangel iS. von § 633 II 1 BGB

Hier könnte ein Sachmangel iS. von § 633 II 1 BGB vorliegen. So sollte eine mit dem neuen EDV-System der E kompatible Buchhaltungssoftware entwickeln. Eine besondere Beschaffenheitsvereinbarung haben die Parteien jedoch nicht getroffen.

(2) Sachmangel iS. von § 633 II 2 Nr.1 BGB

E und S haben auch keine besondere Verwendungsvereinbarung getroffen.

(3) Sachmangel iS. von § 633 II 2 Nr.2 BGB

Die Software weist jedoch eine Reihe von Funktionsfehlen, d.h. nicht die Normalbeschaffenheit auf, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann. S kann sich der Haftung auch nicht mit der Begründung entziehen, die von ihm gelieferten Programme seien einwandfrei, Schuld sei die Systemsoftware: Die geschuldete Leistung bestand ja gerade darin, eine "mit dem neuen System *kompatible*" Buchhaltungssoftware herzustellen.

b) Vergütungsanspruch des S

4. Umfang des Leistungsverweigerungsrechts
§ 641 III

Da der Sachverständige die "für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten" auf 7000,- € beziffert hat und § 641 III das Leistungsverweigerungsrecht "mindestens in Höhe des Dreifachen" dieses Betrages festschreibt, kann E die Bezahlung der 20.000,- € insgesamt verweigern.

D. E gegen S auf Schadensersatz neben der Leistung wegen der abhanden gekommenen Daten (§§ 634 Nr.4, 280 I BGB)

I. Werkvertrag

II. Mangel (§§ 634 Nr.4, 633 II 2 Nr.2 BGB)

III. Verantwortlichkeit (§ 280 I 2)

IV. Ersatzfähiger Schaden

"Der Datenverlust bedeutet einen Mangelfolgeschaden",²² Konsequenz: Schadensersatz neben/nicht statt der Leistung.

V. Ergebnis

Schadensersatzanspruch (+); E kann ggf. mit dem Schadensersatzanspruch gegen den Vergütungsanspruch (§ 631 I) der S wegen der Konfiguration aufrechnen.

E. E gegen S auf Schadensersatz neben der Leistung wegen der abhanden gekommenen Daten (§ 823 I BGB)

I. Eigentumsverletzung

Fraglich ist, ob eine Eigentumsverletzung vorliegt: "Ob der Verlust von Daten auf der Festplatte eines PCs eine Eigentumsverletzung ist hängt davon ab, ob man die Speicherung auf magnetischen Datenträgern als Verkörperung des Datenbestandes im Material ansieht."²³ Dafür: OLG Karlsruhe, NJW 1996, 200; Junker/Benecke, Computerrecht, 2. Aufl. 2000, Rdnr.371

II. Ergebnis

²² BGHZ 133, 156, 160. Nach der Schuldrechtsreform ist die Differenzierung zwischen nahem und entferntem Mangelfolgeschaden nicht mehr notwendig.

²³ Palandt/Heinrichs, § 823 Rdnr.9.