
Datum: 08.09.2015
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 23/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2015:0908.24U23.14.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 4 O 609/10

Tenor:

Die Berufung des Beklagten sowie die Anschlussberufung der Klägerin gegen das am 21.01.2014 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Münster werden zurückgewiesen.

Der Beklagte bleibt über den im Teil-Anerkenntnisurteil vom 25.02.2011 titulierten Betrag von 244,70 € sowie den im Teilvergleich vom 18.08.2015 titulierten Betrag von 2.030,00 € hinaus verurteilt, an die Klägerin 10.105,39 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 12.135,39 € seit dem 16.08.2010 zu zahlen, allerdings in Höhe von 1.000,00 € lediglich Zug um Zug gegen Herausgabe des in seinem Eigentum stehenden Rechners X des Herstellers G.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die Widerklage bleibt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 9 % und der Beklagte zu 91 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

1

(abgekürzt gemäß §§ 540 Abs. 1, Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1, 543, 544 ZPO, § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO)

2

A.	3
Die Berufung des Beklagten sowie die Anschlussberufung der Klägerin sind zulässig, jedoch unbegründet.	4
I. Berufung des Beklagten	5
Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.	6
Angesichts des in der mündlichen Verhandlung vom 18.08.2015 geschlossenen Teilvergleichs hat der Senat den Tenor der angefochtenen Entscheidung neu gefasst.	7
1. Klage	8
a)	9
Nachdem sich die Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 18.08.2005 im Wege des Teilvergleichs abschließend über die in den Rechnungen Nr. 2 vom 24.08.2009 und Nr. 4 vom 13.05.2009 – soweit letztere Gegenstand des Berufungsverfahrens war – ausgewiesenen Rechnungsbeträge geeinigt haben, hat der Senat über die Klageforderung nur noch streitig zu entscheiden, soweit der Beklagte seine Verurteilung zur Zahlung von Werklohn in Höhe von 8.051,10 € nebst Zinsen aus der Rechnung Nr. 1 der Klägerin vom 01.07.2010 betreffend die Reparatur der Fütterungsanlage sowie den Austausch des Schwimmers und des Reflexionslichtschalters an der Milchmengenmessenrichtung mit der Berufung angreift.	10
Das Landgericht hat der Klägerin den Betrag von brutto 8.051,10 € zu Recht zugesprochen.	11
b)	12
Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von Werklohn für die von ihr durchgeführte Reparatur der Fütterungsanlage in Höhe von netto 6.407,13 € gemäß §§ 631 Abs. 1, 632 Abs. 1, 2 BGB.	13
aa)	14
Unstreitig hat der Beklagte die Klägerin mit der Reparatur seiner infolge Blitzeinschlags defekten Fütterungsanlage im Frühjahr 2008 beauftragt, so dass zwischen den Parteien ein Werkvertrag gemäß § 631 BGB zu Stande gekommen ist.	15
bb)	16
Gemäß § 632 Abs. 2 BGB hat die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung der üblichen Vergütung, da die Parteien weder eine Vergütung vereinbart haben noch eine Taxe existiert. Die übliche Vergütung für die notwendigen Reparaturarbeiten beläuft sich im Streitfall auf netto 6.407,13 €.	17
(1)	18
Zutreffend hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung angenommen, dass es notwendig war, die alte Computersteuerung auszutauschen, weil der Rechner mangels Verfügbarkeit von Ersatzteilen nicht mehr repariert werden konnte. Daher hat die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung der Kosten für die notwendige Hardware in Höhe von brutto 5.199,11 € (netto 4.369,00 €).	19

(a)	20
Der Beklagte hat in seiner Berufungsbegründung keine konkreten Anhaltspunkte dargetan, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen des Landgerichts begründen und deshalb eine erneute Feststellung durch den Senat gebieten. Zu Recht ist das Landgericht der Aussage des Zeugen F gefolgt und hat auf dieser Grundlage den Austausch des Computers für erforderlich erachtet.	21
Der Zeuge F hat anlässlich seiner Vernehmung in der mündlichen Verhandlung vom 20.03.2012 glaubhaft bekundet, dass er den beschädigten Y-Rechner selbst untersucht habe und festgestellt habe, dass er nicht mehr reparabel war. Zudem habe er das Gerät der Firma G übersandt, welche den Rechner ebenfalls für nicht reparabel gehalten habe. Entgegen der Ansicht des Beklagten hat das Landgericht zutreffend angenommen, dass der Beweiswert der Aussage nicht durch die Aussage des Zeugen E erschüttert wird, weil die vom Zeugen E geschilderte Reparatur einen früheren als den nunmehr streitgegenständlichen Schadensfall betroffen habe.	22
Zwar hat der Zeuge E anlässlich seiner Vernehmung in der mündlichen Verhandlung vom 20.03.2012 bekundet, er meine, er habe zusammen mit der Firma D den Speicher oder den Mikroprozessor des Y-Rechners ausgetauscht, möglicherweise sogar beide Karten gewechselt. Jedenfalls hätten sie den Rechner wieder zum Laufen bekommen und abschließend auch einen erfolgreichen Funktionstest durchgeführt.	23
Für einen Irrtum des Zeugen E spricht zunächst der Umstand, dass der Beklagte selbst nicht behauptet, dass in seinen alten Computer eine neue Karte eingebaut worden sei. Ebenso lässt die Aussage des Zeugen A den Schluss auf einen Irrtum des Zeugen E zu. Der Zeuge A hat in der mündlichen Verhandlung vom 20.03.2012 glaubhaft ausgesagt, er habe im Zuge der streitgegenständlichen Reparatur mit dem Zeugen E gesprochen, welcher ihm mitgeteilt habe, über keine Karten für den Computer des Beklagten mehr zu verfügen. Zugleich hat der Zeuge A bekundet, dass die Anlage des Beklagten etwa ein Jahr zuvor ebenfalls ausgefallen war und er damals mit dem Zeugen E den Defekt durch Austausch von Karten habe beheben können.	24
Angesichts des Umstandes, dass der Zeuge E bei seiner Vernehmung von einem Schadensfall im Jahr 2007 gesprochen hat, die streitgegenständliche Reparatur jedoch im Anschluss an einen Schadensfall im Jahr 2008 erfolgte und der Zeuge E an Details keine genauen Erinnerungen mehr hatte, konnte das Landgericht rechtsfehlerfrei annehmen, dass der Zeuge E irrtümlich von dem Schadensfall im Jahr 2007 berichtet hat, bei dem eine Reparatur des Computers des Beklagten noch möglich war.	25
Für diese Annahme spricht schließlich, dass die Aussage des Zeugen F bestätigt wird durch eine E-Mail der Firma G vom 19.05.2011, in welcher diese mitteilt, dass der Y-Rechner des Beklagten irreparabel beschädigt sei.	26
(b)	27
Im Rahmen des Austausches der Computersteuerung hat die Klägerin einen Rechner geliefert, eine Schnittstelle sowie – anders als in der Rechnung vom 01.07.2010 ausgewiesen – unstreitig lediglich einen Drucker. Weiterhin hat die Klägerin einen 19 Zoll Z Monitor installiert sowie ein PC System T (vgl. die Positionen 1 – 3, 7, 9 der Rechnung vom 01.07.2010). Hierfür kann die Klägerin vom Beklagten Zahlung von netto 4.369,00 € verlangen. In dieser Summe sind die Kosten für nur einen Drucker enthalten.	28

Das Landgericht hat - der Einschätzung des Sachverständigen Dipl.-Ing. B in dessen schriftlichem Sachverständigengutachten vom 25.05.2013 folgend - die von der Klägerin berechneten Preise als angemessen angesehen. Diese zutreffende Wertung greift der Beklagte letztlich mit seiner Berufung nicht an.	29
(2)	30
Darüber hinaus hat die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Erstattung der durch die Hinzuziehung der Firma F entstandenen Kosten in Höhe von netto 863,00 €.	31
(a)	32
Wie vorstehend bereits dargelegt wurde, steht aufgrund der Beweisaufnahme fest, dass der Austausch der Computersteuerung notwendig war, da der alte Computer des Beklagten wegen fehlender Ersatzteile nicht mehr repariert werden konnte. Vor diesem Hintergrund war es erforderlich, die Firma F als Fachunternehmen hinzuzuziehen. Nicht angegriffen hat der Beklagte mit seiner Berufung die Würdigung des Landgerichts, der Zeuge A habe mit dem Beklagten die Einschaltung der Firma F besprochen. Der Senat ist ebenfalls der Auffassung, dass der Beklagte gemäß § 242 BGB verpflichtet gewesen wäre, dem Zeugen A zu widersprechen, wenn er die Einschaltung eines Drittunternehmers nicht gewünscht hätte. Vor diesem Hintergrund hat der Beklagte die durch die Hinzuziehung der Firma F entstandenen Kosten zu erstatten.	33
(b)	34
Die vom Beklagten letztlich zu tragenden Kosten belaufen sich auf insgesamt netto 863,00 €.	35
Die Firma F hat der Klägerin für ihre Tätigkeiten mit Rechnung vom 06.05.2008 Arbeitsaufwand und Fahrtkosten in Höhe von insgesamt netto 483,00 € berechnet sowie mit Rechnung vom 22.05.2008 in Höhe von netto 380,00 €. Diese Beträge hat die Klägerin an den Beklagten ohne Aufschlag weitergereicht.	36
Dass die von der Klägerin abgerechneten Kosten der Firma F in dieser Höhe entstanden sind, steht fest aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme. Der Zeuge F hat bei seiner Vernehmung in der mündlichen Verhandlung vom 20.03.2012 glaubhaft ausgesagt, dass er den in seinen Rechnungen vom 06.05.2008 und vom zweiten 20.05.2008 abgerechneten Arbeits- und Fahrtaufwand erbracht habe.	37
Der abgerechnete Preis war ortsüblich und angemessen, wie der Senat gemäß § 287 Abs. 2 ZPO schätzt. Die Firma F hat einen Stundensatz von 40,66 € netto abgerechnet sowie Fahrtkosten in Höhe von 0,44 € je Kilometer. Angesichts der Tatsache, dass in der Rechnung der Firma F vom 22.05.2008 die reine Fahrtzeit nicht als Arbeitszeit mit einberechnet ist und die Klägerin ebenfalls einen vergleichbaren, vertraglich geschuldeten Stundensatz von 39,50 € abrechnet, sind die in Rechnung gestellten Summen ortsüblich und angemessen.	38
(3)	39
Weiterhin hat die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von netto 1.175,13 € wegen des Arbeitsaufwandes des Zeugen A.	40
Das Landgericht hat auf der Grundlage der Darlegungen der Klägerin im Schriftsatz vom 16.08.2012 eine durch den Zeugen A geleistete Anzahl von 29,75 Arbeitsstunden nachvollziehbar und von der Berufung nicht angegriffen seiner Werklohnberechnung	41

zugrundegelegt.

Mit zutreffend Begründung ist das Landgericht ferner von einem vertraglich vereinbarten Stundensatz von netto 39,50 € ausgegangen. Auch insoweit hat der Beklagte mit seiner Berufung die Berechnung des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung nicht substantiiert angegriffen. 42

Mithin ergibt sich insoweit eine Werklohnforderung in Höhe von netto 1.175,13 €. 43

(4) 44

Sofern der Beklagte in seiner Berufungsbegründung rügt, die Klägerin habe nicht dargelegt, warum es der kostenintensiven Einschaltung der Firma G bedurft habe, kann dieser Gesichtspunkt mangels Erheblichkeit dahinstehen, weil die Klägerin Kosten für die Einschaltung dieser Firma dem Beklagten nicht in Rechnung gestellt hat. 45

cc) 46

Die Werklohnforderung der Klägerin ist schließlich fällig. 47

Entgegen der Ansicht des Beklagten spricht einiges für die Annahme des Landgerichts, der Beklagte habe die Anlage konkludent durch längerfristige rügelose Ingebrauchnahme und Nutzung seit Ende 2008 abgenommen. Nach dem Einbau des W Rechners am 14.01.2009 erfolgte Mängelrügen hat der Beklagte jedenfalls auch in der Berufungsinstanz nicht substantiiert dargetan. Die Vorlage einer Vielzahl von Telefonverbindungsanzeigen vermag den Vortrag einer konkreten Mängelrüge nicht zu ersetzen. 48

Letztlich kann diese Frage jedoch dahinstehen. Die Fälligkeit resultiert im Streitfall aus dem Umstand, dass mittlerweile ein sogenanntes Abrechnungsverhältnis zwischen den Parteien besteht (vgl. zum Abrechnungsverhältnis Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 5. Teil, Rn. 213 ff.). Der Beklagte macht keinen Nacherfüllungsanspruch geltend. Der Zeuge C hat anlässlich seiner Vernehmung in der mündlichen Verhandlung vom 20.03.2012 glaubhaft bekundet, dass er dem Beklagten Hilfe angeboten habe, wenn etwas mit der Anlage nicht in Ordnung sei. Daraufhin habe der Beklagte erwidert, dass er von der Klägerin niemanden mehr auf dem Hof haben wolle. Sollte jemand kommen, würde er ihn vom Hof jagen. Auch aus dem Prozessverhalten folgt, dass der Beklagte keine Nacherfüllung mehr begehrt, sondern nur noch andere Mängelrechte verfolgt. 49

c) 50

Die Klägerin hat gegen den Beklagten ferner einen Anspruch auf Zahlung von netto 358,50 € gemäß §§ 631 Abs. 1, 632 Abs. 1, 2 BGB für den Austausch des Schwimmers sowie des Reflexionslichttasters der Milchmengenmesseinrichtung. 51

aa) 52

Unstreitig haben sich die Parteien unabhängig von den unwetterbedingten Schäden bei anderer Gelegenheit darüber geeinigt, dass die Klägerin den Schwimmer sowie den Reflexionslichttaster der Milchmengenmesseinrichtung austauschen soll, so dass die Parteien einen Werkvertrag geschlossen haben. 53

Die Erbringung der Werkleistung durch die Klägerin ist zwischen den Parteien ebenfalls unstreitig. 54

bb)	55
Zutreffend hat das Landgericht darauf verwiesen, dass der Sachverständige Dipl. Ing. B die Ortsüblichkeit und Angemessenheit der von der Klägerin in Rechnung gestellten Preise in seinem schriftlichen Sachverständigengutachten vom 25.05.2013 bestätigt hat, was letztlich von dem Beklagten in seiner Berufungsbegründung nicht angegriffen wird.	56
cc)	57
Die Werklohnforderung ist fällig, da der Beklagte durch die Nutzung der Anlage konkludent die Abnahme des Werks erklärt hat, § 641 Abs. 1 S. 1 BGB.	58
d)	59
Die der Klägerin gegen den Beklagten aus der Rechnung Nr. 1 vom 01.07.2010 zustehende Werklohnforderung beläuft sich mithin auf insgesamt netto 6.765,63 €. Dies sind brutto 8.051,10 €.	60
e)	61
Schließlich rügt der Beklagte zu Unrecht, das Landgericht habe die von ihm erhobene dolo agit Einrede (§ 242 BGB) als nicht begründet angesehen.	62
Entgegen der von ihm vertretenen Ansicht hat der Beklagte nicht schlüssig dargelegt, dass er einen Schadensersatzanspruch gegenüber der Klägerin in Höhe der Werklohnforderung gemäß §§ 989, 990 BGB hat, sollte die Streitverkündete V Versicherung für den Schadensersatz nicht haften, weil der reparierte Rechner ihm durch die Klägerin vorenthalten worden sei.	63
Es mangelt bereits an einer Vindikationslage. Der Klägerin steht zur Sicherung ihrer Werklohnforderung an dem Computer des Beklagten ein Werkunternehmerpfandrecht gemäß § 647 BGB zu, welches ein Recht zum Besitz gemäß § 986 BGB darstellt (vgl. Palandt/Bassenge, BGB, 74. Aufl., § 986, Rn. 3). Zwar befindet sich der Computer im unmittelbaren Besitz des Zeugen F. Die Klägerin ist jedoch mittelbare Besitzerin des Computers gemäß § 868 BGB.	64
Ferner steht nicht fest, dass die Regulierung des Unwetterschadens durch die Versicherung V wegen der Vorenthaltung der computergestützten Fütterungsanlage abgelehnt wurde. Gemäß dem vom Beklagten vorgelegten Schreiben der V Versicherung vom 07.07.2011 hat die Versicherung eine Regulierung aufgrund verspäteter Meldung abgelehnt hat, da seit 2009 keinerlei Hinweise seitens des Beklagten erfolgt seien, dass es sich um einen größeren Schaden handle. Schon nach eigenem Vortrag des Beklagten ist somit unklar, ob die Vorenthaltung des alten Computers in einem kausalen Zusammenhang zur Leistungsverweigerung der Versicherung steht.	65
Schließlich fehlt jeglicher Vortrag des Beklagten dazu, dass die V Versicherung aufgrund des Versicherungsvertrages verpflichtet gewesen wäre, den Schaden nach dem Blitzeinschlag in Höhe der angefallenen Werklohnforderung ohne Selbstbeteiligung oder Abzug neu für alt zu ersetzen.	66
f)	67
	68

Demnach setzt sich die aus dem Tenor ersichtliche Urteilssumme von 10.105,39 € wie folgt zusammen:

Einen Betrag in Höhe von brutto 8.051,10 € betreffend die Rechnung Nr. 1 vom 01.07.2010 hat der Senat in der Berufungsinstanz ausgeurteilt (vgl. die vorstehenden Ausführungen). 69

Hinzu kommen die vom Landgericht erstinstanzlich in Höhe von brutto 2.054,29 € ausgeurteilten Beträge im Hinblick auf diejenigen Rechnungsforderungen, welche nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens bzw. des Teilvergleichs vom 18.08.2015 waren und die der Senat zur Klarstellung mit in den Tenor dieser Entscheidung aufgenommen hat. Es handelt sich im Einzelnen um folgende Beträge: 70

282,63 € (vom Beklagten mit der Berufung nicht angegriffener Teilbetrag aus der 71

Rechnung Nr. 4 vom 13.05.2009) 72

149,23 € (Rechnung Nr. 5 vom 30.01.2009) 73

670,27 € (Rechnung Nr. 6 vom 31.12.2008) 74

301,37 € (Rechnung Nr. 7 vom 15.09.2008) 75

650,79 € (Rechnung Nr. 8 vom 01.09.2008). 76

Soweit das Landgericht im Hinblick auf den Teilbetrag in Höhe von netto 282,63 € aus der Rechnung Nr. 4 vom 13.05.2009 keine Mehrwertsteuer ausgeurteilt hat, hat die Klägerin das landgerichtliche Urteil nicht angegriffen. 77

g) 78

Die Zinsforderung der Beklagten ist begründet gemäß § 288 Abs. 1 BGB. 79

Die Klägerin hat den Beklagten mit Schreiben vom 22.07.2010 unter Fristsetzung bis zum 01.08.2010 erfolglos zur Zahlung der Klageforderung aufgefordert. Mithin befindet sich der Beklagte gemäß § 286 Abs. 1 S. 1 BGB seit dem 02.08.2010 in Verzug. 80

Soweit das Landgericht mangels vorherigen Verzugs einen Zinsbeginn erst ab dem 16.08.2010 angenommen hat, hat die Klägerin das Urteil nicht angegriffen. 81

Gleiches gilt, soweit das Landgericht keine Zinsen aus der durch Teil-Anerkenntnisurteil vom 24.02.2011 zuerkannten 244,70 € ausgeurteilt hat. 82

2. Hilfswiderklage 83

Erfolglos bleibt das Rechtsmittel des Beklagten ferner, soweit er in der Berufungsinstanz weiterhin eine Verurteilung der Klägerin auf seine Hilfswiderklage hin begehrt. 84

a) 85

Der Senat ist gehalten, über die Hilfswiderklage zu entscheiden. Der Beklagte hat ausweislich seiner Ausführungen im Schriftsatz vom 17.04.2012 die Widerklage nur hilfsweise für den Fall erhoben, dass sich die Klage der Klägerin hinsichtlich des geltend gemachten Betrages aus der Lieferung der anderweitigen computergestützten Fütterungsanlage als begründet erweist. Diese innerprozessuale Bedingung ist eingetreten. Wie vorstehend dargelegt, hat die 86

Berufung des Beklagten keinen Erfolg, soweit er sich gegen die Verurteilung zur Bezahlung der insoweit maßgeblichen Rechnung vom 01.07.2010 zur Wehr setzt.

b) 87

Zutreffend hat das Landgericht den Hauptantrag der Hilfswiderklage abgewiesen. 88

aa) 89

Viel spricht für die Annahme, dass der Hauptantrag der Hilfswiderklage mangels Feststellungsinteresses wegen des Vorrangs der Leistungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO bereits unzulässig ist. 90

Ist Klage auf eine Leistung möglich und zumutbar, fehlt im Interesse der endgültigen Klärung des Streitstoffes in einem Prozess regelmäßig das Feststellungsinteresse (Zöller/Greger, ZPO, 30. Auflage, § 256 ZPO Rn 7a m. w. N.). 91

Der Beklagte hat nicht hinreichend dargetan, weshalb er etwaige Schadensersatzforderungen, die ihm infolge der Inbesitznahme seines Computers erwachsen sein sollen, nicht bereits bei Erhebung der Hilfswiderklage im Wege einer Leistungsklage hätte geltend machen können. Dass sich der Schaden damals noch in der Fortentwicklung befand und daher nicht abschließend beziffert werden konnte, so dass eine Feststellungsklage insgesamt zulässig wäre (vgl. hierzu Zöller/Greger, a. a. O.), hat der Beklagte nicht hinreichend dargetan. 92

bb) 93

Letztlich kann diese Frage jedoch dahinstehen, weil die Feststellungsklage jedenfalls unbegründet ist. 94

Ist eine Feststellungsklage auch in der Sache abweisungsreif, kann sie trotz fehlenden Feststellungsinteresses aus Gründen der Prozessökonomie als unbegründet abgewiesen werden (Zöller/Greger, a. a. O., Rn 7). 95

Der Beklagte hat gegen die Klägerin keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen der Inbesitznahme des Y-Rechners gemäß §§ 989, 990 BGB oder gemäß §§ 992, 823 Abs. 1 BGB. 96

Das Landgericht hat die erhobenen Beweise rechtsfehlerfrei dahingehend gewürdigt, dass die Klägerin bewiesen habe, dass der Zeuge F den Computer im Einverständnis mit dem Beklagten mitgenommen hat, um die Möglichkeit einer Reparatur zu prüfen, so dass die Klägerin das Eigentum des Beklagten am Rechner nicht widerrechtlich verletzt hat. Der Zeuge F hat anlässlich seiner Vernehmung in der mündlichen Verhandlung vom 20.03.2012 insoweit glaubhaft bekundet, dass der Beklagte damit einverstanden gewesen sei, dass er den Rechner mitnehme, um die Schadensursache festzustellen. Diese Beweiswürdigung hat der Beklagte in seiner Berufungsbegründung nicht rechtserheblich angegriffen. 97

Zudem steht der Klägerin ein Werkunternehmerpfandrecht gemäß § 647 BGB am Rechner des Beklagten zu, so dass auch vor diesem Hintergrund weder ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zwischen den Parteien besteht noch der Klägerin eine rechtswidrige Eigentumsverletzung zur Last fällt. 98

99

Darüber hinaus hat der Beklagte nicht dargetan, dass ihm ein Schaden wegen der Mitnahme der alten Steuerung entstanden ist.

Wie der Senat zuvor bereits im Zusammenhang mit den Ausführungen zu der vom Beklagten geltend gemachten dolo agit Einrede ausgeführt hat, ist nicht ersichtlich, dass eine Einstandspflicht der Versicherung V des Beklagten für die Kosten der Reparatur bestand und infolge einer Vorenthaltung des Computers erloschen ist. 100

c) 101

Erfolglos bleibt die Berufung schließlich, soweit der Beklagte die Abweisung des Hilfsantrags der Hilfswiderklage angreift. 102

Da der Hauptantrag der Hilfswiderklage erfolglos bleibt, hat der Senat über den Hilfsantrag der Hilfswiderklage zu entscheiden. 103

Auch im Hinblick auf den Hilfsantrag der Hilfswiderklage spricht viel für die Annahme des Landgerichts, dass der Beklagte kein Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO dargelegt hat, da ein etwaiger Anspruch schon bezifferbar wäre. 104

Letztlich kann auch insoweit die Zulässigkeit des Feststellungsantrags dahinstehen, da dieser jedenfalls unbegründet ist. 105

Wiederum fehlt es aufgrund des der Klägerin zustehenden Werkunternehmerpfandrechts am erforderlichen Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bzw. der Rechtswidrigkeit der Eigentumsverletzung als Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 989, 990 BGB bzw. § 823 Abs. 1 BGB. 106

Im Hinblick auf den Hilfsantrag hat der Beklagte ebenfalls nicht dargetan, dass infolge des Vorenthaltens des Rechners eine Leistungsfreiheit der Versicherung eingetreten ist. 107

II. Anschlussberufung der Klägerin 108

Die zulässige Anschlussberufung der Klägerin bleibt in der Sache erfolglos. 109

Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Ersatz ihrer vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von netto 755,80 € gemäß §§ 280 Abs. 1, 2, 286 Abs. 1 BGB. 110

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass im Falle eines bereits unbedingten Verfahrensauftrags entsprechende Vorbereitungs- oder außergerichtliche Verhandlungen bereits zum Rechtszug gehören und daher nicht geeignet sind, Gebühren nach Nr. 2300 ff. VV RVG auszulösen. Erhält der Rechtsanwalt jedoch den primären Auftrag zu außergerichtlichen Verhandlungen und zugleich einen bedingten zur Klageerhebung im Falle von deren Scheitern, kann er neben den Gebühren nach Nr. 2300 ff VV RVG auch solche nach Nr. 3100 ff VV RVG verdienen. Nur in diesem Fall stellt sich die Frage der Anrechnung nach Vorb. 3 Abs. 4 RVG (OLG Köln, Beschluss vom 02.01.2009 – 17 W 277/08, zit. nach juris, Tz. 9 f., m. w. N.). 111

Zwar spricht eine Vermutung dafür, dass der Rechtsanwalt zunächst versuchen soll, die Sache einvernehmlich zu bereinigen, mithin einen in erster Linie allein nach Nr. 2300 VV RVG zu vergütenden Auftrag erhalten hat. Bestreitet – wie im Streitfall – der Anspruchsgegner, dass nur ein bedingter Prozessauftrag erteilt wurde, dann trifft den Anspruchsteller die Pflicht zum Nachweis. 112

Dieser ihm obliegende Nachweis ist der Klägerin nicht gelungen. Ausweislich der von ihr vorgelegten Vertretungsvollmacht vom 21.10.2010 hat die Klägerin ihren Prozessbevollmächtigten Vertretungsvollmacht erteilt „wegen Forderungseinzug zur außergerichtlichen und gerichtlichen Vertretung für alle Verfahren und alle Instanzen“. Diese Vollmacht ist umfassend. Ihr lässt sich insbesondere kein primärer Auftrag zu außergerichtlichen Verhandlungen entnehmen. Vielmehr beinhaltet sie nach ihrem Wortlaut auch einen unbedingten Auftrag zur Klageerhebung.	113
Soweit die Klägerin unter Hinweis auf die von ihr vorgelegte Vertretungsvollmacht behauptet, sie habe bei Mandatierung keinen unbedingten Klageauftrag erteilt, sondern zunächst nur einen Auftrag zur außergerichtlichen Durchsetzung ihrer Ansprüche, ergibt sich diese Beschränkung – wie vorstehend dargelegt – gerade nicht aus dem Wortlaut der umfassenden Vertretungsvollmacht. Beweis für ihre Behauptung hat die Klägerin darüber hinaus nicht angetreten.	114
B)	115
I.	116
Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 2. Alt ZPO.	117
II.	118
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	119
III.	120
Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht vorliegen. Das Urteil hat keine über den Einzelfall hinausgehende, grundsätzliche Bedeutung. Auch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts.	121