

# Gemeinsames Beiblatt (GmBBI)

Heft 1 · 15. März 2009

[www.gmbbl.de](http://www.gmbbl.de)

GmBBI 2009, 1–16

## Beiträge

Editorial gmbbl 2009, 1

## Rechtsprechung

OLG Koblenz 13.11.2008 – 5 U 900/08  
Kauf vom Pferdezüchter; Mangelgewährleistungsanspruch bei angeblich  
lammfrommem Pferd gmbbl 2009, 2

OLG Koblenz 12.06.2008 – 5 U 52/08  
Beweislast für Festpreisvereinbarung beim BGB-Werkvertrag;  
Fälligkeit des Werklohns trotz offener Nachbesserungsarbeiten gmbbl 2009, 5

OLG Karlsruhe 18.12.2008 – 9 U 141/08  
Versicherungsmaklervertrag; Fürsorgepflichten des Versicherungsmaklers  
im Schadensfall; Hinweis auf Ausschlussfristen gmbbl 2009, 8

OLG Düsseldorf 21.10.2008 – I-10 W 94/08  
PKH Prozesskostenhilfe; Verfahrensführung; Verfahrenskosten gmbbl 2009, 12

OLG Düsseldorf 10.04.2008 – I-10 W 18/08  
Auslagenschuldner für die Aktenversendungspauschale gmbbl 2009, 13

OLG Düsseldorf 26.06.2008 – I-10 W 40/08  
Sachverständigenkosten; Nachprüfung des Zeitaufwands; erforderliche Zeit gmbbl 2009, 15

## Editorial

Mit der online-Fachzeitschrift „Gemeinsames Beiblatt“ (GmBBI) bieten Herausgeber und Verlag über [www.gmbbl.de](http://www.gmbbl.de) sowohl für gedruckte Fachzeitschriften als auch für Publikums- oder Mitgliederzeitschriften und Zeitungen ein neues, gemeinsames Medium.

Alle Redaktionen und ihre Leser verbindet der Wunsch nach umfassender und genauer Darstellung aller einschlägigen Themen. Dem sind seit jeher natürliche Grenzen gesetzt. Immer schon ist es aber auch unmöglich, die Kosten der Kommunikation außer acht zu lassen. Dies gilt heute ganz besonders im Bereich bedruckten Papiers.

- Damit das thematische Umfeld des zentralen Anliegens der Publikation nicht zu kurz kommt
- Damit das Drucken nicht erforderlicher Parallelveröffentlichungen vermieden wird
- Damit dem Leser der Verweis auf redaktionell bearbeitetes Quellenmaterial angeboten wird
- Damit aus dem gmbbl-Pool Anregungen geschöpft und an die Leser weitergegeben werden
- Damit Fachleute und Interessierte kostenfreien Zugriff auf diese Informationen haben

bieten wir mit unserer redigierten online-Fachzeitschrift ein gänzlich neues Forum.

Ulrich von Schoenebeck

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Bonn



## Rechtsprechung

### §§ 323, 434, 437, 476 BGB

#### Kauf vom Pferdezüchter; Mangelgewährleistungsanspruch bei angeblich lammfrommem Pferd

1. Erweist sich ein Pferd, das als ruhig und für Kinder geeignet verkauft worden ist, als nervös und störrisch, ist eine Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht entbehrlich, weil der Verkäufer das Tier schulen oder dem Käufer ein taugliches Ersatzpferd zur Verfügung stellen kann.

2. Im Leugnen des Mangels liegt nicht zwingend eine endgültige Erfüllungsverweigerung, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass der Fehler erstmals nach der Übergabe zutage getreten ist.

(OLG Koblenz, Urteil vom 13. 11. 2008 – 5 U 900/08)

Zum Sachverhalt: Der Beklagte betreibt eine Pferdezucht. Am 29. August 2006 kaufte der Kläger dort eine vierjährige Stute zum Preis von 7.000 EUR. Seinem Vortrag nach hatte der Beklagte zuvor erklärt, das Pferd sei ruhig und könne von Kindern geritten werden. Entgegen dieser Aussage habe sich das Tier dann aber zunehmend nervös gebärdet. So habe es etwa zehn Tage nach dem Kauf wegen Hundegebells gescheut und im weiteren Verlauf Reiter, darunter auch seine kleine Tochter, abgeworfen.

Vor diesem Hintergrund habe der Beklagte entsprechend einer von vornherein getroffenen Abrede im November 2006 die Rückabwicklung des Kaufvertrages zugesagt. Diese Zusage sei im Folgemonat bestätigt worden.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 25. Januar 2007 teilte der Kläger dem Beklagten mit, „dass die Zusicherungen, die vor Kauf und auch am Tag des Kaufs von Ihnen abgegeben worden sind, nicht zutreffen. ... Es war ... außerordentlich wichtig, dass es sich um ein Pferd handelt, welches ruhig ist und ein Kind nicht abwirft.“ Sodann wurde unter Bezug darauf, dass bereits im Dezember 2006 eine dahingehende Erklärung erfolgt sei, „erneut der Rücktritt vom Kaufvertrag ausgesprochen“.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger den Beklagten auf Erstattung des Kaufpreises von 7.000 EUR nebst Zinsen Zug um Zug gegen die Rückgabe der Stute in Anspruch genommen und eine nicht weiter erläuterte „Nebenforderung“ von 313,86 EUR zuzüglich Zinsen geltend gemacht. Er hat seine Rechte auf die behauptete Rückabwicklungszusage des Beklagten, einen gesetzlichen Vertragsrücktritt und die Erwägung gestützt, dass der Vertrag vom 29. August 2006 wegen Wuchers nichtig sei. Das Landgericht Bad Kreuznach ist dem nicht gefolgt und hat die Klage abgewiesen.

Das greift der Kläger in Erneuerung seines Verlangens mit der Berufung an. Er sieht in dem angefochtenen Urteil eine Überraschungsentscheidung, die in fehlerhafter Beweiswürdigung und Übergehung von Zeugnisangeboten getroffen worden sei.

Aus den Gründen: II. Damit vermag der Kläger nicht durchzudringen. Das Klagebegehren hat keine tragfähige Grundlage, so dass das Rechtsmittel zurückgewiesen werden muss.

1. Die Parteien haben am 29. August 2006 einen rechtswirksamen Kaufvertrag miteinander geschlossen, der den Beklagten berechtigt, den vom Kläger geleisteten Kaufpreis von 7.000 EUR zu behalten. Das Vorbringen des Klägers, der Vertrag sei wegen Wuchers nichtig (§ 138 Abs. 1 BGB), ist ohne Substanz. Es ist schon nicht nachvollziehbar dargetan, dass der für die Stute vereinbarte Kaufpreis in einem auffälligen Verhältnis zum damaligen Markwert des Tieres gestanden hätte. Das

Vorbringen des Klägers erschöpft sich im Wesentlichen in Zahlenangaben. Greifbare Beurteilungskriterien, an die ein Sachverständigengutachten rückblickend anknüpfen könnte, fehlen. Das kann aber letztlich auf sich beruhen. Denn unabhängig davon lässt sich die für eine Vertragsnichtigkeit erforderliche verwerfliche Gesinnung (vgl. BGH NJW 2003, 283, 284) des Beklagten nicht feststellen: Es ist unwiderlegt, dass der Beklagte - entsprechend dem Eindruck, den der Kläger und seine Ehefrau nach Proberitten auch selbst hatten - bei Vertragsschluss davon ausging, das Pferd sei problemlos zu handhaben.

2. Dem Kaufvertrag ist auch nicht nachträglich die Grundlage entzogen worden. Die Rücktrittserklärung des Klägers war wirkungslos. Sie wurde weder durch die gesetzlichen Mängelgewährleistungsvorschriften noch durch die Parteivereinbarungen getragen.

a) Die Voraussetzungen der §§ 434, 437 Nr. 3, 323 BGB sind nicht erfüllt. Das gilt ohne Rücksicht darauf, ob das verkaufte Pferd im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mit Fehlern behaftet war. Deshalb kann sowohl dahinstehen, inwieweit dem Kläger diesbezüglich die Vermutung des § 476 BGB zugute kommt (vgl. dazu BGH NJW 2006, 2250, 2252 f.), als auch offen bleiben, welche Abreden die Parteien zur Beschaffenheit des Tiers getroffen haben. Mithin geht die Rüge des Klägers fehl, das Landgericht sei gehalten gewesen, in diesem Zusammenhang in eine Beweisaufnahme einzutreten. In dem angefochtenen Urteil ist herausgestellt, dass der Kläger versäumt hat, dem Beklagten die nach § 323 Abs. 1 BGB erforderliche Frist zur Nacherfüllung zu setzen. Das hatte der Beklagte von vornherein eingewandt. Insofern bedurfte es in diesem Punkt keines richterlichen Hinweises.

Wenn der Kläger nun erstmals in der Berufungsinstanz behauptet, eine Nacherfüllung sei unmöglich gewesen und zudem vom Beklagten noch verweigert worden, ist das unbehelflich. Das gilt schon unter dem formellen Gesichtspunkt der §§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 2 ZPO. Darüber hinaus ist das Vorbringen materiell ohne Durchschlagskraft. Tatsachen, die plausibel machten, dass die verkaufte Stute die vom Kläger geschilderten Defizite nicht unter dem Einfluss einer qualifizierten Therapie hätte ablegen können, sind nicht mitgeteilt worden. Erst recht ist nicht zu ersehen, dass es unmöglich gewesen wäre, dem Kläger ein taugliches Ersatzpferd zur Verfügung zu stellen.

Genauso wenig trägt der Hinweis auf eine Leistungsverweigerung des Beklagten. Der Kläger gibt an, er habe den Beklagten „anlässlich einer Ausstellung oder eines Turniers ... auf die weitere Ausbildungsnotwendigkeit der Stute angesprochen“. Dieser habe „die Nachbesserung aber abgelehnt und behauptet, dass sei seine, des Klägers, Sache und gehe ihn nichts an“. Das reicht nicht hin, um die Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu bejahen und damit auf das Erfordernis einer Fristsetzung zur Nacherfüllung zu verzichten. Freilich lässt sich aus dieser - behaupteten - Äußerung ebenso wie aus der hiesigen Prozessführung des Beklagten herauslesen, dass die Mangelhaftigkeit der Kaufsache und eine daraus entspringende Mängelgewährleistungspflicht bestritten worden sind. Aber damit wurde die Leistung noch nicht, wie es das Gesetz verlangt, „ernsthaft und endgültig verweigert“. Eine entsprechende Verweigerung liegt nur vor, wenn die Ablehnung als das letzte Wort des Schuldners aufzufassen ist, so dass eine Änderung seines Entschlusses ausgeschlossen erscheint (Otto in Staudinger, BGB, 2004, § 281 Rn. B 107). An eine solche Deutung sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH NJW 1986, 661). Ihnen ist regelmäßig noch nicht genügt, wenn der Schuldner - wie es der Beklagte hier getan hat - eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung seinerseits einwendet, indem er den vom Gläubiger behaupteten Vertragsinhalt oder vorgelegene Mängel leugnet (BGH NJW-RR 1993, 882, 883; Heinrichs in Palandt, BGB, 67. Aufl., § 281 Rn. 14). Das gilt jedenfalls so lange, wie seine Verteidigung nicht aus der Luft gegriffen ist und ihm ihre Haltlosigkeit nicht ohne Weiteres einsichtig



gemacht wurde. So stellen sich die Dinge auch im vorliegenden Fall dar. Es gibt keinen greifbaren Anhalt dafür, dass sich das Pferd vor Abschluss des Kaufvertrages auffällig gezeigt hätte. Der Kläger selbst war nach den durchgeführten Proberitten zufrieden. Die von ihm geschilderten Schwierigkeiten traten erst längere Zeit nach der Übergabe auf. Darin, dass das Tier bereits kurzfristig, nämlich etwa zehn Tage nach dem Kauf, durch Hundegebell scheu geworden sein soll, lag noch keine relevante Auffälligkeit. Vor diesem Hintergrund ist der Standpunkt des Beklagten, seine Vertragsleistung sei regelgerecht gewesen, nicht offensichtlich abwegig.

b) Einen Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrags unabhängig von den gesetzlichen Mängelgewährleistungsregelungen hat der Kläger nicht. Eine entsprechende Zusage des Beklagten lässt sich nicht feststellen.

Das Landgericht hat eine solche Zusage zunächst zutreffend für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Parteien verneint. Der Kläger hat dazu unter Beweisantritt vorgebracht, der Beklagte habe damals in Bestätigung einer entsprechenden Äußerung schon vom 19. August 2006 erklärt, „er werde das Pferd gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurücknehmen, falls es zu Problemen komme“. Deshalb „verwende er auch ein Standardformular für seine Kaufvertragsabschlüsse“. Damit hat der Beklagte lediglich auf die allgemein von Gesetzes wegen bestehende Vertragssituation und die daraus entspringenden Gewährleistungsansprüche verwiesen. Ein weitergehendes Verständnis seiner vom Kläger behaupteten Äußerungen war und ist nicht angezeigt. Die Annahme, ein Vertragsrücktritt habe bei irgendwelchen wahrgenommenen Schwierigkeiten „auf erstes Anfordern“ erfolgen können, ist ohne Grundlage.

Der Kläger moniert zu Unrecht, dass das Landgericht ihm dies hätte deutlich machen und durch einen entsprechenden Hinweis Gelegenheit geben müssen, korrigierend vorzutragen und Beweis anzubieten. Dazu bestand keine Veranlassung. Das Klagevorbringen zu der streitigen Erklärung des Beklagten war wiederkehrend gleich und augenscheinlich erschöpfend; außerdem gestattete es keine andere Interpretation, als sie vom Landgericht vorgenommen wurde.

Auch die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe im November und Dezember 2006 die Bereitschaft bekundet, das Pferd gegen Erstattung des Kaufpreises zurückzunehmen, trägt nicht; denn insoweit ist der Beweis nicht geführt. Das Landgericht hat dazu - jeweils ausführlich - die Ehefrau des Klägers als Zeugin vernommen und den Beklagten angehört. Auf dieser Grundlage hat es sich nicht von der Richtigkeit des Klägervorbringens überzeugen können. Diese Würdigung kam weder überraschend noch gibt sie Anhalt für rechtserhebliche Zweifel (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Auch der Senat erachtet den Schluss darauf, dass der Beklagte seinerzeit definitiv eine Vertragsrückabwicklung versprach, für nicht gerechtfertigt und schließt sich im Wesentlichen den umfangreichen Erwägungen des Landgerichts an. Gegen das behauptete Rückabwicklungsversprechen spricht im Übrigen das eigene Rücktrittsschreiben des Klägers vom 25. Januar 2007. Darin wird die Berechtigung, den Vertrag rückgängig zu machen, lediglich auf die Mangelhaftigkeit der Kaufsache gestützt. Von einer Rücknahmezusage ist dagegen keine Rede. Hätte es sie gegeben, hätte nichts näher gelegen, als darauf - zumindest ergänzend - abzuheben.

3. Da nach alledem der vom Kläger verfolgte Anspruch auf Kaufpreiserückgewähr nicht besteht, hat auch die daran anknüpfende, nicht näher erläuterte Nebenforderung von 313,80 EUR keine Grundlage. In diesem Punkt unterliegt die Klage daher ebenfalls der Abweisung.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

**§§ 133, 157, 320, 322, 631, 632, 633, 634 BGB; §§ 4, 92, 96 ZPO**  
**Beweislast für Festpreisvereinbarung beim BGB-Werkvertrag; Fälligkeit des Werklohns trotz offener Nachbesserungsarbeiten**

1. Beim BGB-Werkvertrag hat der Unternehmer eine vom Besteller behauptete Festpreisvereinbarung zu widerlegen. Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Auftraggeber nicht in der Lage ist, eine derartige Absprache plausibel darzulegen.
2. Hat der Unternehmer dem Besteller die Durchführung von Nachbesserungsarbeiten mehrmals erfolglos angeboten, kann der Werklohn fällig werden, wenn das Verhalten des Auftraggebers den sicheren Schluss erlaubt, dass er an der vertragsgemäßen Herstellung kein Interesse mehr hat.
3. Dass eine Nebenforderung für den Streitwert ohne Bedeutung ist, ändert nichts daran, dass ein erheblich überhöhtes Zinsbegehren trotz umfassenden Obsiegens in der Hauptsache eine Kostenquotelung nach § 92 Abs. 1 ZPO erfordert.
4. Erweisen sich sämtliche Mängelrügen des Bestellers als unbegründet, kann es geboten sein, ihm die gesamten Kosten der Sachaufklärung aufzuerlegen.

(OLG Koblenz, Urteil vom 12. 6. 2008 – 5 U 52/08)

Zum Sachverhalt: Der Kläger ist Inhaber eines metallverarbeitenden Betriebes. Der im Laufe des Rechtsstreits verstorbene Ehemann der jetzigen Beklagten beauftragte den Kläger 1997 mit der Eindeckung des Daches eines Wohnhauses in Heppenheim. Das vorhandene Reetdach sollte nicht entfernt, sondern unter der Metalleindeckung erhalten bleiben.

Seine Restwerklohnforderung hat der Kläger auf 40.215,38 DM beziffert und diesen Betrag nebst 13,75% Zinsen seit dem 12. November 1997 eingeklagt. Der Auftraggeber ist dem mit der Behauptung entgegengetreten, die Werkleistung sei mangelhaft. Daneben hat er sich auf bindende Preisabsprachen mit dem Kläger berufen.

Das Landgericht hat Zeugen- und Sachverständigenbeweis erhoben. Einer der beiden Sachverständigen ist mündlich gehört worden. Hiernach hat das Landgericht der Klage weitgehend entsprochen und dem Kläger 20.221,80 € nebst 13,75% Zinsen seit dem 12. Januar 1997 zuerkannt.

Dagegen wendet sich die Beklagte als Alleinerbin ihres Ehemannes mit der Berufung. Sie wiederholt, vertieft und ergänzt das erstinstanzliche Vorbringen und beanstandet auch den Zinsauspruch.

Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung hat nur wegen der Zinsen Erfolg. Ansonsten ist sie unbegründet. Im Einzelnen:

1. Die Beklagte wiederholt, der Erblasser habe mit dem Kläger eine bindende Preisabsprache getroffen. Nach dem Berufungsvorbringen sollten 40.000 DM geschuldet sein.

Richtig ist, dass der Unternehmer beim BGB-Werkvertrag eine derartige Behauptung des Bestellers entkräften muss, sofern sie hinreichend dargetan ist und plausibel erscheint.

An Letzterem fehlt es hier. Der Prozessvortrag des Erblassers zu der behaupteten Preisabsprache war zunächst auf die der Klageerwiderung beigefügten Urkunden gestützt. Dort ist unter anderem ein Preis von 40.000 DM zuzüglich 15% MWSt. genannt, wobei die Mehrwertsteuer durchgekennzeichnet ist. Rechnerisch sind das entweder 40.000 oder 46.000 DM. Handschriftlich hinzugefügt hat der Erblasser die Worte „laut Absprache telefonisch 43.000 DM“. Später hat er eingeräumt, in der



Urkunde die Mehrwertsteuer eigenmächtig durchgestrichen zu haben. All das erscheint dem Senat derart diffus, dass nicht von der Festpreisvereinbarung ausgegangen werden kann, die der Erblasser behauptet hat. Vor diesem Hintergrund geht die Rüge fehl, das Landgericht habe die Beweislast verkannt.

2. Die Beklagte meint, die vom Kläger aufgebrauchte Metalleindeckung des Daches weise optische Mängel auf, weshalb ein Abzug vom Werklohn vorgenommen werden müsse.

Dem kann nicht gefolgt werden. Das Landgericht hat sämtliche Dachflächen in Augenschein genommen und als Ergebnis des Ortstermins aktenkundig gemacht, das allenfalls die straßenseitige Dachfläche Wellen aufweist. Das rechtfertigt aber keine Minderung des Werklohns. Der festgestellte optische Mangel beruht darauf, dass eine ungewöhnliche Unterkonstruktion für das Metaldach gewählt bzw. beibehalten wurde. Auf ausdrücklichen Wunsch des Bestellers wurde das vorhandene Reet nämlich nicht entfernt, um sodann auf einer weitgehend ebenen Lattung die Metallteile aufzubringen. Auch die Möglichkeit, auf dem vorhandenen Reet zunächst eine ebene Unterlage für die Metallteile zu schaffen, wurde nicht genutzt. All das beruht darauf, dass der Besteller diese Möglichkeiten aus Kostengründen scheute. Davon ist der Senat nach dem Inbegriff des Verhandlungs- und Beweisergebnisses des Landgerichts überzeugt.

Demnach ist die vom Landgericht festgestellte optische Beeinträchtigung Folge des vom Besteller gewünschten kostengünstigen Lösungsweges und im Übrigen nach den vorliegenden Bildern auch derart unbedeutend, dass eine Minderung des Werklohns nicht veranlasst ist.

3. Die Berufung verweist auf das Sachverständigengutachten S. und meint, die von ihm seinerzeit veranschlagten Nachbesserungskosten von 4.800 DM müssten von der Werklohnforderung abgezogen werden.

Auch das ist nicht richtig. Im Anschluss an das Gutachten S. hat der Kläger dem Besteller die Durchführung der gebotenen Nachbesserungsarbeiten mehrfach angeboten. Beim ersten Versuch verwies der Besteller auf einen bevorstehenden Urlaub. Beim zweiten Mal teilten seine Prozessbevollmächtigten mit, Nachbesserungsarbeiten kämen derzeit nicht in Betracht, weil noch eine Anhörung des Sachverständigen ausstehe. Eine Aufforderung vom 31. Mai 2001, bis zum 10. Juni 2001 einen Termin zur Durchführung der Nachbesserung mitzuteilen, blieb unbeantwortet.

Infolge der ablehnenden Haltung des Bestellers gegenüber dem mehrfachen Nachbesserungsanerbieten des Klägers ist der Restwerklohnanspruch inzwischen auch fällig. Weist der Besteller die Gegenleistung endgültig zurück, kann er dem Verlangen des Unternehmers auf Zahlung des Werklohns weder die Einrede der mangelnden Fälligkeit noch die des nicht erfüllten Vertrags entgegensetzen (§§ 320, 322 Abs. 1 und 2 BGB alter Fassung). Es wäre widersinnig, dem Besteller zu Lasten des Auftragnehmers Rechte zuzubilligen, deren Ausübung er von vornherein ablehnt (vgl. BGHZ 50, 175, 177 f und BGH in WPM 1970, 958, 960 sowie WPM 1978, 731, 733 m.w.N.).

Zum selben Ergebnis führt eine entsprechende Anwendung des in § 162 BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedankens, dass niemand aus einer von ihm treuwidrig herbeigeführten Lage Vorteile ziehen soll. Nachdem der Besteller die Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten nachhaltig verhindert hat, muss er sich im Rahmen seiner Zahlungspflicht so behandeln lassen, als habe der Kläger die geschuldete Vorleistung bereits erbracht (vgl. BGH NJW 1964, 36, 37).



4. Die Berufungsangriffe gegen die Würdigung der Zeugenaussagen hat der Senat geprüft. Sie sind nicht begründet. Insbesondere der Aussage des Zeugen J. ist zu entnehmen, dass bei den Arbeiten vor Ort mehrfach unvorhergesehene Probleme auftraten. Diese erforderten Änderungen und zum Teil auch Erweiterungen der ursprünglich geplanten Arbeiten. Dass die tatsächlich erbrachten Leistungen auch in Auftrag gegeben wurden, steht für den Senat außer Zweifel, nachdem der Zeuge J. bekundet hat, dass sämtliche Arbeiten vor Ort vom Erblasser engmaschig begutachtet und begleitet wurden.

Auch die Aussage des Zeugen G. hinsichtlich der vom ursprünglichen Auftrag nicht umfassten Arbeiten am Ortgang hält der Senat für eindeutig. Ihr ist insbesondere zu entnehmen, dass der Erblasser in Änderung des ursprünglichen Auftrags auf die Lüftungsschlitze mit Insektenschutz verzichtete. Vor diesem Hintergrund ist der Hinweis der Berufung auf den ursprünglich erteilten Auftrag nicht tragfähig.

5. Die vom Erblasser geleistete Zahlung von 20.000 DM hat der Kläger bei der Bezifferung seiner Forderung berücksichtigt.

6. Erfolg hat die Berufung allein zum Zinsauspruch. Der vom Kläger behauptete Verzugschaden von 13,75% Zinsen war bereits in erster Instanz bestritten und nicht unter Beweis gestellt oder in sonstiger Weise belegt worden. Dem Kläger durften daher lediglich die nach altem Recht maßgeblichen Verzugs- und Prozesszinsen von 4% zugesprochen werden.

Aufgrund der Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen des Art. 229 § 1 Abs. 1 Satz 3 EGBGB ist § 288 BGB n. F. in der seit dem 1. Mai 2000 geltenden Fassung nur auf Forderungen anzuwenden, die von diesem Zeitpunkt an - also ab dem Stichtag des 1. Mai 2000 - fällig werden.

Dies bedeutet, dass für alle vor diesem Stichtag des 1. Mai 2000 fällig gewordenen Forderungen § 288 BGB a. F. mit dem bisherigen Zinsfuß in Höhe von 4 v. H. weiter gilt. Es handelt sich hierbei um eine aus einer Interessenabwägung resultierende Privilegierung des Schuldners in der Weise, dass sein Vertrauen darauf geschützt werden soll, ein einmal eingegangenes Zinsrisiko werde sich nicht während der Laufzeit zu seinen Ungunsten verschlechtern.

Dies gilt nicht nur unmittelbar für den Anwendungsbereich des § 288 BGB (Verzugszinsen), sondern angesichts der vergleichbaren Interessenlage und über die Rechtsfolgenverweisung des § 291 Abs. 1 Satz 2 BGB auch für den Anwendungsbereich des § 291 BGB, also für die Prozesszinsen.

Auch der Verzinsungsbeginn musste geändert werden. Der Kläger beansprucht nach dem klarstellenden Hinweis seines Prozessbevollmächtigten in der Berufungsverhandlung nach wie vor Zinsen erst ab dem 12. November 1997. Zuerkannt sind jedoch Zinsen ab 12. Januar 1997 und damit mehr als beantragt. Es handelt sich um ein Schreib- oder Übertragungsversehen, das berichtigt werden musste.

*Dokumentation, Analyse,*

*Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

**www.gut-netzwerk.de**

Fachleute auf den Gebieten Recht,  
Wirtschaft, Wettbewerb, Steuern, Miete,  
Leasing, Immobilien, Stadtentwicklung,  
Architektur, Politik und Kultur

im Netzwerk  
Gewerbemiete und Teileigentum

Erleichtern Sie Ratsuchenden die  
Kontaktaufnahme über das GuT-Netzwerk!

7. Der Berufung ist darin zu folgen, dass wegen des wirtschaftlich weit reichenden Erfolgs beim Zinsauspruch die Kostenentscheidung geändert werden muss. Zwar ist die Nebenforderung für den Streitwert ohne Bedeutung, gleichwohl muss der erhebliche Umfang der Klageabweisung bei der Kostenquotelung beachtet werden (vgl. BGH MDR 1961, 141 = LM Nr. 7 zu § 92 ZPO).

Dabei konnten der Beklagten allerdings die gesamten Sachverständigenauslagen auferlegt werden. Die „Hauptsache“, mit der sie in zweiter Instanz obsiegt hat, war nur der Zinsauspruch. Die Sachverständigenauslagen erster Instanz sind indes dadurch verursacht worden, dass der Erblasser sich gegenüber der Werklohnforderung mit Mängelrügen verteidigt hat, die sich weit überwiegend als nicht begründet erwiesen haben. Der Senat hält es daher für sachgemäß, den Kläger nicht mit diesen Sachverständigenauslagen zu belasten.

Die Kostenentscheidung beruht insgesamt auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgen aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 ZPO nicht vorliegen.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 20.221,80 €.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

### **§ 280 BGB; § 7 AUB**

#### **Versicherungsmaklervertrag; Fürsorgepflichten des Versicherungsmaklers im Schadensfall; Hinweis auf Ausschlusspflichten**

Ein Versicherungsmakler, der es übernommen hat, den Versicherungsnehmer hinsichtlich der Schadensmeldung für eine Unfallversicherung zu unterstützen, muss diesen in diesem Zusammenhang auch auf die Regelung des § 7 Abs. 1 AUB hinweisen.

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 18.12.2008 – 9 U 141/08 – n. rkr.)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um die Haftung des Beklagten als Versicherungsmakler.

Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen wird auf das Urteil des Landgerichts Freiburg vom 9. August 2007 Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Zu ergänzen ist, dass der Kläger nach dem Motorradunfall vom 4. August 2002 die Hilfe des Beklagten hinsichtlich seiner verschiedenen Versicherungen in Anspruch nahm und der Beklagte den Kläger dementsprechend bei der Geltendmachung der Versicherungsansprüche unterstützte. Keiner der behandelnden Ärzte hat innerhalb von einem Jahr bzw. 15 Monaten nach dem Unfall eine schriftliche Erklärung über eine unfallbedingte Invalidität des Klägers abgegeben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; hinsichtlich der rechtlichen Begründung wird auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen. Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers.

Der Kläger macht geltend, spätestens Anfang Juni 2003 sei zur Gewissheit geworden, dass er das verletzte Bein nie wieder vollständig werden belasten können. Spätestens zu diesem Zeitpunkt sei Teilinvalidität eingetreten. Der Beklagte habe ihm nicht nur die Unfallversicherung vermittelt, sondern habe ihm auch bei der Schadensregulierung zur Seite gestanden. Daher habe der Beklagte gegenüber dem Kläger auch die Verpflichtung übernommen, ihn bei der weiteren Schadensregulierung zu unterstützen. Deshalb hätte der Beklagte den Kläger auch auf die

Ausschlussfrist des § 7 AUB hinweisen müssen. Die Angaben der Zeugin Z. seien in vollem Umfang glaubwürdig. Sie habe den Beklagten insbesondere laufend telefonisch über den Stand der Genesung des Klägers unterrichtet.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Landgerichts Freiburg vom 9. August 2007 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 35.712,50 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozent über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Seine Verpflichtung als Versicherungsmakler erfasse im Streitfall nicht die selbständige Vertragsverwaltung und -überwachung. Insbesondere habe er nicht die Abwicklung des Schadensfalles übernommen. Für eine Haftung genüge es nicht, dass er dem Kläger bei der Schadensmeldung geholfen habe. Zu diesem Zeitpunkt sei die spätere Teilinvalidität nicht absehbar gewesen. Erst nach Ablauf der Ausschlussfrist des § 7 AUB habe der Beklagte von der Teilinvalidität erfahren. Die Beweiswürdigung des Landgerichts sei nicht zu beanstanden. Daher stehe nicht fest, dass der Beklagte vor Ablauf der Ausschlussfrist von einer Teilinvalidität des Klägers erfahren habe.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens und durch Vernehmung der Zeugin Z.. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Sachverständigengutachten vom 15. September 2008 sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 4. Dezember 2008 Bezug genommen.

Aus den Gründen: II. Die Berufung ist zulässig und teilweise begründet.

1) Der Beklagte haftet dem Kläger aufgrund einer Nebenpflichtverletzung des zwischen ihnen bestehenden Versicherungsmaklervertrags (§ 280 Abs. 1 BGB). Der Beklagte hätte den Kläger darauf hinweisen müssen, dass § 7 AUB eine Ausschlussfrist für Ansprüche aus einer Unfallversicherung vorsieht.

a) Ein Versicherungsmakler ist verpflichtet, seinen Kunden auch nach Abschluss eines vermittelten Versicherungsvertrags weiter zu betreuen. Diese Betreuungspflicht betrifft zum einen die Frage, ob die Versicherungen weiterhin angemessen sind. Zum anderen hat der Versicherungsmakler auf Veränderungen zu reagieren, die den Versicherungsschutz gefährden können. Schließlich ist ein Versicherungsmakler im Schadensfall verpflichtet, den Versicherungsnehmer, der die Dienste des Versicherungsmaklers bei der Abwicklung der Versicherungsansprüche aus dem Schadensfall in Anspruch nimmt, zu unterstützen (Bruck/Möller, VVG 8. Aufl. 1961, Vor. §§ 43-48 Rn. 61; Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechtshandbuch, § 5 Rn. 258; OLG Düsseldorf, Urt. v. 26. Okt. 1990 - 7 U 242/88, mitgeteilt in VW 1993, 1397; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 395). Hierzu zählt jedenfalls die Pflicht, den Versicherungsnehmer über besondere Umstände und Risiken aufzuklären, die den Versicherungsanspruch gefährden könnten.

b) Im Streitfall hat der Kläger die Hilfe des Beklagten in Anspruch genommen, um seine Versicherungsansprüche aufgrund des Motorradunfalls vom 4. August 2002 geltend zu machen. Insbesondere hat der Beklagte die Unfall-Schaden-Anzeige bezüglich der Unfallversicherung für den Kläger ausgefüllt und selbst der Versicherung zugeleitet. Der Beklagte hat es weiterhin übernommen, den Kläger auch hinsichtlich der übrigen Versicherungsansprüche im Zusammenhang mit dem Motorradunfall (Krankenversicherung, Berufsunfähigkeitsversicherung) zu unterstützen. Nach dem Sachvortrag der Parteien und dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat der Senat keinen Zweifel, dass der gesamte Schriftverkehr im Zusammenhang mit dem Unfall vom 4. August 2002 - soweit es sich um Schreiben des Klägers an die jeweiligen Versicherungen handelte - über den Beklagten lief.



Unter diesen Umständen wäre der Beklagte verpflichtet gewesen, den Kläger bereits bei der Unfall-Schaden-Anzeige für die Unfallversicherung auf die Ausschlussfrist des vereinbarten § 7 AUB 94 hinzuweisen. Auch wenn zu diesem Zeitpunkt die Frage noch offen war, ob der Unfall zu einer dauernden Invalidität führen würde, so bestand zumindest aufgrund der Schwere des Unfalls die ernsthafte Möglichkeit solcher Folgen. Bereits die Schilderung der Verletzungen in der Unfall-Schaden-Anzeige vom 15. August 2002 lassen solche Folgen möglich erscheinen. Danach hatte sich der Kläger die rechte Schulter geprellt und einen Oberschenkelbruch oberhalb des Knies einschließlich eines Muskelrisses sowie einen Bruch des Handwurzelknochens erlitten. Diese Verletzungsfolgen eines Motorradunfalls geben auch einem medizinischen Laien hinreichend Anlass, dauerhafte Funktionsbeeinträchtigungen für möglich zu halten. Hiervon hatte der Beklagte auch Kenntnis. Er hat nicht nur die Unfall-Schaden-Anzeige mit ausgefüllt und der Versicherung zugesendet, sondern ist auch von Z. über die unmittelbaren Verletzungsfolgen des Unfalls informiert worden.

Ein Versicherungsmakler, der es übernommen hat, den Versicherungsnehmer hinsichtlich der Schadensmeldung für eine Unfallversicherung zu unterstützen, muss diesen in diesem Zusammenhang auch auf die Regelung des § 7 I. Abs. 1 Satz 2 AUB 94 hinweisen. Die Regelung des § 7 I. Abs. 1 AUB gefährdet den Versicherungsschutz erheblich; wird die Frist versäumt oder fehlt es an einer ärztlichen Feststellung der Invalidität, ist der Versicherungsschutz oft nicht mehr durchsetzbar. Gerade in der Unfallversicherung kommt es nicht selten dazu, dass der Anspruch allein deshalb verloren geht, weil Fristen versäumt werden (vgl. van Bühren/Schubach, Handbuch Versicherungsrecht, 3. Aufl., § 18 Rn. 142). Die Fristenregelung in § 7 AUB ist so ausgestaltet, dass regelmäßig die Gefahr besteht, ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer könne die darin geregelten Voraussetzungen für seinen Versicherungsanspruch übersehen (vgl. Prölss/Knappmann, VVG 27. Aufl., § 7 AUB 94 Rn. 8). Wer als Versicherungsnehmer die Unterstützung eines Versicherungsmaklers für einen Unfallversicherungsfall in Anspruch nimmt, erwartet daher, dass sein Versicherungsschutz nicht an einem Fristversäumnis scheitert. Auf der anderen Seite ist einem Versicherungsmakler die Frist des § 7 AUB geläufig. Der von ihm zu erwartende Hinweis auf diese Frist stellt keine besondere Belastung dar. Nachdem eine solche Pflicht nur dann besteht, wenn der Versicherungsmakler von einem Versicherungsnehmer im Rahmen eines Schadensfalls damit betraut wird, den Versicherungsfall der Unfallversicherung anzuzeigen, führt eine solche Hinweispflicht auch nicht dazu, dass er den Versicherungsnehmer im Schadensfall umfassend zu betreuen hätte. Dem steht nicht entgegen, dass die Versicherung selbst möglicherweise nicht gehalten wäre, den Versicherungsnehmer auf die Regelung des § 7 I. Abs. 1 Satz 2 AUB hinzuweisen. Insoweit ist bereits die Ausgangssituation des Versicherungsmaklers nicht mit der der Versicherung vergleichbar. Der Versicherungsmakler unterstützt den Versicherungsnehmer im Schadensfall und ist daher in erster Linie diesem verpflichtet.

2) Der Höhe nach kann der Kläger aber nur Ersatz für 24.988,75 € verlangen, weil er nur in dieser Höhe einen Anspruch auf Versicherungsleistungen gehabt hätte. Der Kläger hat insbesondere nachgewiesen, dass eine Invalidität seines linken Beines bis zum 4. August 2003 (ein Jahr nach dem Unfall vom 4. August 2002, § 7 I. Abs. 1 AUB 94) eingetreten ist und diese spätestens bis zum 4. November 2003 (§ 7 I. Abs. 1 AUB 94) ärztlich festgestellt worden wäre. Der Gesamtinvaliditätsgrad beträgt jedoch nur 17,5%.

a) Der Senat hat keinen Zweifel, dass der Motorradunfall vom 4. August 2002 beim Kläger zu einem Dauerschaden geführt hat. Dies hat die Sachverständige Dr. G. in ihrem schriftlichen Gutachten vom 15. September 2008 und in ihrer mündlichen Anhörung vor dem Senat nachvollziehbar erläutert. Diese dauernde Funktionsbee-



einträchtigung bestand bereits unmittelbar nach der zweiten Operation im Mai 2003. Sie hätte ab diesem Zeitpunkt, spätestens im Juni 2003 ärztlicherseits festgestellt werden können. Aus medizinischer Sicht war an einer Invalidität nicht mehr zu zweifeln. Diese Ausführungen der Sachverständigen sind überzeugend und werden von den Parteien letztlich auch nicht angegriffen.

Der Senat ist weiter davon überzeugt, dass der Kläger - wenn er vom Beklagten auf die Ausschlussfrist des § 7 AUB hingewiesen worden wäre - jedenfalls nach der 2. Operation im Mai 2003 seine Ärzte entsprechend angesprochen hätte und zumindest eine ausreichende Feststellung seiner Invalidität für die Vorlage bei der Unfallversicherung erhalten hätte. Hierfür spricht schon, dass ein Versicherungsnehmer im allgemeinen die notwendigen Schritte unternehmen wird, die ihm die Versicherungsleistung verschaffen würden. Zudem hat der Kläger selbst eine Schadensanzeige in der Unfallversicherung unterschrieben und so sein grundsätzliches Interesse an Leistungen aus der Unfallversicherung bekundet. Es bestehen keine stichhaltigen Anhaltspunkte, dass der Kläger es im Streitfall dennoch ausnahmsweise in Kauf genommen hätte, seinen Versicherungsanspruch zu gefährden. Die vom Kläger angestrebte vollständige Arbeitsfähigkeit hinderte ihn nicht, eine ärztliche Bescheinigung zu erbitten, dass der Unfall zu einer dauernden Funktionsbeeinträchtigung geführt habe. Zum einen steht dies der Arbeitsfähigkeit nicht generell entgegen, zum anderen sind an die ärztliche Feststellung keine hohen inhaltlichen Anforderungen zu stellen, insbesondere ist es nicht erforderlich, einen bestimmten Invaliditätsgrad anzugeben (vgl. Prölss/Knappmann, VVG 27. Aufl., § 7 AUB 94, Rn. 11).

b) Die Invalidität des Klägers nach den maßgeblichen Versicherungsbedingungen beträgt jedoch nur 17,5 %. Daher besteht nur Anspruch auf 24.998,75 € der Versicherungsleistung [wird ausgeführt].

3) Den Kläger trifft jedoch ein hälftiges Mitverschulden. Sein Anspruch ist daher auf 12.499,38 € zu kürzen.

Zwar kann sich der pflichtwidrig handelnde Vertragspartner in der Regel nicht darauf berufen, der ihm vertrauende Geschädigte habe seine Interessen noch anderweit schützen und insbesondere mit einer Pflichtverletzung rechnen müssen (vgl. BGHZ 94, 356, 361 zum Versicherungsmakler). Jedoch betrifft die Pflichtverletzung des Beklagten im Streitfall nur seine als Nebenpflicht bestehende Hinweispflicht auf die Regelung des § 7 I. Abs. 1 Satz 2 AUB 94. Diese Frist zu wahren obliegt dem Versicherten selbst. Der Kläger konnte nicht erwarten, dass der Beklagte die Abwicklung des gesamten Versicherungsfalles übernehmen und insbesondere die Einhaltung der Fristen überwachen würde. Vielmehr ist es - auch im Verhältnis zu einem Versicherungsmakler - im Schadensfall in erster Linie Sache des Versicherungsnehmers, seine eigenen Interessen zu wahren und demgemäß die Versicherungsbedingungen zur Kenntnis zu nehmen. Es gehört ohne gesonderte Vereinbarung nicht zu den allgemeinen Pflichten eines Versicherungsmaklers, einen Schadensfall vollständig zu bearbeiten und sämtliche Fristen zu überwachen. Im Streitfall hat der Kläger darüber hinaus eine fehlende Reaktion der Versicherung erst im Mai 2004 - also fast 2 Jahre nach dem Unfall und der Schadensanzeige - beim Beklagten angemahnt, obwohl hinsichtlich der übrigen Versicherungen weiterer Schriftverkehr erfolgte und Leistungen erbracht wurden. Unter diesen Umständen hält der Senat es für angemessen, ein Mitverschulden des Klägers zu berücksichtigen (§ 254 BGB; ähnlich OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 395). Das Mitverschulden des Klägers bemisst der Senat im Streitfall mit 50%.

4) Die Zinsentscheidung folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB, die Kostenentscheidung aus § 92 Abs. 1 ZPO und die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision ist hinsichtlich des Anspruchsgrundes und

des Mitverschuldenseinwandes zuzulassen, weil die Frage, welche Hinweis- und Betreuungspflichten den Versicherungsmakler im Versicherungsfall treffen, höchstrichterlich nicht geklärt ist. Hinsichtlich der Höhe des Anspruchs besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO insoweit nicht erfüllt sind.

Mitgeteilt von VRiOLG Lauven, Freiburg

### § 21 GKG

#### **PKH Prozesskostenhilfe; Verfahrensführung; Verfahrenskosten**

Im Rahmen des Prozesskostenhilfverfahrens ist das Gericht weder verpflichtet, mit der Anhörung des Gegners zuzuwarten, bis die Bedürftigkeit des Antragstellers abschließend geklärt ist, noch hat es den anwaltlich vertretenen Antragsteller auf etwaige mit der Anhörung des Gegners verbundene Kosten hinzuweisen.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2008 – I-10 W 94/08)

Aus den Gründen: I. Die Beschwerde der Kostenschuldnerin vom 20.08.2008 gegen den Beschluss der 11. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg - Einzelrichter - vom 05.08.2008 ist gemäß § 66 Abs. 2 GKG zulässig, jedoch nicht begründet.

Mit zutreffenden Gründen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, hat das Landgericht eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 21 GKG verneint. Nicht jede unrichtige Sachbehandlung als solche löst die Anwendung des § 21 GKG aus. Vielmehr muss ein offensichtlicher und schwerer Fehler in der gerichtlichen Sachbehandlung vorliegen, die Nichtbeachtung eindeutiger Normen muss offenkundig und ursächlich für die Mehrkosten sein (vgl. Meyer, GKG, 9. Aufl., § 21 Rn. 2). Ein solcher Fehler ist nicht erkennbar.

Die Anhörung des Gegners nach § 118 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist zwingend, sie steht nicht im Ermessen des Gerichts, das an Art. 103 Abs. 1 GG gebunden ist (vgl. BVerfGE 20,282). Eine Anhörung des Gegners ist nur dann entbehrlich, wenn sie aus besonderen Gründen unzweckmäßig erscheint, namentlich wenn sie nach dem eigenen Vorbringen des Antragstellers von vornherein zu verweigern ist (vgl. Zöller-Philippi, ZPO, 26. Aufl., § 118 Rn. 3). Diese Voraussetzung war vorliegend nicht offenkundig gegeben. Die Angaben der Antragstellerin zu ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen waren zwar nicht ausreichend und damit ergänzungsbedürftig, was das Landgericht veranlasste, die Antragstellerin unter Fristsetzung zur Ergänzung ihrer Angaben gemäß § 118 Abs. 2 ZPO aufzufordern. Es war aber nicht offensichtlich, dass die Antragstellerin ergänzende Angaben unterlassen würde mit der Konsequenz, dass ihr Antrag auf Prozesskostenhilfe gemäß § 118 Abs. 2 Satz 4 ZPO abzuweisen war, obwohl sie - wie sie nach wie vor geltend macht - bedürftig ist.

Eine Pflicht, mit der Anhörung des Gegners zuzuwarten, bis die Bedürftigkeit des Antragstellers abschließend geklärt ist, besteht nicht. Auch gibt es keine Pflicht, den anwaltlich vertretenen Antragsteller auf etwaige mit der Anhörung des Gegners verbundenen Kosten hinzuweisen; insoweit hat der Antragsteller sich die Kenntnis seines Anwalts zuzurechnen zu lassen, dem die Antragstellerhaftung nach § 22 Abs. 1 GKG im Falle der Erfolglosigkeit des Prozesskostenhilfeantrags bekannt sein muss.

II. Kostenausspruch folgt aus § 66 Abs. 8 GKG.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**GKG KV-Nr. 9003; § 28 Abs. 2 GKG; § 299 Abs. 1 ZPO  
Auslagenschuldner für die Aktenversendungspauschale**

Aus den Regelungen der ZPO über das Akteneinsichtsrecht und die Prozessvollmacht ergibt sich, dass eine Aktenversendung regelmäßig als durch die Partei beantragt anzusehen sein wird, so dass Auslagenschuldner für die Aktenversendungspauschale die Partei selbst ist und nicht deren Prozessbevollmächtigter.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. 4. 2008 – I-10 W 18/08)

Aus den Gründen: I. Die Beschwerde der Landeskasse vom 12. 02. 2008 gegen den Beschluss der 2. Zivilkammer des Landgerichts Krefeld vom 05. 02. 2008 ist gemäß § 66 Abs. 2 GKG kraft ausdrücklicher Zulassung im angefochtenen Beschluss zulässig. Sie hat jedoch keinen Erfolg und führt zur Zurückweisung der Beschwerde.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Beschluss auf die Erinnerung der Kostenschuldner vom 12. 10. 2007 den Kostenansatz des Landgerichts Krefeld vom 03. 09. 2007 in Verbindung mit der hierzu ergangenen Kostenrechnung vom 04. 09. 2007 zu Recht aufgehoben. Die Geschäftsstelle des Landgerichts Krefeld hat die Kostenschuldner zu Unrecht auf Zahlung der Aktenversendungspauschale nach GKG KV-Nr. 9003 in Höhe von EUR 12,- in Anspruch genommen, nachdem Rechtsanwalt B... mit Schriftsatz vom 07. 04. 2006 „Akteneinsicht in die Gerichtsakten für 3 Tage auf mein Büro“ beantragt hatte.

In der Praxis werden unterschiedliche Ansichten dazu vertreten, ob im Zivilprozess Auslagenschuldner der Aktenversendungspauschale der Prozessbevollmächtigte (so LG Mainz Beschluss vom 18. 06. 2007, 3 T 52/07 (JURIS); für das verwaltungsgerichtliche Verfahren: VGH München Beschluss v. 18. 01. 2007, 19 C 05. 3348 (JURIS); VG Meiningen JurBüro 2006, 36 f) oder die von ihm vertretene Partei ist (so Meyer, GKG, 9. Aufl., § 28 Rn. 5; für das verwaltungsgerichtliche Verfahren: OVG Hamburg Beschluss v. 18. 04. 2006, 1 So 148/05 (JURIS); VG Düsseldorf Beschluss v. 25. 10. 2005, 4 L 122/05 (JURIS)). Der Senat schließt sich der Auffassung an, dass die Aktenversendungspauschale nach GKG KV-Nr. 9003 im Zivilprozess regelmäßig von der Partei geschuldet wird, für die der Prozessbevollmächtigte die Akteneinsicht beantragt hat.

*Dokumentation, Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemietete und Teileigentum**

**Abonnement Jahrgang 2009** 159,43 EUR brutto.

Sonderpreise für zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage im Direktbezug vom Prewest Verlag

**Download Hefte Nrn. 1–46 und Register**

kostenlos bei Besuch unserer Homepage möglich.

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

Postfach 30 13 45, 53193 Bonn, Fax: 02 28 / 47 09 54,

www.prewest.de

info@prewest.de



Aus den Kostenvorschriften des GKG lässt sich nicht eindeutig entnehmen, wer Auslagenschuldner der Aktenversendungspauschale ist. Der Gebührentatbestand der GKG KV-Nr. 9003 selbst enthält insoweit keine Regelung. § 28 Abs. 2 GKG ordnet an, dass die Auslagen nur schuldet, „wer“ die Aktenversendung beantragt hat. Auch dies klärt nicht zweifelsfrei, ob dies der handelnde Prozessbevollmächtigte selbst ist oder die von ihm vertretene Partei. Dies ergibt sich auch nicht aus der Systematik der sonstigen Vorschriften über Kostenschuldner, §§ 22 ff GKG. Auch dort ist jeweils zu ermitteln, wem die jeweils die Kostentragungspflicht auslösenden Handlungen zuzurechnen sind. Die Gesetzesmaterialien geben keine Hinweise für die hier zu klärende Frage. Nach der Gesetzesbegründung soll mit § 28 Abs. 2 GKG eine ungerechtfertigte Haftung der „allgemeinen Kostenschuldner“ vermieden werden (vgl. BT-Drcks. 12/6962, S. 66). Hierdurch wird klargestellt, dass die Aktenversendungspauschale stets von dem die Aktenversendung Beantragenden getragen werden soll und nicht etwa von anderen Kostenschuldnern, wie dem Antragsteller des Verfahrens (§ 22 Abs. 1 GKG), dem Entscheidungsschuldner (§ 29 Nr. 1 GKG) oder dem Übernahmeschuldner (§ 29 Nr. 2 GKG). Nur insoweit schafft § 28 Abs. 2 GKG für Auslagen aus Anlass der Aktenversendung „einen eigenen Schuldner“. Rückschlüsse darauf, „wer“ die Versendung der Akten beantragt hat, lässt diese kostenrechtliche Vorschrift nicht zu (anders VGH München aaO). Vielmehr ist vorab aufgrund der allgemeinen materiell- und prozessrechtlichen Vorschriften festzustellen, ob der Prozessbevollmächtigte bei Antragstellung im eigenen Namen oder namens und kraft Vollmacht seines Mandanten gehandelt hat (so auch OVG Hamburg aaO).

Aus den Regelungen der ZPO über das Akteneinsichtsrecht und die Prozessvollmacht ergibt sich, dass eine Aktenversendung regelmäßig als durch die Partei beantragt anzusehen sein wird. Wie das Landgericht in dem angefochtenen Beschluss zutreffend ausgeführt hat, nimmt der Prozessbevollmächtigte mit der Akteneinsicht ein Recht der Partei wahr. Das Recht auf Akteneinsicht folgt aus § 299 Abs. 1 ZPO und steht - anders als nach § 147 StPO - maßgeblich den Parteien zu. Sie können sich hierbei gemäß § 81 ZPO durch ihre Prozessbevollmächtigten vertreten lassen, die wiederum dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle ihre schriftliche Vollmacht nachweisen müssen, sofern sich diese nicht zweifelsfrei aus dem Akteninhalt ergibt. Die Parteien können Akteneinsicht nur auf der Geschäftsstelle des Gerichts beanspruchen. Ob Akten zur Einsichtnahme herausgegeben werden, steht im Ermessen des Vorsitzenden des Prozessgerichts. Erfolgt aber eine Übersendung der Akten an den Prozessbevollmächtigten, so maßgeblich deshalb, weil er gemäß § 81 ZPO als von der Partei umfassend bevollmächtigt anzusehen ist und von der Prozessvollmacht auch die Akteneinsichtnahme nach § 299 Abs. 1 ZPO umfasst ist. Dann aber muss erst Recht der zuvor gestellte Antrag auf Aktenübersendung zum Zwecke der Einsichtnahme als von der Prozessvollmacht umfasst angesehen werden mit der Folge, dass der Antrag als im Namen der Partei gestellt anzusehen ist und diese gemäß § 85 Abs. 1 ZPO nicht nur die prozessualen Wirkungen, sondern auch die kostenrechtlichen Folgen treffen.

Dem steht nicht entgegen, dass der Prozessbevollmächtigte die Frage, auf welche Weise er Akteneinsicht nimmt, auch unter Berücksichtigung seiner eigenen Interessen und Arbeitsorganisation trifft (so aber VGH München aaO und VG Meinigen aaO) und möglicherweise Aktenübersendung beantragt wird, obwohl eine Einsichtnahme bei Gericht durchaus zumutbar gewesen wäre. Die Frage, ob eine Entscheidung auch unter Berücksichtigung der Interessen des Anwalts getroffen worden ist, berührt den Umfang der Prozessvollmacht aus Sicht des Gerichts nicht. Etwaige Vollmachtsbeschränkungen hätten insoweit im Verhältnis gegenüber dem

Gericht keine Wirkung, § 83 Abs. 1 ZPO. Unsachgemäße Erwägungen bei der Wahl der Art der Akteneinsicht wären im Verhältnis zwischen Prozessbevollmächtigtem und Partei zu klären.

II. Der Kostenausspruch folgt aus § 66 Abs. 8 GKG.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

### **§ 8 Abs. 2 JVEG**

#### **Sachverständigenkosten; Nachprüfung des Zeitaufwands; erforderliche Zeit**

1. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Angaben des Sachverständigen über die tatsächlich benötigte Zeit richtig sind. Ein Anlass zur Nachprüfung, ob die von dem Sachverständigen angegebene Zeit auch erforderlich war, wird nur dann bestehen, wenn der angesetzte Zeitaufwand im Verhältnis zur erbrachten Leistung ungewöhnlich hoch erscheint.

2. Eine Herabsetzung des vom Sachverständigen angegebenen Zeitaufwandes kann nur erfolgen, wenn zugleich angegeben werden kann, welche der vom Sachverständigen angegebenen Arbeitszeiten zu lang bemessen sind und in welcher Zeit und aus welchen Gründen die Einzelarbeit hätte schneller verrichtet werden können. Das Gericht darf sich insoweit nicht darauf beschränken, jeweils pauschal eine gewisse Anzahl von Stunden unter Plausibilitäts Gesichtspunkten zu schätzen.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. 6. 2008 – I-10 W 40/08)

Aus den Gründen: I. Die Beschwerde des Antragstellers vom 26. 03. 2008 gegen den Beschluss der 1. Zivilkammer des Landgerichts Kleve vom 27. 09. 2007 ist - da die Auftragserteilung hier vor dem 01. 07. 2004 erfolgt ist - gemäß § 25 JVEG, § 16 Abs. 2 ZSEG zulässig. Sie ist begründet und führt unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses zur Entschädigungsfestsetzung in beantragter Höhe.

Die Kürzung der vom Antragsteller für die Rücksendung der Akten eingereichten Rechnung Nr. 2315/2671 vom 27. 10. 2006 ist zu Unrecht erfolgt. Der Antragsteller hatte insoweit einen Zeitaufwand von 4 Stunden für die Überprüfung der zurückgeforderten Akten (bestehend aus 27 Bänden mit 2664 Seiten und 350 Plänen) auf Vollständigkeit, Verpacken und Versand geltend gemacht. Hiervon hat der angefochtene Beschluss zwei Stunden als nicht erforderlich abgesetzt.

Die Entschädigung des Sachverständigen ist nach der „erforderlichen“ Zeit zu bemessen. Welche Zeit erforderlich ist, hängt nicht von der individuellen Arbeitsweise des jeweiligen Sachverständigen ab. Sie ist nach einem objektiven Maßstab zu bestimmen, für den weder die Angaben des Sachverständigen noch die tatsächlich aufgewendete Zeit schlechthin maßgebend sind. Grundsätzlich wird aber davon auszugehen sein, dass die Angaben des Sachverständigen über die tatsächlich benötigte Zeit richtig sind. Ein Anlass zur Nachprüfung, ob die von dem Sachverständigen angegebene Zeit auch erforderlich war, wird nur dann bestehen, wenn der angesetzte Zeitaufwand im Verhältnis zur erbrachten Leistung ungewöhnlich hoch erscheint (vgl. Meyer/Höver/Bach, JVEG, 24. Auflage, § 8 Rn. 8.49). Entsprechendes ist hier anzunehmen. Folgerichtig hat das Landgericht die Angaben des Antragstellers einer Nachprüfung unterzogen.

Allerdings kann eine Herabsetzung des vom Sachverständigen angegebenen Zeitaufwandes nur erfolgen, wenn zugleich angegeben werden kann, welche der vom Sachverständigen angegebenen Arbeitszeiten zu lang bemessen sind und in welcher Zeit und aus welchen Gründen die Einzelarbeit hätte schneller verrichtet werden können. Das Gericht darf sich insoweit nicht darauf beschränken, jeweils pauschal eine gewisse Anzahl von Stunden unter Plausibilitäts Gesichtspunkten zu

schätzen (vgl. BVerfG JurBüro 2008, 44; Meyer/Höver/Bach, § 8 Rn. 8.49). Entsprechendes ist hier jedoch erfolgt. Aus dem angefochtenen Beschluss geht nicht nachvollziehbar hervor, auf welcher Grundlage die Annahme des Landgerichts beruht, dass trotz des Umfangs der Akten ein Zeitaufwand von zwei Stunden erforderlich aber auch ausreichend gewesen sei, um die überlassenen Akten in den Ursprungszustand zu bringen. Für den Senat sind entsprechende Umstände nicht ersichtlich.

Der Antragsteller hat angeführt, dass er die ihm überlassenen Akten, bestehend aus 27 Bänden mit 2664 Seiten und 350 Plänen, zur besseren Bearbeitung in Bearbeitungseinzelakten umsortiert und geordnet hatte. Dies war im Hinblick darauf, dass es grundsätzlich dem Ermessen des Sachverständigen überlassen ist, seine Arbeit unter Effektivitätsgesichtspunkten zu organisieren, nicht zu beanstanden. In der Folge bedeutet dies aber, dass vor Rücksendung der Akten die Bearbeitungsakten aufgelöst und die Pläne und Urkunden in die Ursprungsakten zurückgeordnet und diese auf Vollständigkeit überprüft werden mussten. Der nähere Umfang der „Umsortierung“ ist zwar nicht bekannt, wohl aber der Umfang des dem Antragsteller überlassenen Aktenmaterials. Unter diesen Umständen kann nicht mit der gebotenen Sicherheit festgestellt werden, dass die vom Sachverständigen aufgeführten Arbeiten auch in zwei Stunden hätten verrichtet werden können.

II. Der Kostenausspruch folgt aus § 16 Abs. 5 ZSEG.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

## Impressum

Gemeinsames Beiblatt (GmbBl), Online-Ausgabe: [www.gmbbl.de](http://www.gmbbl.de), Zitat: gmbbl, Jahr und Seite.

Herausgeber und Redaktion (verantwortlich): Ulrich von Schoenebeck M. A., Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn.

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn, Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. AG Bonn HRB 9247, USt-IdNr.: DE 214 351 085. Telefon 02 28 / 47 63 78, Telefax 02 28 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de>, e-mail: [info@prewest.de](mailto:info@prewest.de).

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreise auf Anfrage.

Satz und Druckvorbereitung: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Straße 6, 41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 51 / 58 83 28 38, Telefax 0 21 33 / 22 04 29, ISDN 0 21 33 / 22 04 32, e-mail: [kontakt@kluth-dtp.de](mailto:kontakt@kluth-dtp.de), Internet: [www.kluth-dtp.de](http://www.kluth-dtp.de).  
plain[txt] - büro für kommunikation und gestaltung, Markus Lemke, 53177 Bonn, [www.plaintext.de](http://www.plaintext.de)

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss, Telefon 0 21 31 / 1 24 74-0, Telefax 0 21 31 / 1 24 74-20, e-mail: [koch-druckerei@t-online.de](mailto:koch-druckerei@t-online.de)

Vorgesehene Erscheinungsweise der Online-Ausgabe: monatlich, nach Bedarf.

Zukünftige Erscheinungsweise und Preis einer Druckausgabe sind nachfrageabhängig.

Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Verfassers, nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder.

Beiträge und Gerichtsentscheidungen sind frei von entgegenstehenden Rechten Dritter an den Verlag zu senden, dem an Bearbeitungen der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf des Urheberrechts übertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Verbreitung und zur Veröffentlichung in Printmedien und online, zur Digitalisierung und zur Einspeicherung in Datenbanken sowie auf Datenträger, sowie das Recht weiterer Vervielfältigung und Verarbeitung auch zu gewerblichen Zwecken.

Ausdruck zu Zwecken des Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe, Mikroverfilmung und Aufnahme in Datenbanken, ähnliche Einrichtungen und auf Datenträger aller nicht amtlichen, geschützten Werke sind nur mit vorheriger schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet.