

I-22 U 130/14  
22 O 102/12  
Landgericht Duisburg



Verkündet am 30.12.2014  
, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle

**Oberlandesgericht Düsseldorf**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**Urteil**

In dem Rechtsstreit

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

hat der 22. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf  
auf die mündliche Verhandlung vom 19.12.2014  
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht , die Richterin am  
Oberlandesgericht und die Richterin am Landgericht  
für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 2. Kammer für Handels-sachen des Landgerichts Duisburg vom 25. Juli 2014 wird zurückgewie-sen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das angefochtene Urteil und das Berufungsurteil sind ohne Sicherheits-leistung vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### Gründe:

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

Die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) und die nach § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

1.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Schadensersatz in den Betrag von 1.267,01 € übersteigender Höhe aus §§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 1 BGB.

a) Es kann dahinstehen, ob mit dem Landgericht davon auszugehen ist, dass die Beklagte als Host-Provider gegenüber ihrem Auftraggeber, der Klägerin, zur Anfertigung von Datensicherungen ("Backups") der von ihm gehosteten Inhalte aus einer vertraglichen Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB auch ohne eine ausdrückliche Vereinbarung verpflichtet war. Selbst wenn man dies bejahen würde, stehen der Klägerin jedenfalls keine weitergehenden Schadensersatzansprüchen zu als ihr bereits vom Landgericht zugesprochen wurden. Mangels Anschlussberufung der Beklagten kann der Senat diese Frage jedoch offen lassen.

b) Bejaht man eine Pflichtverletzung der Beklagten i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB, hat die Klägerin der Höhe nach einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Erstellung einer neuen Webseite, die sich den nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts zufolge auf grundsätzlich 5.068,04 € belaufen. Der Senat legt ebenfalls die nachvollziehbaren und schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen zu-

grunde, dass sich die üblichen Herstellungskosten für eine Webseite, wie die der Klägerin, auf diesen Betrag belaufen.

Im Rahmen der zweitinstanzlichen Überprüfung der erstinstanzlichen Würdigung von Ergebnissen einer Beweisaufnahme durch Einholung von Sachverständigengutachten gilt § 412 Abs. 1 ZPO nur noch im Rahmen von §§ 529, 531 ZPO. Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit des Gutachtens können sich aus der Person des Gutachters ergeben, auch wenn der Sachverständigenbeweis ansonsten fehlerfrei erhoben wurde. Solche Zweifel können auch dann gerechtfertigt sein, wenn das Gutachten in sich widersprüchlich und / oder unvollständig ist, wenn der Sachverständige erkennbar nicht sachkundig war, sich der dem Gutachten zugrundegelegte Sachverhalt, d.h. die tatsächlichen Grundlagen (Anschlussstatsachen) durch i.S.v. § 531 ZPO zulässige Noven geändert haben und / oder es neue wissenschaftliche Erkenntnismöglichkeiten zur Beantwortung der Beweisfrage/n gibt (vgl. BGH, Urteil vom 05. September 2006, VI ZR 176/05, NJW-RR 2007, 212; BGH, Urteil vom 15. Juli 2003, VI ZR 361/02, NJW 2003, 3480; Zöller-Heßler, a.a.O., § 529, Rn. 9 m.w.N.). Zweifel der vorstehenden Art kann der Berufungsführer auch durch Vorlage eines Privatgutachtens (im Sinne substantiierten bzw. qualifizierten Parteivortrags) untermauern (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2006, VII ZR 279/05, NJW 2007, 1531; Zöller-Heßler, a.a.O., § 529, Rn. 9 m.w.N.).

Anhaltspunkte, die Zweifel an den Feststellungen des Sachverständigen in seinen Gutachten vom 07.11.2013 und 30.03.2014 wecken könnten, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Auch soweit vermeidbare Mehrkosten dadurch entstanden sein sollten, dass bei der Neuerstellung der Webseite nicht auf die über [www.web.archive.org](http://www.web.archive.org) bestehenden Möglichkeiten zurückgegriffen worden wäre, geht dies, wie das Landgericht unter zutreffendem Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausgeführt hat, nicht zulasten der Klägerin.

aa) Es ist von diesen Herstellungskosten in Höhe von 5.068,04 € jedoch ein Abzug neu für alt vorzunehmen.

Grundsätzlich wird der Geschädigte, der durch die Art des Schadensersatzes Vorteile erlangt – etwa weil eine gebrauchte Sache durch eine neue ersetzt wird oder weil die Reparatur durch den Einbau von Neuteilen erfolgt und in solchen Fällen Vermögensmehrungen eintreten – mit dem Abzug neu für alt belastet. Es soll auf diese Weise vermieden werden, dass der Geschädigte aufgrund des Schadensersatzes bereichert wird. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Vorteile, die mit der Art des Schadensersatzes einhergehen, dem Geschädigten aufgedrängt werden.

Daher ist nicht jede objektive Vermögensmehrung auszugleichen, sondern nur eine, die sich für den Geschädigten günstig auswirkt. Zudem muss der Abzug dem Geschädigten zumutbar sein. Der Abzug neu für alt setzt daher zunächst eine messbare Vermögensmehrung voraus, die sich für den Geschädigten wirtschaftlich günstig auswirkt – etwa indem die Lebensdauer einer Sache verlängert oder künftige Aufwendungen erspart werden (BeckOK/Schubert, BGB, Stand 01.03. 2011, § 249 Rn. 141 ff. m.w.N.; Staudinger/Schiemann, BGB, 2005, § 249 Rn. 176 m.w.N.; Münchener Kommentar/Oetker, 2012, § 249 Rn. 348 ff. m.w.N.; BGH, Urteil vom 23.03.1959, VI ZR 90/58, NJW 1959, 1078 f.; BGH, Urteil vom 08.12.1987, VI ZR 53/87, Rn. 25, 28, juris; BGH, Urteil vom 25.10.1996, V ZR 158/95, NJW 1997, 520; BGH, Urteil vom 07.05.2004, V ZR 77/03, Rn. 15, 17 m.w.N., juris; KG, Urteil vom 05.11.1970, 12 U 724/70, NJW 1971, 142, 144; KG Berlin, Urteil vom 05.11.1984, 12 U 1192/84, juris; Thüringer OLG, Urteil vom 19.07.2007, 1 U 669/05, Rn. 133, 135, juris; OLG Dresden, Urteil vom 09.06.2009, 5 U 26/09, Ziffer 4. lit. b), juris; AG München, Urteil vom 27.11.2007, 315 C 37424/06, Rn. 14, 16, juris).

Die Klägerin ließ sich ihre ursprüngliche Webseite – allerdings damals bereits als „relaunch“ (also als Wiedereinführung) - im Jahr 2006 erstellen. Zwar hat der Sachverständige in seinem Gutachten vom 07.11.2013 ausgeführt, bei der Neuerstellung der Webseite im Jahr 2012 habe die Klägerin auf grafische Effekte, die aufgrund der mittlerweile schnelleren Internetzugänge möglich geworden seien, verzichtet, so dass die neue Webseite – vom Senat ergänzt: insoweit – keine technische Besserstellung im Vergleich zur alten Webseite enthalte. Anders als ein körperlicher Gegenstand unterliegt eine Webseite auch nicht einem unmittelbaren Verschleiß. Wie der Sachverständige jedoch ebenfalls ausgeführt hat, gibt es nicht nur die vordergründige technische Besserstellung durch grafische Effekte, sondern auch im Hintergrund laufende Verbesserungen, die somit einen künftigen Aufwand der Klägerin im Hinblick auf Updates ersparen. Insoweit ist der einem rasanten Wandel unterliegende Stand der Technik zu berücksichtigen, der sich insbesondere auf Arbeitsgeschwindigkeit einer Internetseite und deren Darstellung auswirkt. Dass die frühere Webseite der Klägerin in einem Format gespeichert war, das sie in einem Browser aus dem Jahr 2006 genauso anzeigte wie in einem aktuellen Browser und sie daher bis zum Verlust der früheren Internetseite nicht aus Darstellungsgründen zu einem Update gezwungen war, begründet nicht ein für die Zukunft – wie die Klägerin meint: ein für noch weitere mindestens 10 Jahre - entbehrliches Update. Durch die Neuerstellung der Webseite wurde auch die Sicherheit der Webseite verbessert, indem sie aktuellen Gegebenheiten angepasst wurde.

Die Klägerin räumt mit der Berufungsbegründung selbst ein, dass es bei der Neuerstellung der Webseite „im Hintergrund“ technische Neuerungen gegeben habe und spielt den ihr hierdurch entstandenen Vorteil als „nicht nennenswert“ herunter. Diese technischen Neuerungen stellen jedoch einen vermögenswerten Vorteil für die Klägerin dar, die auf diese Weise künftige Aufwendungen für ein Update ihrer früheren Webseite erspart hat. Auf ihre Absicht, die ursprüngliche Seite über 20 Jahre nutzen zu wollen, kommt es nicht an. Insoweit kann sich die Klägerin nicht auf eine mangelnde individuelle Nützlichkeit der neuerstellten Webseite berufen, denn es ist schon lebensfremd, dass die Klägerin als Dienstleistungsunternehmen über 20 Jahre hinweg nicht an einem Update ihrer Internetpräsenz, die ihrem Vortrag zufolge doch auch der Kundenwerbung dienen soll, interessiert sein will. Gegen ein solch mangelndes Interesse spricht auch, dass die Klägerin bereits im Jahr 2006 einen relaunch ihrer Internetseite vornehmen ließ. Betrachtet man zudem gerade die Softwareentwicklung der vergangenen fünf bis zehn Jahre, so ist eine auf 20 Jahre angelegte Nutzungsabsicht einer Webseite der Lebenserfahrung nach utopisch. Hierfür sprechen auch die Ausführungen des Sachverständigen, der unter Berücksichtigung der betriebsüblichen Nutzungsdauer im Geschäftsbereich der Klägerin, des Funktionsumfangs ihrer Webseite, der Änderungen bei Konkurrenzwebseiten und der Sicherheit der Webseite von einer Nutzungsdauer von acht Jahren ausgeht, also ebenfalls von einer nur beschränkten „Haltbarkeitsdauer“ der Webseite.

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen nicht, im vorliegenden Fall einen Abzug neu für alt vorzunehmen. Die Klägerin verkennt, dass es nicht um einen Eingriff in ihre unternehmerischen Entscheidungen geht, sondern um den Ausgleich eines wirtschaftlichen Vorteils, um den sie infolge der Schadensersatzzahlung sonst bereichert wäre.

bb) Hinsichtlich der Höhe des Abzugs ist regelmäßig eine Schätzung nach § 287 ZPO erforderlich. Bietet der Wert einer gebrauchten Sache vor dem Schadensereignis keinen Anhaltspunkt für den Abzug, kann auf die voraussichtliche Dauer der Nutzungsmöglichkeit abgestellt werden. Der Abzug erfolgt dann prozentual nach dem Anteil der bereits verstrichenen Zeit, um sodann den Neupreis um diesen Betrag zu kürzen. Für die voraussichtliche Dauer der Nutzungsmöglichkeit kann bei Wirtschaftsgütern auf den steuerlichen Abschreibungswert als Orientierungshilfe zurückgegriffen werden, jedoch ist dieser ggf. aufgrund der tatsächlichen Gesamtlebensdauer und der tatsächlichen Restnutzungsdauer zu korrigieren (Münchener Kommentar/Oetker, a.a.O., § 249 Rn. 352 m.w.N.; Beck-OK/Schubert, a.a.O., § 249 Rn. 144 m.w.N.).

Der Sachverständige hat die voraussichtliche Nutzungsdauer der Webseite der Klägerin – von dieser nicht substantiiert angegriffen – unter Berücksichtigung der Besonderheiten ihres Geschäftsbereichs auf acht Jahre beziffert. Der Senat ist an diese überzeugenden, in sich schlüssigen Ausführungen gemäß §§ 529, 531, 286 ZPO gebunden. Entsprechend der Berechnung des Landgerichts ist daher angesichts der noch verbleibenden Nutzungsdauer von zwei Jahren für die ursprüngliche Webseite ein Abzug neu für alt in Höhe von 3.801,03 € vorzunehmen, so dass sich der Schadensersatzanspruch der Klägerin auf 1.267,01 € beziffert.

Anhaltspunkte, dass der Klägerin ein Abzug neu für alt nicht zumutbar wäre, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

cc) Ein weiterer Abzug von der Schadensersatzforderung der Klägerin ist nicht wegen eines Mitverschuldens, § 254 BGB, zu machen.

§ 254 Abs. 1 BGB sieht vor, dass dem Geschädigten ein „Verschulden“ bei der Schadensentstehung zur Last gelegt werden kann. Allerdings erfordert dieses Mitverschulden nicht, dass gegen eine Rechtspflicht verstoßen worden ist, denn selbstschädigendes Verhalten ist grundsätzlich nicht rechtswidrig. Es ist dem Geschädigten freigestellt, auf Vorkehrungen zum Schutz seiner Rechtsgüter zu verzichten; er muss dann aber ggf. die Kürzung seines Schadensersatzanspruchs hinnehmen. Das Mitverschulden i.S.d. § 254 Abs. 1 BGB ist vielmehr auf eine Obliegenheit des Geschädigten bezogen, d.h. die Außerachtlassung derjenigen Sorgfalt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt (Beck-OK/Lorenz, BGB, Stand 01.05.2014, § 254 Rn. 9 m.w.N.).

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, war der Beklagten bekannt, dass die Webseite der Klägerin nicht mehr bestand. Es hätte der Beklagten obliegen, der Klägerin mitzuteilen, dass sie noch über eine mehrere Jahre alte Version der Webseite verfügte, anhand deren eine Neuherstellung schneller hätte durchgeführt werden können. Stattdessen hat sich die Beklagte darauf beschränkt, der Klägerin mitzuteilen, dass eine Wiederherstellung der Daten auf der Festplatte Zeit benötige bzw. nicht möglich sei. Die Klägerin brauchte angesichts dieser Mitteilung unter Zugrundelegung einer vernünftigen Verkehrsanschauung keine weiteren Nachfragen zu stellen.

Die vom Landgericht nicht erörterte Frage, ob der Klägerin ein Mitverschulden wegen Unterlassens der Anfertigung eigener Backups zur Last fällt (vgl. hierzu Kremer, jurisPR-ITR 21/2014 Anm. 6 sowie Bergt, ITRB 2014, 253, jeweils in Anmerkung zu

der landgerichtlichen Entscheidung), ist vom Senat mangels Anschlussberufung der Beklagten nicht zu entscheiden.

c) Die Klägerin hat schließlich keinen Anspruch auf Nutzungsentschädigung.

Sie hat der Höhe nach nicht substantiiert dargelegt, inwieweit ihr ein Nutzungsausfall entstanden wäre. Sie hat auch nicht hinreichende Anhaltspunkte vorgetragen, dass der Senat gemäß § 287 ZPO die Höhe des Nutzungsausfalls bzw. jedenfalls einen Mindestbetrag schätzen könnte.

Mit der Einräumung der Befugnis, die Höhe des Schadens zu schätzen (§ 287 Abs. 1 ZPO), nimmt das Gesetz zwar in Kauf, dass das Ergebnis der Abschätzung mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt; die Schätzung soll aber möglichst nahe an diese heranführen. Um der Beweisnot des Geschädigten abzuweichen, wird der Richter den Schaden zu schätzen haben, wenn und soweit die festgestellten Umstände hierfür noch eine genügende Grundlage abgeben; das Gericht kann und muss aber von jeder Schätzung absehen, wenn diese mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft hängen würde (BGH, Urteil vom 22. Mai 1984, III ZR 18/83, Rn. 55 m.w.N., juris).

Das Landgericht hatte die Klägerin bereits im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 19.04.2013 darauf hingewiesen, dass sie nicht substantiiert zur Nutzungsentschädigung vorgetragen habe. Auf den weiteren Vortrag der Klägerin und die Feststellungen des Sachverständigen, dass zur Bemessung eines Nutzungsausfalls nicht auf einen Mietzins abgestellt werden könne, hat das Landgericht die Klägerin mit Beschluss vom 17.02.2014 (nochmals) darauf hingewiesen, dass ihrem allgemein gehaltenen Vortrag kein Ansatz für die Bestimmung eines Nutzungsausfalls entnommen werden könne und daher ein Nutzungsausfallschaden nach bisherigem Sach- und Streitstand nicht bestehe.

Die Klägerin hat auch auf diesen Hinweis hin keinen konkreten Vortrag gehalten. Sie hat bestätigt, dass nicht auf einen Mietzins abgestellt werden könne, und darauf verwiesen, dass ihr Schaden darin gelegen habe, dass ihre Kunden die Abrechnungen nicht mehr über die Webseite hätten einsehen können und ihr, der Klägerin, durch die fehlende Onlinepräsenz auch Werbemöglichkeiten entgangen seien. Diesen Nutzungsausfallschaden könne das Gericht – so die Auffassung der Klägerin – schätzen. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass der allgemein gehaltene Vortrag der Klägerin, ihr sei ein erheblicher Arbeitsaufwand entstanden, weil Abrechnungen an die Kunden per Post übersandt werden mussten, und ihr seien durch den Webseitenausfall Werbemöglichkeiten entgangen, keinen Ansatz für die Be-

messung eines Nutzungsausfalls beinhalte.

Konkreten Vortrag hält die Klägerin auch nicht in der Berufung. Sie trägt insoweit – ohne Bezugnahme etwa auf die Anzahl der bei ihr betroffenen Kunden – nur vor, dass „die Abrechnungen der Kunden“ per Post versandt worden seien. Dies habe einen erheblichen Mehraufwand verursacht – den sie allerdings auch nicht konkret darlegt. Insbesondere fehlt Vortrag, wie viel Arbeitsstunden ihrer Mitarbeiter durch diesen „Mehraufwand“ zusätzlich angefallen sein sollen, in welchem Turnus (etwa: monatlich? vierteljährlich?) sie Abrechnungen versandt haben will, in welcher Höhe ihr Porto- und Materialkosten hierdurch entstanden sein sollen. Ohne jegliche Angaben hierzu ist selbst die Schätzung eines Mindestbetrages nicht möglich, sondern würde völlig aus der Luft gegriffen erfolgen. Entsprechendes gilt hinsichtlich der pauschalen Behauptung der Klägerin, ihr seien Werbemöglichkeiten entgangen. Denn sie trägt schon nicht vor, wie viele Kunden sie bei gegebener Online-Präsenz über dieses Medium regelmäßig wirbt.

2.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10 Satz 2, 711, 713 ZPO.

Der Streitwert wird für die Berufungsinstanz auf bis zu 8.000 Euro festgesetzt.

Vorsitzender Richter am  
Oberlandesgericht

Richterin am Oberlandes-  
gericht

Richterin am Landgericht