
Datum: 22.11.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 110/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:1122.22U110.07.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 10 O 88/07

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung das am 13. Juni 2007 verkündete Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Münster teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 661,96 € nebst Zinsen in Höhe von

5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 06.01.2007 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten der ersten Instanz tragen die Kläger zu 95 % und die Beklagte zu 5 %.

Die Kosten der Berufungsinstanz tragen die Kläger zu 92 % und die Beklagte

zu 8 %.

Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens 14 H 9/06 – Amtsgericht

Borken – werden der Beklagten auferlegt.

Gründe:

A. Die Parteien streiten im Berufungsverfahren um die Erstattung der Kosten eines selbständigen Beweisverfahrens sowie den Ersatz eines Nutzungsausfalls für ein Kinderzimmer und vorgerichtliche Anwaltskosten.

Wegen der Sachverhaltsdarstellung im Einzelnen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat durch das angefochtene Urteil vom 09.05.2007 der Klage nach dem zuletzt gestellten - reduzierten - Antrag im Wesentlichen stattgegeben und die Beklagte verurteilt, an die Kläger 4.803,13 € nebst Zinsen verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Kläger könnten folgenden ersatzfähigen Schaden geltend machen:

1. Sachverständigenkosten 3.288,72 € 2. Anwaltskosten im Beweissicherungsverfahren 489,45 € 3. Gerichtskosten Beweissicherungsverfahren 363,00 € 4. Nutzungsausfall Kinderzimmer 360,00 € 5. außergerichtliche Anwaltskosten (50 %) 301,96 €

4.803,13 €.

Die Geltendmachung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens sei auch im vorliegenden Rechtsstreit zulässig, weil es zu keinem Hauptsache-Prozess bezüglich des geltend gemachten Feuchtigkeitsschadens gekommen sei, nachdem die Kläger durch zwischenzeitliche Erledigung vor Klageerhebung klaglos gestellt worden seien. Die Beklagte habe unter dem Gesichtspunkt des Verzuges auch den der Höhe nach unstreitig gestellten Nutzungsausfall für das Kinderzimmer von 360,00 € zu ersetzen. Eine Ersatzverpflichtung bezüglich der Kosten der Erneuerung des Teppichbodens sei jedoch nicht gegeben.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten, mit welcher sie vollständige Klageabweisung erreichen wollen.

Sie tragen vor, hinsichtlich der Schadenspositionen 1. – 3. (Kosten des selbständigen Beweisverfahrens) sei die Leistungsklage unzulässig. Diese Kosten seien im Kostenfestsetzungsverfahren der Hauptsache-Klage zu berücksichtigen. Die Schadenspositionen Nutzungsausfall und Teppichschaden stellten nämlich im Verhältnis zu dem durchgeführten selbständigen Beweisverfahren eine Hauptsache-Klage dar.

Im Übrigen sei hinsichtlich des Nutzungsausfalls in Höhe von 360,00 € die Klage nicht begründet, zumal es an einem ersatzfähigen Schaden mangle. Auch bleibe die fehlende Nutzungsmöglichkeit des Kinderzimmers bestritten.

In Bezug auf die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 301,96 € habe das Landgericht verkannt, dass es sich insoweit um eine Nebenforderung handele und nicht etwa um eine Hauptforderung.

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

Die Beklagte beantragt nunmehr,	
unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen.	14
Die Kläger beantragen,	15
die gegnerische Berufung zurückzuweisen.	16
Sie verteidigen das angefochtene Urteil und treten dem Berufungsvorbringen im Einzelnen entgegen.	17
B. Die Berufung hat einen Teilerfolg.	18
Sie führt zur Abweisung der Klage bezüglich der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens 14 OH 9/06 AG Borken, da diese Kosten zu den Gerichtskosten eines nachfolgenden Hauptsacheverfahrens gehören und daher nur im Kostenfestsetzungsverfahren geltend zu machen sind.	19
I. Die Geltendmachung der den Klägern im selbständigen Beweisverfahren entstandenen Aufwendungen, nämlich	20
1. Sachverständigenkosten 3.288,72 € 2. Anwaltskosten im Beweissicherungsverfahren 489,45 € 3. Gerichtskosten Beweissicherungsverfahren 363,00 €	21
als Schadenspositionen im vorliegenden Klageverfahren ist unter dem Gesichtspunkt des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.	22
1. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn die Kläger ihr Rechtsschutzziel auf einfacherem und billigerem Weg erreichen können. Der Weg über ein Kostenfestsetzungsverfahren ist nämlich regelmäßig weniger aufwändig. Die in einem selbständigen Beweisverfahren entstandenen Gutachter- und Gerichtskosten zählen zu den Gerichtskosten eines nachfolgenden Hauptsacheverfahrens (vgl. BGH, Beschluss v. 18.12.2002 VIII ZB 97/02). Die Anwaltsgebühren sind nach Vorbemerkung 3 Abs. 5 Anlage 1 (VV 3100) zu § 2 Abs. 2 RVG ebenfalls auf die Verfahrensgebühr des Hauptsacheverfahrens anzurechnen. Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens gehören auch dann zu den Kosten des Klageverfahrens, wenn nur Teile des Gegenstandes eines selbständigen Beweisverfahrens zum Gegenstand der anschließenden Klage gegen den Antragsgegner gemacht werden (BGH BauR 2004, 1485). Die Identität beurteilt sich auch nicht danach, ob die im selbständigen Beweisverfahren zu klärenden tatsächlichen Fragen einen oder mehrere materiell-rechtliche Ansprüche betreffen oder ob sie auch Gegenstand gesonderter Beweisverfahren sein könnten. Entscheidend ist allein, was der Antragsteller zum Gegenstand des konkreten selbständigen Beweisverfahrens gemacht hat und ob er diesen Gegenstand mit der Klage ganz oder teilweise gegen den Antragsgegner des selbständigen Beweisverfahrens weiterverfolgt (vgl. BGH NJW 2005, 294).	23
a) Vorliegend fehlt es nicht an einer Hauptsache-Klage. Die im Rechtsstreit geltend gemachten Positionen	24
? Nutzungsausfall Kinderzimmer (360,00 € zugesprochen) und	25
? Schaden Teppichboden (495,35 € abgewiesen)	26
	27

stellen im Verhältnis zu den geltend gemachten Kosten des selbständigen Beweisverfahrens eine Klage zur Hauptsache dar.

Zwar könnte gegen eine diesbezügliche Identität der Verfahrensgegenstände angeführt werden, dass die Frage des Nutzungsausfalls am Kinderzimmer und des Schadens am Teppichboden vom Sachverständigen nicht begutachtet werden sollten. Die Nichtberücksichtigung dieser Schadenspositionen im Beweisverfahren ergibt sich auch aus der dortigen Festsetzung des Verfahrenswerts auf bis zu 5.000,00 €, welcher den vom Sachverständigen für die Beseitigung der Feuchtigkeitsschäden geschätzten Kosten entspricht. Das Interesse der Kläger bezog sich im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung nicht auf die Begutachtung weiterer Schäden. Die Nichtbenutzbarkeit des Kinderzimmers ist von den Klägern als damaligen Antragstellern nicht zum Gegenstand des Beweisverfahrens gemacht worden. 28

Der Schaden am Teppichboden kann schon deshalb nicht Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens gewesen sein, weil er erst bei der Ursachenermittlung durch den Sachverständigen herbeigeführt worden ist. Der Sachverständige musste nämlich einen Wasserstau im Fallrohr verursachen, um die Ursache des Feuchtigkeitsschadens ermitteln zu können. Dabei ist der Teppichboden nass geworden (vgl. GA 22). 29

Entscheidender Gesichtspunkt für die Bejahung einer Teilidentität ist jedoch, dass der begutachtete Feuchtigkeitsschaden ursächlich für den behaupteten Nutzungsausfall des Kinderzimmers gewesen ist. Das Gutachten ist im jetzigen Klageverfahren von den Klägern auch gem. § 493 ZPO zur Begründung eines entsprechenden Ersatzanspruches verwertet worden. Das Vorhandensein von Feuchtigkeitsschäden in der Gebäudetrennwand war auch aus der Sicht der Kläger Voraussetzung dafür, Ersatz ihres Nutzungsausfalls wegen verzögerter Mängelbeseitigung verlangen zu können. Wenn der Beweisgegenstand zu 1. Eindringen von Wasser im Kinderzimmer von entscheidender Bedeutung für den eingeklagten Nutzungsausfallersatzanspruch ist, so ist insoweit hinsichtlich der Schadensursache auch eine Teilidentität der Verfahrensgegenstände zu bejahen. Nach § 485 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO kann eine Ursachenermittlung alleiniger Gegenstand des Beweisverfahrens sein. Eine Begutachtung des Schadensumfanges (Nr. 1), und/oder Beseitigungsaufwandes (Nr. 3) ist nicht zwingend. Der Gegenstand eines selbständigen Beweisverfahrens lässt sich also deutlich enger fassen als der eines Klageverfahrens. Eine Identität der Verfahrensgegenstände ist daher bereits dann anzunehmen, wenn das im Beweisverfahren eingeholte Gutachten in einem späteren Klageverfahren zumindest teilweise gem. § 493 ZPO benutzt wird. Ein solches Verständnis wird der vorbereitenden Funktion des selbständigen Beweisverfahrens am ehesten gerecht. 30

b) Da somit das Vorliegen einer Hauptsache-Klage - bei teilidentischem Verfahrensgegenstand - anzunehmen ist, können die Kläger die ihnen entstandenen Kosten des selbständigen Beweisverfahrens auch im Kostenfestsetzungsverfahren geltend machen. Denn dieser Weg ist regelmäßig billiger und einfacher. 31

aa) Der Weg über das Kostenfestsetzungsverfahren ist für die Kläger auch nicht weniger effektiv. Festsetzungsfähig sind nämlich die gesamten Kosten des selbständigen Beweisverfahrens. 32

Allerdings muss die Gefahr gesehen werden, dass die Kosten des Beweisverfahrens im Kostenfestsetzungsverfahren nur entsprechend der Quote der Kläger am Obsiegen und Unterliegen berücksichtigt würden. So ist bei der Kostengrundentscheidung ihr Unterliegen hinsichtlich des Schadens am Teppichboden (495,35 €) zu berücksichtigen. Die durch ihre 33

teilweise Klagerücknahme verursachten Kosten haben die Kläger infolge der Regelung des § 296 Abs. 3 ZPO ebenfalls zu tragen. Wenn sie mit ihrem Nutzungsausfallersatzanspruch (360,00 €) erfolglos bleiben sollten, würde sich die Quote noch weiter zu ihren Lasten verschieben.

Insoweit ist die Entscheidung des BGH (NJW 1996, 1749) von Bedeutung, wonach die Frage, ob die Kosten eines selbständigen Beweisverfahrens notwendig waren (§ 91 ZPO), die Parteien des Beweisverfahrens und des Hauptsache-Prozesses identisch sind und sich im Beweisverfahren als Gegner gegenübergestellt haben und ob der Streitgegenstand der Verfahren identisch war, nicht Bestandteil der der Kostengrundentscheidung zugrunde liegenden Prüfung im Erkenntnisverfahren sein soll, sondern der Prüfung der Erstattungsfähigkeit der Kosten im Kostenfestsetzungsverfahren nach § 104 ZPO überlassen bleiben soll. 34

Andererseits hat der BGH in einer neueren Entscheidung (vgl. NJW 2006, 2557) zwar die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens auch dann zu den Kosten des Klageverfahrens gehörig angesehen, wenn die Hauptsache-Klage hinter dem Verfahrensgegenstand des selbständigen Beweisverfahrens zurückbleibt, jedoch die Möglichkeit gesehen, im Hauptsacheverfahren dem Antragsteller in entsprechender Anwendung von § 96 ZPO die dem Antragsgegner durch den überschießenden Teil des selbständigen Beweisverfahrens entstandenen Kosten aufzuerlegen (vgl. auch BGH BauR 2004, 1485; BGH NJW 2005, 294). Wenn das Gericht der Hauptsache von dieser Möglichkeit allerdings keinen Gebrauch gemacht habe, scheide eine Korrektur der Kostengrundentscheidung im Wege der Kostenfestsetzung aus. Die gesamten Kosten des selbständigen Beweisverfahrens seien dann gemäß der im Kostenausspruch des Urteils des Klageverfahrens angegebenen Quote von den Parteien anteilig zu tragen. 35

Aus dieser Entscheidung, insbesondere der fehlenden Korrekturmöglichkeit der Kostengrundentscheidung, entnimmt der Senat, dass auch in Fällen, in denen es nicht um die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Verteidigungsmittels i. S. d. § 96 ZPO geht, sondern umgekehrt um die Kosten eines in der Sache erfolgreichen Beweisverfahrens, das sich jedoch vor Erhebung der Hauptsache-Klage erledigt hat, eine Kostenquotierung unter Berücksichtigung des Erfolgs dieses Beweismittels möglich ist. Denn anderenfalls würde dem Antragsteller die Verfolgung seiner Rechte, hier die Geltendmachung bisher nicht erledigter (erfüllter) Ansprüche unzulässig erschwert oder gar unmöglich gemacht. 36

§ 92 I ZPO sieht zwar eine verhältnismäßige Teilung der Kosten nach dem Obsiegen bzw. Unterliegen vor. Jedoch ist damit nicht ausgeschlossen, dass bei Beweisaufnahme zu einem Anspruchsteil mit Teilerfolg die Beweiskosten selbständig ausgequotelt werden können, und zwar abweichend von der Quote des Ausgangs des Hauptsacheverfahrens (vgl. Zöller-Herget, ZPO, 26. Aufl., § 91 Rn 13; § 92 Rn 5; Baumbach/Hartmann, ZPO, § 91 Rn 202). 37

Dies bedeutet vorliegend, dass die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens auch unabhängig von der Kostenquote des sonstigen Rechtsstreits der Beklagten auferlegt werden können. 38

Für die von den Klägern auch diesbezüglich erhobene Klage zur Hauptsache ist danach ein Rechtsschutzinteresse zu verneinen; die Kläger können über eine entsprechende Kostenentscheidung im vorliegenden Verfahren eine Erstattung der in Rede stehenden Kosten des selbständigen Beweisverfahrens erreichen. 39

Hinsichtlich der Kosten des Beweisverfahrens (Schadenspositionen 1. – 3.) ist daher die Zulässigkeit der Klage zu verneinen.

II. Bezüglich der weiteren zuerkannten Klagepositionen bleibt das Rechtsmittel dagegen erfolglos. 41

1. Nutzungsausfallentschädigung für das Kinderzimmer (Schadensposition 4): 42

Der Umstand, dass die Parteien diese Schadensposition **der Höhe nach** unstreitig gestellt haben, bedeutet zwar noch nicht, dass die Beklagte ihre Verantwortlichkeit für den Schaden anerkannt hat. 43

Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der fehlenden Benutzbarkeit des Kinderzimmers (360,00 €) besteht jedoch dem Grunde nach aus §§ 280 I, II, 286 I BGB. 44

Die Kläger haben behauptet, sie hätten aufgrund der verzögerten Schadensbehebung das Zimmer über einen Zeitraum von 28 Monaten nicht benutzen können. 45

Allerdings hat die Beklagte diese Behauptung bestritten und vorgetragen, die Tochter der Kläger habe das Kinderzimmer als Arbeitszimmer weiterbenutzt (GA 104). Andererseits ist zugestanden worden, dass während der gesamten Zeit ein Bett in dem Zimmer nicht vorhanden war, woraus folgt, dass das Zimmer jedenfalls nicht zum Schlafen genutzt werden konnte. Die Beklagte hat auch lediglich moniert, der von den Klägern zunächst geforderte Nutzungsausfall von 80,00 € monatlich sei deutlich übersetzt. Der Zeitraum der behaupteten Nutzungsbeeinträchtigung von 28 Monaten ist dagegen nicht bestritten worden und ergibt sich im Übrigen auch aus dem Zeitablauf bis zur unstreitigen Schadensbehebung. Selbst wenn man nur von einer Dauer der Nutzungsbeeinträchtigung von 24 Monaten ausgeht, entfällt bei einem zuerkannten Gesamtbetrag von 360,00 € auf jeden Monat lediglich ein Betrag von 15,00 €, der keineswegs übersetzt ist. 46

2. Außergerichtliche Anwaltskosten (Schadensposition 5 des Urteils): 47

Insoweit folgt ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch aus § 280 I BGB. 48

Die Beklagte hat nach Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens zu Unrecht eine Übernahme der dadurch veranlassten Kosten und eine Nutzungsausfallentschädigung abgelehnt. Die Kläger waren zur Verfolgung ihres Rechts gezwungen, ihre Schadensersatz- und Kostenersatzansprüche klageweise geltend zu machen. Die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten sind als Rechtsverfolgungskosten von der Beklagten zu ersetzen. 49

Die Kläger haben ihren diesbezüglich zunächst in Höhe von 603,93 € gestellten Antrag in der mündlichen Verhandlung vom 09.05.2007 auf 50 %, nämlich 301,96 €, reduziert. An sich sieht die Vorbemerkung 3 Abs. 4 zu Nr. 3100 VV RVG sogar vor, dass, soweit wegen desselben Gegenstandes eine Geschäftsgebühr nach den Nr. 2400 - 2403 entstanden ist, diese Gebühr zur Hälfte, doch höchstens mit einem Gebührensatz von 0,75 auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens angerechnet wird. Das bedeutet, dass sich nicht etwa die außergerichtliche Gebühr um die Hälfte verringert oder sie diesbezüglich gekürzt werden müsste. Gekürzt wird vielmehr die Verfahrensgebühr (vgl. BGH, Urt. v. 07.03.2007 VIII ZR 86/06). 50

Jedenfalls die zuerkannte Forderung ist daher berechtigt. 51

52

Soweit die Beklagte einen Rechtsfehler des angefochtenen Urteils darin sieht, das Gericht habe verkannt, dass es sich bei den eingeklagten außergerichtlichen Anwaltskosten um eine Nebenforderung handele, ist nicht ersichtlich, inwieweit die Beklagte hierdurch beschwert sein sollte. Zwar stehen die Anwaltskosten als Nebenforderung grundsätzlich in Abhängigkeit zu den übrigen Schadensersatzforderungen der Kläger (Kosten des Beweisverfahrens/Nutzungsentschädigung). Dies gilt unabhängig davon, ob die Rechtsanwaltskosten der Hauptforderung hinzugerechnet werden oder Gegenstand eines eigenen Antrags sind.

Trotz dieser Abhängigkeit sind die Anwaltskosten vorliegend aber zu ersetzen. Dabei ist unerheblich, dass die Klage hinsichtlich der Kosten für den Ersatz des Teppichbodens in Höhe von 495,35 € abgewiesen worden ist. Unabhängig davon, ob die Kläger die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens als selbständige Klageposition in einem Hauptsacheverfahren oder aber lediglich im Rahmen der Kostenfestsetzung geltend machen können, ist ein entsprechender Kostenerstattungsanspruch aus Verzug begründet. 53

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 I ZPO, wobei sich die abweichende Quote bezüglich der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens mit dem zunächst höheren Antrag aus dem Mahnbescheid erklärt. 54

Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens 14 OH 9/06 Amtsgericht Borken waren in vollem Umfang der Beklagten aufzuerlegen. Die diesbezügliche Kostentragungspflicht der Beklagten ergibt sich daraus, dass sie mit der vertraglich geschuldeten Mängelbeseitigung in Verzug war. 55

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10 ZPO. 56