

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 633 Abs. 1

Hat ein EDV-Anbieter es übernommen, auf einer EDV-Anlage ein Programm zu implementieren, das eine Sicherungsroutine enthält, ist es Teil seiner Leistungspflicht, die Übertragung der Sicherungsroutine zu überprüfen.

Der EDV-Anbieter muß von den technisch möglichen und wirtschaftlich zumutbaren Kontrollen diejenige vornehmen, die ein Fachmann auf dem Gebiet des Implementierens von Programmen auf einer EDV-Anlage angewendet hätte, um aufgrund der Überprüfung annehmen zu können, daß das der Datensicherung dienende Programm übertragen und die Sicherungsroutine auf der EDV-Anlage lauffähig ist.

Wird diese Überprüfung unterlassen, kehrt sich bei Streit darüber, ob ein Datenverlust seine Ursache in fehlerhafter Implementierung der Sicherungsroutine oder einem anderen Ereignis hat, die Beweislast zum Nachteil des EDV-Anbieters um.

BGH, Urt. v. 2. Juli 1996 - X ZR 64/94 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 64/94

Verkündet am:
2. Juli 1996
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juli 1996 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß und Scharen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 22. April 1994 verkündete Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln aufgehoben.

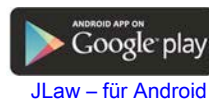
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Klägerin betreibt ein Optikfachgeschäft für Brillen und Brillenfassungen. Eine Schwesterfirma in der Rechtsform einer GmbH (künftig: GmbH) betreibt die Anfertigung und den Handel mit Kontaktlinsen. Der Geschäftsführer der GmbH ist der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin.

Die Klägerin wünschte, ihre EDV-Anlage durch eine neue zu ersetzen. Die GmbH schloß mit der Beklagten einen Vertrag über die Lieferung einer EDV-Anlage mit Bandsicherung (Streamer) und Programm. Zugleich vereinbarten die Vertragsparteien, daß die Beklagte das bisher von der Klägerin verwendete "Optikprogramm" nebst Daten auf die neue Anlage übertragen werde. Das von der Beklagten neu zu liefernde Kontaktlinsenprogramm sollte auf der alten Anlage der Klägerin zur Verwendung durch die GmbH implementiert werden. Nach Lieferung der neuen Anlage implementierte eine Mitarbeiterin der Beklagten das Optikprogramm, das eine Sicherungsroutine umfaßte, auf der neuen Anlage und das Kontaktlinsenprogramm auf der alten Anlage. Nachdem die Klägerin ca. ein Jahr mit dem Optikprogramm gearbeitet hatte, stürzte die Festplatte am 11. April 1991 unter Datenverlust ab. Der Versuch, die Daten von den für die Datensicherung eingesetzten Streamer-Bändern zu rekonstruieren, schlug fehl, weil auf den Bändern keine Daten gespeichert waren.

Die Klägerin, die behauptet, ihr seien die ihren Geschäftsbereich betreffenden vertraglichen Ansprüche gegenüber der Beklagten abgetreten, wirft der Beklagten vor, die eingesetzte Mitarbeiterin habe es unterlassen, die Funktion

der neu installierten Anlage einschließlich der Programme und der Funktionsfähigkeit der Datensicherung zu überprüfen. Ihr persönlich haftender Gesellschafter habe die Mitarbeiterin sogar darauf hingewiesen, daß der von ihr gestartete Datensicherungslauf auf dem neuen Gerät offenbar nur noch eine Sache von Sekunden sei. Obwohl die Mitarbeiterin aus dieser Äußerung habe erkennen müssen, daß mit der Datensicherung etwas nicht in Ordnung sei, habe sie lediglich geantwortet, das sei eben der Vorteil der neuen Anlage.

Landgericht und Berufungsgericht (Entscheidung u.a. abgedruckt in NJW-RR 1994, 1262) haben die Schadensersatzklage der Klägerin abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht bewertet die von der Beklagten übernommene Verpflichtung, das sogenannte Optikprogramm nebst Daten auf die neue EDV-Anlage zu übertragen, als werkvertragliche Pflicht. Die Revision greift diese Wertung nicht an; sie ist aus rechtlichen Gründen auch nicht zu beanstanden.

2. Mit ihrer Behauptung, schon aus einer Äußerung ihres persönlich haftenden Gesellschafters habe die Beklagte erkennen müssen, daß mit der Datensicherung etwas nicht in

Ordnung sei, hat die Klägerin geltend gemacht, daß die Implementierung der für die Datensicherung mittels Streamer und Bänder verantwortlichen Programmteile (Sicherungsroutine) nicht ordnungsgemäß ausgeführt worden sei. Das Berufungsgericht hat hierzu keine tatrichterlichen Feststellungen getroffen, vielmehr unterstellt, daß die versprochene Werkleistung mangelhaft war. Bei diesem der revisionsrechtlichen Beurteilung zugrundezulegenden Sachverhalt ist die Abweisung der Schadensersatzklage nicht frei von Rechtsfehlern.

3. Das Berufungsgericht verneint unter Hinweis auf frühere eigene Rechtsprechung (OLG Köln, Urt. v. 08.11.1991 - 19 U 50/91, VersR 1992, 66; vgl. auch OLG Hamm, Urt. v. 30.11.1992 - 8 U 85/92, VersR 1993, 363 m. Anm. Jaeger) einen Schadensersatzanspruch der Klägerin, weil Arbeiten von Angestellten während der ohnehin bezahlten Arbeitszeit beim Vergleich der durch das haftungsbegründende Ereignis eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne dieses Ereignis ergeben hätte, kein ersatzfähiger Aufwand seien; denn es sei nicht dargelegt, daß die Angestellten Überstunden gemacht hätten, daß zusätzliche Arbeitskräfte eingestellt worden seien oder daß die Klägerin mit Hilfe der Arbeitskraft ihrer Angestellten während der Arbeitszeit anderweitigen Gewinn hätte machen können. Dies wird von der Revision zu Recht gerügt.

Wie § 249 Satz 2 BGB für Fälle der Verletzung einer Person oder der Beschädigung einer Sache zeigt, regelt das Gesetz, daß der Geschädigte, gleichgültig, ob er den Schaden selbst behoben hat oder ihn durch Dritte hat beheben lassen,

den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen kann (vgl. BGH, Urt. v. 17.03.1992 - VI ZR 26/91, NJW 1992, 1618). Die erforderlichen Aufwendungen können danach als Herstellungskosten sogar dann zu ersetzen sein, wenn der Geschädigte die Sache überhaupt nicht instand setzen läßt (BGH, Urt. v. 20.06.1989 - VI ZR 334/88, NJW 1989, 3009; BGHZ 81, 385, 391 m.w.N.). Auch erkennt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine Regel, daß kein Ersatz für Zeitaufwand im eigenen Unternehmen verlangt werden könne, nur an, sofern die Zeit zur Schadensermittlung und zur außergerichtlichen Abwicklung des Schadensersatzanspruchs angefallen ist und der im Einzelfall erforderliche Zeitaufwand nicht die von einem privaten Geschädigten typischerweise zu erbringende Mühewaltung überschreitet (vgl. BGHZ 76, 216, 218; 75, 230, 232, jeweils m.w.N.). Um einen derartigen Aufwand geht es hier jedoch nicht. Denn die Maßnahmen einschließlich der zur Feststellung der gelöschten Daten durchgeführten Inventur dienten dazu, eine Störung im geldwerten Vermögen der Klägerin zu beheben, weil die bisher vorhandenen Daten fehlten. Damit war ein bestimmter Teil des Vermögens der Klägerin betroffen und Gegenstand des Prozesses ist das auf einen konkreten Vermögensgegenstand bezogene Reparationsinteresse der Klägerin.

Als Richtschnur des Schadensersatzes stellt hierfür das Gesetz § 249 Satz 2 BGB zur Verfügung (vgl. BGHZ 76, 216, 221 für einen Fall einer Sachgesamtheit), der gerade auf eine Restitution in Eigenregie des Geschädigten abstellt (BGH, Urt. v. 15.10.1991 - VI ZR 314/90, NJW 1992, 302, 303). Ebensowenig wie dies bedeutet, daß dem Geschädigten eine unangemessene Veranlassung von Kosten erlaubt wäre (BGH

aa0), kann deshalb angenommen werden, dem Geschädigten sei zuzumuten, besondere Anstrengungen zur Schadensbehebung, die er durch den Einsatz seiner oder der Arbeitskraft seiner Mitarbeiter unternommen hat, dem Schädiger zugute kommen zu lassen (vgl. BGH, Urt. v. 17.03.1992 - VI ZR 226/91, NJW 1992, 1618, 1619). Es ist vielmehr der zur Wiederherstellung erforderliche Geldbetrag zu erstatten, der unbeschadet der auf die individuellen Möglichkeiten und Belange des Geschädigten Rücksicht nehmenden subjektbezogenen Schadensbetrachtung nach objektiven Kriterien, d.h. losgelöst von den für die Schadensbeseitigung tatsächlich aufgewendeten Beträgen, zu bestimmen ist (vgl. BGH, Urt. v. 20.06.1989 - VI ZR 334/88, NJW 1989, 3009). Rentabilitätsüberlegungen, wie sie das Berufungsgericht hilfsweise im Hinblick darauf angestellt hat, daß die Angestellten der Klägerin ohne das schädigende Ereignis andere, dem Wert ihres Lohnes entsprechende Leistungen erbracht haben könnten, haben hierbei keine Berechtigung.

4. An der Auffassung des Berufungsgerichts, ein Schaden sei nicht hinreichend dargetan, rügt die Revision weiter zu Recht, daß das Berufungsgericht § 287 ZPO nicht angewendet bzw. die Tragweite dieser Bestimmung verkannt hat.

§ 287 ZPO gilt nach seinem eindeutigen Wortlaut in Schadensersatzprozessen jeder Art, also auch dann, wenn wegen einer Vertragsverletzung der Umfang des hierdurch entstandenen Schadens zu ermitteln ist. Dem Geschädigten erleichtert § 287 ZPO dabei nicht nur die Beweisführung, sondern auch die Darlegung (Sen.Urt. v. 12.10.1993 - X ZR 65/92, NJW 1994, 663, 664 m.w.N.). Eine Schätzung nach § 287 ZPO darf

mithin nur abgelehnt werden, wenn deren Ergebnis mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft hängen würde (Sen. aaO). Solange greifbare Anhaltspunkte für die Darstellung eines Klägers vorhanden sind, darf eine Schadensersatzklage nicht wegen eines lückenhaften Vortrages abgewiesen werden (vgl. BGH, Urt. v. 02.07.1992 - IX ZR 256/91, NJW 1992, 2694, 2695).

Solche Anhaltspunkte können hier nicht verneint werden. Sie ergeben sich bereits aus dem mit der Klageschrift in Ergänzung des Klagevorbringens von der Klägerin vorgelegten Privatgutachten. Dieses befaßt sich zunächst mit den zur Wiederherstellung der nicht gesicherten Daten erforderlichen Arbeitsschritten. Sodann schätzt es die Anzahl der verlorengegangenen Daten auf eine bestimmte Zahl ebenso wie die erforderliche Bearbeitungszeit je Vorgang und vervielfacht diese mit zuvor aus den im Betrieb der Klägerin tatsächlich gezahlten und auf einen Stundensatz umgerechneten Löhnen. Entsprechend verfährt das Gutachten mit dem geltend gemachten Aufwand für Inventurkosten und Refraktionen; der Verdienstausschlag wegen unterbliebenen Mailings ist anhand einer mittleren Erfolgsquote, des Nettoumsatzes und des sich an der Umsatz-/Kostensituation eines bestimmten Vorjahres orientierenden Gewinns ermittelt.

Das Gutachten offenbart auf diese Weise eine Vielzahl von Einzelheiten, die bei Ausnutzung des dem Tatrichter durch § 287 ZPO eingeräumten Ermessens Feststellungen erlauben, ob von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. BGH, Urt. v. 09.06.1994 - IX ZR 125/93, NJW 1994, 3295, 3297) der von der Klägerin aufgestellten Behauptungen auszu-

gehen ist. Dabei mag auch als Anhaltspunkt dienen, daß selbst die Beklagte in der vorprozessualen Korrespondenz den Annahmen des Privatgutachters keinesfalls schlechthin entgegengetreten ist, sondern sich in der Lage gesehen hat, sich mit ihnen auseinanderzusetzen, und dabei nur Einzelheiten angezweifelt hat. Die vom Privatgutachter aufgezeigten Anhaltspunkte mögen im einzelnen nicht bedenkenfrei sein; nach den zuvor gemachten Ausführungen des Senats gilt dies vor allem, soweit nicht der übliche Lohn in Ansatz gebracht, sondern der individuelle Aufwand der Klägerin geschätzt worden ist. Diesen Bedenken hätte aber durch einen richterlichen Hinweis Rechnung getragen werden können und müssen (vgl. Sen.Urt. v. 12.10.1993 - X ZR 65/92, NJW 1994, 663, 665 m.w.N.), in welcher Weise eine Substantiierung der klägerischen Ausführungen für notwendig gehalten werde.

5. Das Berufungsgericht hat die Beklagte für berechtigt angesehen, die Leistung von Schadensersatz zu verweigern. Die von der Klägerin geltend gemachte Forderung sei gemäß § 638 Abs. 1 BGB verjährt, weil sie auf den Ersatz eines engen Mangelfolgeschadens gerichtet sei. Auch die hiergegen gerichtete Rüge der Klägerin greift durch. Der Datenverlust, dessentwegen die Klägerin Schadensersatz begehrt, bedeutet für die Klägerin einen normalen oder weiteren Mangelfolgeschaden, für den Ersatz nach den allgemeinen Regeln des Instituts der positiven Vertragsverletzung verlangt werden kann, was die Anwendung der allgemeinen Verjährungsfrist einschließt (§ 195 BGB), die im vorliegenden Fall bei Klageerhebung noch nicht abgelaufen war.

Die Frage, nach welchen Regeln durch eine mangelhafte Werkleistung verursachte Schäden zu ersetzen sind, ist in Grenzfällen vor allem nach dem lokalen Zusammenhang zwischen Werk und Schaden zu entscheiden. Es ist festzustellen, wo sich der Schaden verwirklicht hat, ob am Werk selbst oder an anderen Rechtsgütern. Grundsätzlich kann nur der Schaden, der dem hergestellten Werk unmittelbar anhaftet, einen Schadensersatzanspruch gemäß § 635 BGB auslösen. Sogenannte Mangel- folgeschäden, die erst durch Hinzutreten eines weiteren Ereignisses und an weiteren Rechtsgütern realisiert werden, sind dagegen grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln der positiven Vertragsverletzung zu behandeln. Die Verjährung bestimmt sich allerdings ausnahmsweise auch dann nach § 638 BGB, wenn es nach dem auf eine angemessene Risikoverteilung zielenden Gesetzeszweck erforderlich scheint. Diese Erforderlichkeit kann nur gegeben sein, wenn ein enger - wiederum vor allem lokaler - Zusammenhang zwischen Werkmangel und Folgeschaden besteht, so daß der durch den Werkmangel bedingte Schaden regelmäßig nicht erst nach langer Zeit in Erscheinung tritt, und wenn zudem eine Interessenabwägung ergibt, daß der Unternehmer billigerweise nicht damit rechnen muß, noch lange Zeit nach Ablauf der kurzen Verjährungsfrist in Anspruch genommen zu werden (vgl. ausführlich Sen.Urt. v. 08.12.1992 - X ZR 85/91, NJW 1993, 923, 924 m.w.N.; auch BGHZ 115, 32, 34 ff. m.w.N.). Einen nach § 638 BGB in kurzer Frist verjährenden sogenannten nahen Folgeschaden hat die Rechtsprechung in Anwendung dieser Grundsätze vor allem bei Planungs- und Prüfungsfehlern angenommen, wenn sich die Planung oder Prüfung bestimmungsgemäß in einem bestimmten wei-

teren Werk verkörpern sollte und die Mängel der Planung oder Prüfung in diesem weiteren Werk in Erscheinung traten (vgl. BGHZ 37, 341; 48, 257; 58, 85; 72, 257).

Mit solchen Fällen ist der vorliegende Fall jedoch nicht vergleichbar. Die Übertragung des Optikprogramms einschließlich seiner Sicherungsroutine und der Daten fand ihre Verkörperung in dem Vorhandensein aller Programmteile und Daten auf der Festplatte der neuen EDV-Anlage und sollte sie gerade dort finden, damit die Klägerin mit dieser Anlage wie bisher mit ihrer alten EDV-Anlage weiterarbeiten könne. Der geltend gemachte Schaden ist auch nicht bei der Implementierung der Sicherungsroutine eingetreten. Die Klägerin begehrt nämlich nicht Ersatz dafür, daß Daten nicht auch auf Sicherungsbändern verfügbar abgelegt wurden; sie will Schadensersatz wegen des Verlustes des Datenbestandes selbst, der als solcher ein selbständiges vermögenswertes Gut darstellt, wie daran deutlich wird, daß er für sich von der Klägerin gegen Entgelt veräußert werden könnte. Zur Verwirklichung des Schadens am Datenbestand selbst bedurfte es aber erst des Absturzes der Festplatte und auch zuvor weiterer Schritte, nämlich der Weiterarbeit der Klägerin mit der neuen EDV-Anlage und des Unterbleibens einer Sicherung des Datenbestandes, die erfahrungsgemäß auch in anderer Weise, etwa mit Befehlen wie "back up" oder "copy", als mittels der programm-eigenen Sicherungsroutine hätte erfolgen können. Anders als in dem im Urteil des Senats vom 13. Mai 1986 (BGHZ 98, 45) behandelten Fall, der durch eine eindeutige Zuordnung eines mangelhaften Ölwechsels zu einem ganz bestimmten Motor gekennzeichnet war, mußte sich deshalb die mangelnde Implemen-

tierung seitens der Beklagten auch nicht fast zwangsläufig und in kurzer Zeit in einem Schaden am Datenbestand der Klägerin auswirken.

Wie der vorliegende Fall zeigt, war überdies nicht gewährleistet, daß der mit den Rechenabläufen in Computer und Programm in aller Regel nicht näher vertraute Anwender das Versagen einzelner Funktionen innerhalb der kurzen Verjährungsfrist des § 638 BGB feststellt. Es bestand vielmehr die Gefahr, daß dies erst nach langer Zeit geschah, dann nämlich, wenn ein als Notfall zu qualifizierendes Ereignis hinzutrat. Bei der gebotenen wertenden Betrachtungsweise kann der hier geltend gemachte Schaden demnach auch nicht als so nahe eingeordnet werden, daß seine Erstattbarkeit durch § 638 BGB begrenzt sein müßte. Der vorliegende Fall ist vielmehr vergleichbar dem Fall einer mangelhaften Einbruchsicherung, in dem der Senat den durch späteren Einbruchdiebstahl entstandenen Schaden ebenfalls als einen der regelmäßigen, langen Verjährung unterliegenden entfernteren Schaden beurteilt hat (BGHZ 115, 32). Vergleichbar sind auch die Fälle, in denen fehlerhafte Gutachten erteilt oder fehlerhafte Schätzungen vorgenommen werden. In Fällen fehlerhafter Gutachten und Schätzungen (BGHZ 87, 239; 67, 1) hat es der Bundesgerichtshof aber grundsätzlich abgelehnt, den erforderlichen engen Zusammenhang anzunehmen, selbst wenn die gutachterliche Stellungnahme dazu dienen sollte, einen durch unrichtige Wertschätzung bedingten späteren Vermögensschaden zu vermeiden. Demgemäß kann auch hier für die im übrigen ohne nähere Begründung vorgenommene Einordnung durch das Berufungsgericht kein durchschlagendes Argument sein, daß die

nach dem Vortrag der Klägerin mangelhaft implementierte Sicherungsroutine natürlich den Zweck hatte, einen Datenverlust zu vermeiden.

6. Da besondere Gründe, weswegen die Beklagte eine fehlerhafte Implementierung der Sicherungsroutine nicht zu vertreten haben könnte, nicht ersichtlich sind, kann nach allem das Urteil des Berufungsgerichts nicht bestehenbleiben; es ist aufzuheben und die Sache ist zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die bestrittene Behauptung einer seit Implementierung fehlerhaften Sicherungsroutine aufgeklärt werden kann.

a) Sollte das Berufungsgericht dabei zu dem Ergebnis gelangen, daß sich eine fehlerhafte Übertragung der Sicherungsroutine durch die Beklagte nicht feststellen lasse, wird das Berufungsgericht außerdem der - wie die Revision wiederum zu Recht rügt - bisher übergangenen Behauptung der Klägerin nachzugehen haben, ihr persönlich haftender Gesellschafter habe die Mitarbeiterin sogar darauf hingewiesen, daß der von ihr gestartete Datensicherungslauf auf dem neuen Gerät offenbar nur noch eine Sache von Sekunden sei. Da unter Beweisantritt behauptet ist, daß diese Mitteilung einen Hinweis bot, nach den bisherigen Implementierungsarbeiten funktioniere die Datensicherungsroutine des Optikprogramms nicht mehr, war nämlich für die Beklagte als Fachunternehmen hinreichender Anlaß gegeben, an der Funktionsfähigkeit der Datensicherungsroutine zu zweifeln und deshalb zu überprüfen, ob als Folge ihrer Arbeiten die Möglichkeit der Datensicherung mittels Streamer und Bänder dem EDV-System tat-

sächlich eigen sei. Die gebotene Überprüfung hätte die Mangelhaftigkeit der Übertragung der für die Datensicherung vorgesehenen Programmteile des Optikprogramms offenbart. Die Beklagte hätte sogleich die Ursache ermitteln und durch nunmehr ordnungsgemäße Wiederholung der Implementierung der Datensicherungsroutine den Mangel des geschuldeten Werks vermeiden können.

b) Die Meinung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, sämtliche Funktionen des Optikprogramms auf der neuen Anlage zu überprüfen, hält den Angriffen der Revision, was die hier allein interessierende Übertragung der zur Datensicherung dienenden Programmteile anbelangt, noch aus einem anderen Grund nicht stand.

Datensicherung ist eine allgemein bekannte Selbstverständlichkeit (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 20.12.1995 - 10 U 123/95, CR 1996, 348 f.). Angesichts der mannigfachen Gefahren eines Datenverlustes und der daraus regelmäßig folgenden schweren wirtschaftlichen Schäden für den EDV-Anwender gilt sie als unverzichtbar (vgl. Becker, NJW-CoR 1992, 17). Aus diesem Grund werden zumindest bei gewerblicher Nutzung einer EDV-Anlage - wie auch hier - zur Datensicherung besondere Sicherungsrouтины vorgesehen, die hinreichende Gewähr dafür bieten, daß in regelmäßigem Zeitabstand der Datenbestand des Anwenders auf einem besonderen Datenträger abgespeichert wird. Die Bedeutung, welche die für die Datensicherung vorgesehenen Programmteile mithin haben, führt dazu, daß der Unternehmer, der ein Programm mit Sicherungsroutine bei einer EDV-Anlage zu implementieren hat, sich nicht mit der bloßen Übertragung des Programms bzw. seiner Teile

begnügen darf. Selbst wenn er bei den insoweit notwendigen Arbeiten allen Sorgfaltsanforderungen genügt, ist nämlich nicht auszuschließen, daß es dennoch zu Fehlern kommt, die den Erhalt des Datenbestandes gefährden, den die zu übertragende Sicherungsroutine bezweckt. Den als Folge seiner Übertragungsarbeit möglichen Datenverlust, der für den Besteller einen besonders einschneidenden Nachteil darstellt, kann jedoch gerade der Unternehmer verhindern, indem er seine zur Übertragung der Sicherungsroutine ergriffenen Maßnahmen einer Nachkontrolle unterzieht. Denn vom Unternehmer kann erwartet werden, daß er die dazu nötige Sachkunde besitzt, die ihn, sollte sich eine ungenügende Übertragung ergeben, dann auch befähigt, den aufgedeckten Fehler zu beseitigen. Die sich aus einer Implementierungszusage ergebende Verpflichtung, eine programmseits funktionsfähige EDV-Anlage sicherzustellen, beinhaltet deshalb für den Unternehmer auch ohne einen besonderen Hinweis, daß die Übertragung der Sicherungsroutine mißlungen sein könnte, die Pflicht, in geeigneter Weise zu überprüfen, ob dem Anwender mittels der Sicherungsroutine die vorgesehene Datensicherung wirklich möglich ist. Angesichts der Selbstverständlichkeit der Datensicherung ist auch diese Überprüfung selbstverständlicher Teil der versprochenen Leistung. Geschuldet ist ein Mindestmaß an Prüfung, ob aus fachlicher Sicht ernsthafte Zweifel nicht mehr bestehen können, daß die für die Datensicherung vorgesehenen Programmteile übertragen sind und die Sicherungsroutine bei entsprechendem Aufruf bestimmungsgemäß Daten dem vorgesehenen Datenträger übermittelt. Was hierzu nötig ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Art der Sicherungsroutine und der EDV-Anlage, und bedarf im Streitfall der tatrichterlichen Klärung. Als Maß-

stab kann dabei gelten, welche von den technisch möglichen und wirtschaftlich zumutbaren Kontrollen ein Fachmann auf dem Gebiet der Implementierung von Programmen auf einer EDV-Anlage vorgenommen hätte, um aufgrund der Überprüfung annehmen zu können, daß das für die Datensicherung vorgesehene Programm übertragen und die Sicherungsroutine auf der EDV-Anlage lauffähig ist.

Die Pflicht, die Funktionsfähigkeit der Sicherungsroutine auf der neuen EDV-Anlage zu überprüfen, traf auch die Beklagte. Der Umstand, daß mit der Sicherungsroutine auf der bisherigen EDV-Anlage der Klägerin jahrelang beanstandungsfrei gearbeitet worden war, bot nämlich keine Gewähr, daß dies auch nach der Übertragung so sein würde. Es waren neue Verhältnisse gegeben, die fehlerbehaftet sein konnten und deshalb eine Überprüfung notwendig machten.

c) Sollte das Berufungsgericht nach erneuter mündlicher Verhandlung und Ausschöpfung der zulässigen Beweismittel zu der Feststellung gelangen, daß weder eine mangelhafte Übertragung des Optikprogramms feststellbar noch das von der Klägerin behauptete, auf einen Fehler der Übertragung hindeutende Gespräch, andererseits aber auch nicht eine fehlerfreie Implementierung des Datensicherungsprogramms bewiesen sei, wird das Berufungsgericht in Anbetracht der Ausführungen zu b) die Schadensersatzklage nicht wegen Beweisfälligkeit der Klägerin abweisen können. Es wird vielmehr zu prüfen haben, ob die Beklagte die nach den Umständen des zu beurteilenden Falls gebotene Überprüfung der Übertragung der Sicherungsroutine vorgenommen hat. Ein Unterlassen der gebo-

tenen Überprüfung der Implementierung einer Sicherungsroutine hätte nämlich eine Beweislastumkehr zu Lasten der Beklagten zur Folge.

Das Werkvertragsrecht verlangt von dem Unternehmer nur bis zur Abnahme des Werks die Darlegung und gegebenenfalls den Beweis, daß sein Werk nicht mit Fehlern im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB behaftet ist. Hat der Besteller durch Abnahme des Werks dasselbe als im wesentlichen vertragsgemäß anerkannt, gereicht es dagegen wegen dieser Anerkennung dem Besteller zum Nachteil, wenn nicht (mehr) geklärt werden kann, ob das Werk mangelhaft oder mangelfrei hergestellt worden ist. Da diese Beweislastverteilung vom Gesetz vorgegeben ist, kommt eine Ausnahme nur unter besonderen Umständen in Betracht. Das Vorhandensein solcher Umstände ist jedoch regelmäßig anzunehmen, wenn Gegenstand des entgeltlichen Vertrages die Implementierung eines Programms zur Datensicherung auf eine EDV-Anlage ist und der Unternehmer die gebotene Überprüfung der Übertragung der Sicherungsroutine unterläßt.

Eine Überprüfung daraufhin, ob die Übertragung eines für die Datensicherung vorgesehenen Programms erfolgreich war, liegt im Interesse beider Vertragsparteien. Weil sie zuverlässige Erkenntnis über die Mangelfreiheit des geschuldeten Werks erlaubt, bietet sie für den Besteller hinreichende Gewähr, seine Daten sichern zu können; den Unternehmer setzt sie in die Lage, die Abnahmefähigkeit seines Werks darzutun. Die Überprüfung ist zugleich aber auch das Mittel, um zu verhindern, daß die Fehlerfreiheit bzw. Fehlerhaftigkeit der vom Unternehmer geschuldeten Leistung überhaupt unaufklärbar

ist bzw. wird. Sie beseitigt die gerade bei Computerprogrammen gegebene Gefahr, daß nach Beginn der Arbeit mit ihnen nicht mehr feststellbar ist, ob ein Fehler, der sich sodann zeigt, aus dem Bereich des Unternehmers stammt, oder ob er eine andere Ursache hat, die der Unternehmer nicht zu verantworten hat. Damit ist eine Interessenlage gegeben, die es sachgerecht sein läßt, ausnahmsweise auch nach der Abnahme den Unternehmer mit den Nachteilen der Nichtaufklärbarkeit der genauen Fehlerursache und des Zeitpunkts ihres Entstehens zu belasten. Wie ausgeführt dient nämlich die Pflicht zur Überprüfung der Übertragung einer Sicherungsroutine dazu, ein besonderes Risiko nach Möglichkeit auszuschließen, das bei Implementierung eines für die Datensicherung vorgesehenen Programms der Werkleistung des Unternehmers eigen ist und den Besteller der Gefahr schwerer Schadensfolgen aussetzt. Auch wird die Pflichtenstellung nicht wesentlich zu Lasten des Unternehmers verändert, wenn er - sozusagen in Fortführung seiner Pflicht zu der von ihm versäumten Überprüfung - nachweisen muß, daß der die Datensicherheit betreffende Mangel erst nach der Erbringung der eigenen Leistung entstanden ist. Der Unternehmer würde sich vielmehr treuwidrig verhalten, wenn er sich im Prozeß zu seiner Entlastung auf das Fehlen von Erkenntnissen berufen würde, um die sich zu sorgen ihm zum Schutz der Daten des Bestellers gerade aufgegeben war.

Mit der Eröffnung einer solchen Möglichkeit der Beweislastumkehr im Bereich der Haftung für Fehler bei der Implementierung einer Sicherungsroutine auf einer EDV-Anlage knüpft der Senat nicht nur an die zum Ausgleich eines ähnlichen Interessenkonflikts in ständiger Rechtsprechung ange-

wendete Regel an, wonach dem Arzt zum Schutz seines Patienten aufgegeben ist, Befunde zu sichern, um sich rechtzeitig Klarheit über einen Krankheitszustand zu verschaffen, die zur Vermeidung gefährlicher Entwicklungen erforderlich und nachträglich nicht mehr zu erlangen sind (vgl. BGHZ 99, 391 m.w.N.; BGH, Urt. v. 19.05.1987 - VI ZR 167/86, VersR 1987, 1092). Der hier zu beurteilende, durch den Datenverlust der Klägerin gekennzeichnete Sachverhalt ist vielmehr vor allem vergleichbar dem Fall, in dem der Hersteller eines Produkts aufgrund der im Interesse des Verbrauchers auferlegten Verkehrssicherungspflicht gehalten war, das Produkt auf seine einwandfreie Beschaffenheit zu überprüfen und den Befund zu sichern, er dieser Verpflichtung aber nicht nachgekommen ist. In dem sogenannten Mehrweg-Mineralwasser-Fall, dem ein

derartiger Sachverhalt zugrunde lag, hat der Bundesgerichtshof ebenfalls eine Beweislastumkehr für sachgerecht erachtet, weil die Überprüfung dem Hersteller gerade deshalb aufgegeben war, um durch eine Ermittlung und Sicherung des Status sich rechtzeitig über das Freisein von Produktgefahren zu vergewissern, die typischerweise das Produkt belasten können und die nach Inverkehrgabe des Produkts nicht mehr aufzudecken sind (BGHZ 104, 323, 333 ff.).

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Broß

Scharen