

Kammergericht Berlin

Im Namen des Volkes

Urteil

§§ 254 Abs 2 , 280 Abs 2 , 286 , 631 Abs 1 , 647 ,812 Abs 1 S 1 Alt 1 BGB

- 1. Der Begriff der Durchrostung meint eine korrosionsbedingte, die Substanz erheblich schädigende Schwächung des Karosserieblechs, wobei die Korrosion wenigstens ein Ausmaß erreicht haben muss, dass aus technischen Gründen Maßnahmen erforderlich sind, um die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs nicht zu gefährden.**
- 2. Verweigert ein Werkunternehmer aufgrund eines nicht bestehenden Werkunternehmerpfandrechts die Herausgabe eines reparierten Fahrzeugs, so schuldet er dem Fahrzeugeigentümer den Ersatz des Verzögerungsschaden, wie Mietwagenkosten bzw. eine Nutzungsausfallentschädigung, nach §§ 280 Abs. 2, 286 BGB.**

KG Berlin, Urteil vom 12.12.2012 Az. : 25 U 11/12

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 10. Mai 2012 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin – 7 O 479/10 – geändert :

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.499,95 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 14. September 2012 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 113,33 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13. August 2010 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Nutzungsausfallentschädigung in Höhe von 1.771,60 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 5. November 2010 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen tragen der Kläger 65 % und die Beklagte 35 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

1

Die Parteien streiten über die Berechtigung eines von der Beklagten geltend gemachten Werkunternehmerpfandrechts am im Eigentum des Klägers stehenden Fahrzeug mit dem amtlichen Kennzeichen ... und über den Ersatz von dem Kläger daraus entstandener Schäden.

2

Auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil wird gemäß § 540 Abs.1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen. Diese werden wie folgt ergänzt :

3

Der Kläger ist ein zum Vorsteuerabzug berechtigter Unternehmer. Das streitgegenständliche Fahrzeug gehört zu seinem Betriebsvermögen und wird von ihm zu 40 % privat und zu 60 % geschäftlich genutzt.

4

Die Beklagte ist Herstellerin des Fahrzeuges und Garantiegeberin der sog. „mobilo-life“-Garantie, wegen deren Einzelheiten auf die mit Schriftsatz des Klägers vom 19. November 2010 zur Akte gereichten Bedingungen (Bl. 75 ff Bd. I d.A.) Bezug genommen wird. In dem von der Beklagten für das Fahrzeug herausgegebenen Serviceheft heißt es :

5

„Die termingerechte Durchführung aller Servicedienste wird von Ihrer ... Service Station in diesem Heft bestätigt. Die Servicedienste sind auch Grundlage für den Nachweis der Gültigkeit von mobilo-life vom 5. bis zum 30. Betriebsjahr.“

6

Wegen der in dem Heft erfolgten Eintragungen wird auf deren als Anlagen zum Schriftsatz vom 21. Oktober 2010 (Bl. 57 ff Bd. I d.A.) eingereichte Ablichtungen verwiesen.

7

Der im oberen Bereich des Rahmens der Windschutzscheibe des Fahrzeuges festgestellte Rostschaden musste beim Austausch der durch den Steinschlag beschädigten Windschutzscheibe beseitigt werden, um die Verkehrssicherheit am Fahrzeug wieder herzustellen. Am 27. April 2010 erklärte der Zeuge H... dem Kläger, die für die Beseitigung des Rostschadens erforderlichen Arbeiten könnten zu einem Festpreis von 1.500,00 EUR inkl. MWSt durchgeführt werden und äußerte zugleich Zweifel daran, ob es sich bei dem Rostschaden um einen Garantiefall handele, während der Kläger darauf hinwies, er gehe davon aus, dass die mit der Beseitigung des Rostschadens verbundenen Kosten von der „mobilo-life“-Garantie der Beklagten abgedeckt seien. Nach der am 10. Mai 2010 erfolgten Behebung des Rostschadens stellte die Beklagte dem Kläger unter dem 18. Mai 2010 Kosten in Höhe von 1.499,99 EUR brutto in Rechnung und lehnte eine Beteiligung an diesen Kosten ab, weil nicht alle Wartungsintervalle nach Herstellervorgabe bei einem autorisierten ... - Servicepartner durchgeführt worden seien und auch keine Durchrostung von innen nach außen vorläge, sondern das Fahrzeug in der Vergangenheit unsachgemäß repariert worden sei. In der Folge verweigerte sie ungeachtet einer ihr mit Anwaltsschreiben vom 30. Mai 2010 von Seiten des Klägers hierfür gesetzten Frist zum 4. Juni 2010 unter Berufung auf ein ihr zustehendes

Werkunternehmerpfandrecht die Herausgabe des Fahrzeuges bis zur Begleichung des dem Kläger am 18. Mai 2010 in Rechnung gestellten Betrages. Vom 4. bis 6. Juni 2010 mietete der Kläger zu einem Kostenaufwand von 134,86 EUR brutto bzw. 113,33 EUR netto einen VW Golf.

8

Am 25. Mai 2012 zahlte der Kläger unter Vorbehalt der Rückforderung den von der Beklagten geltend gemachten Reparaturkostenbetrag von 1.499,99 EUR und erhielt noch am gleichen Tage sein Fahrzeug zurück.

9

Der Kläger hat in der ersten Instanz u.a. geltend gemacht, der Beklagten stünde schon deshalb kein Anspruch auf Bezahlung der Kosten für die Beseitigung des Rostschadens zu, weil er keinen Auftrag erteilt habe, diese Arbeiten auf seine Kosten durchzuführen, sondern immer klargestellt habe, dass er von einer Kostenübernahme durch die Beklagte ausgehe. Er habe weder bei Abgabe des Autos noch später einen Auftrag zur Rostschadenbeseitigung erteilt.

10

Das 6. Wartungsintervall sei am 25. April 2007 fristgerecht in der Werkstatt der Beklagten in der P... in B... durchgeführt worden, anderenfalls hätte die Beklagte keine Eintragung in das Scheckheft vornehmen dürfen. Hinsichtlich der Fälligkeit der Wartungstermine hätten er und der Vorbesitzer des Fahrzeuges sich stets an die Anzeige des ASSYST-Bordcomputers gehalten.

11

Das Landgericht hat mit Urteil vom 10. Mai 2012 die auf Herausgabe des Fahrzeuges, Ersatz der Mietwagenkosten in Höhe von 134,86 EUR, Zahlung einer für die Zeit vom 5. Juni 2010 bis 16. September 2010 geforderten Nutzungsausfallentschädigung von insgesamt 4.429,00 EUR, Ersatz außergerichtlicher Anwaltskosten von 68,25 EUR und weiterer 156,50 EUR, Ersatz von für das streitgegenständliche Fahrzeug im Zeitraum vom 7. Dezember 2010 bis 10. Mai 2012 verauslagter KFZ-Steuer von 347,00 EUR und 145,96 EUR sowie Erstattung von ihm für das Fahrzeug gezahlter KFZ-Haftpflichtversicherungsbeiträge für die Zeit vom 1. Januar 2011 bis 10. Mai 2012 in Höhe von 496,31 EUR und 166,71 EUR gerichtete Klage abgewiesen.

12

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, der Kläger habe keinen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB, weil der Beklagten ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB in Gestalt eines Werkunternehmerpfandrechts i.S.d. § 647 BGB zustehe. Aus diesem Grunde scheidet auch ein Anspruch des Klägers auf Ersatz der geltend gemachten Verzugsschäden aus.

13

Die Beklagte habe das Zustandekommens eines Werkvertrages zwischen den Parteien über die Reparatur des Rostschadens substantiiert vorgetragen und die Parteien hätten sich als Gegenleistung für die Reparatur auf einen Komplettpreis von 1.499,00 EUR geeinigt. Diesem Vorbringen der Beklagten habe der Kläger erst im letzten Verhandlungstermin nachdem der hierfür von der Beklagten benannte Zeuge H... bereits entlassen worden war, widersprochen, so dass das Bestreiten einer Auftragserteilung gemäß § 296 ZPO verspätet und daher zurückzuweisen sei.

14

Dem Werkunternehmerpfandrecht der Beklagten stehe kein Garantiefall im Sinne der „mobilo-life“- Garantie entgegen. Der Kläger habe nicht beweisen können, dass

eine Durchrostung von innen nach außen im Sinne der Garantiebedingungen vorgelegen habe. Zwar spreche einiges dafür, dass eine korrosionsbedingte, die Substanz erheblich schädigende Schwächung des Karosserieblechs vorlag, eine Durchrostung von innen nach außen setze daneben jedoch voraus, dass der Rost sich nicht von außen etwa durch eine äußere Beschädigung des Lackes gebildet habe, was vom Anspruchsteller zu beweisen sei. Vorliegend sei die Kammer aufgrund der Vernehmung des Zeugen H... jedoch davon überzeugt, dass der festgestellte Rost auf dem Windschutzscheibenrahmen des Fahrzeugs des Klägers durch eine äußere Beschädigung und damit von außen nach innen entstanden sei. Einer Vernehmung des ebenfalls vom Kläger benannten Zeugen K... bedürfe es nicht, denn die in sein Wissen gestellte Tatsache, dass vor Beginn der Arbeiten keine Rostschäden erkennbar gewesen seien, sondern erst nach dem Ausbau der Scheibe entdeckt wurden, könne als wahr unterstellt werden, stünde aber der Annahme, dass es zu einer äußeren Beschädigung des Windschutzscheibenrahmens bei einem ersten jedoch unfachmännischen Austausch der Scheibe gekommen sei, nicht entgegen.

15

Gegen dieses ihm am 13. Juni 2012 zugestellte Urteil hat der Kläger am 12. Juli 2012 Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Fristverlängerung am 7. September 2012 begründet.

16

Anstelle der Herausgabe seines Fahrzeuges begehrt er nunmehr die Rückerstattung des von ihm zwischenzeitlich zur Auslösung des Fahrzeuges unter Vorbehalt gezahlten Betrages von 1.499,95 EUR. Im Übrigen hält er an seinen in der ersten Instanz gestellten Anträgen fest, begehrt aber hilfsweise noch die Differenz der Ein- und Verkaufspreise zwischenzeitlich von ihm genutzter Ersatzfahrzeuge. Insoweit behauptet er, am 17. September 2010 einen gebrauchten BMW 316 i zum Preis von 450,00 EUR erworben und diesen am 9. April 2011 für 399,00 EUR wieder veräußert zu haben und sodann am 26. April 2011 einen gebrauchten Audi A 3 zum Preis von 9.700,00 EUR erworben und am 11. November 2011 für 7.500,00 EUR wieder veräußert zu haben.

17

Der Kläger beanstandet, das Landgericht sei unzutreffend davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien ein Werkvertrag über eine kostenpflichtige Reparatur des Rostschadens zustande gekommen sei. Dies habe er bereits vor dem letzten Verhandlungstermin in der ersten Instanz bestritten. Mangels Einigung über die Kosten könne auch keine Einigung über einen Werkvertrag vorliegen.

18

Das Landgericht könne seine Feststellung, dass der Rost auf dem Windschutzscheibenrahmen durch eine äußere Beschädigung und damit von außen nach innen entstanden sei, nicht auf die Aussage des Zeugen H... stützen. Der Zeuge habe als Indiz für seine Aussage, er gehe von einer unfachgemäß durchgeführten Fremdreparatur aus, lediglich angegeben, dass die Scheibe mit extrem viel Klebstoff eingeklebt worden sei, was dazu geführt habe, dass auch die Zierleiste mit eingeklebt gewesen sei. Diese angeblich nicht fachgerechte Verklebung könne aber auch auf einen Fehler bei der Fertigung des Wagens im Werk zurückzuführen sein. Im Übrigen habe er jetzt einen gleichartigen Rostschaden an der Heckscheibe festgestellt, auf den er sich im erstinstanzlichen Verfahren nicht habe berufen können, weil sich ja das Fahrzeug in der Werkstatt der Beklagten befunden habe. Dieser Schaden zeige einen analogen Verlauf wie der streitgegenständliche Rostschaden, woraus geschlossen werden könne, dass es sich bei Rostschäden dieser Art um für die Baureihe typische Schäden handele.

19

Eine Abmeldung des streitgegenständlichen Fahrzeuges habe wegen des für ihn nicht absehbaren Verlaufs des Rechtsstreits nicht erfolgen können. Außerdem habe er sich ja nicht im Besitze des Fahrzeuges befunden und die für eine Abmeldung erforderliche Vorlage von Kennzeichen und Plaketten nicht vornehmen können. Zudem seien ihm der Aufenthaltsort des Fahrzeuges und damit die Erforderlichkeit einer Zulassung des Fahrzeuges zum Straßenverkehr nicht bekannt gewesen.

20

Der Kläger beantragt,

21

unter Abänderung des am 10. Mai 2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Berlin, Az. 7 O 479/10, die Beklagte zu verurteilen,

22

1. an ihn 1.499,95 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 26. Mai 2012 zu zahlen,

23

2. an ihn 134,86 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 05. Juni 2010 zu zahlen,

24

3. an ihn eine Nutzungsausfallentschädigung für das zurückbehaltene Fahrzeug in Höhe von 4.429,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 05. Juni 2010 zu zahlen,

25

4. an ihn 68,25 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 05. Juni 2010 zu zahlen,

26

5. an ihn 347,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 08. Dezember 2010 für die angefallene Kraftfahrzeugsteuer für die Zeit vom 07. Dezember 2010 bis 06. Dezember 2011 zu zahlen,

27

6. an ihn 496,31 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 02. Januar 2011 für die Kraftfahrzeugversicherung für die Zeit vom 01. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2011 zu zahlen,

28

7. an ihn 145,96 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 08. Dezember 2011 für die angefallene Kraftfahrzeugsteuer für die Zeit vom 07. Dezember 2011 bis 10. Mai 2012 zu zahlen,

29

8. an ihn 166,71 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 02. Januar 2012 für die Kraftfahrzeugversicherung für die Zeit vom 01. Januar 2012 bis zum 10. Mai 2012 zu zahlen,

30

9. an ihn 156,50 EUR für angefallene außergerichtliche Anwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 05. Juni 2010 zu zahlen,

31

sowie hilfsweise für den Fall, dass ihm für den betrieblichen Anteil des Fahrzeuges kein abstrakt berechneter Ersatz entgangener Gebrauchsvorteile zugesprochen wird,

32

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 2.251,00 EUR zu zahlen.

33

Die Beklagte beantragt,

34

die Berufung - auch hinsichtlich des in der Berufungsinstanz neu gestellten Hilfsantrages - zurück zu weisen.

35

Sie ist der Meinung, der Abschluss eines Werkvertrages über die Beseitigung des Rostschadens sei unstreitig. Jedenfalls bestreite der Kläger nicht, dass er einen entsprechenden Auftrag erteilt habe. Im Übrigen wiederholt sie ihren erstinstanzlichen Vortrag zur Entstehung des Rostschadens. Einer Abmeldung des Fahrzeuges während der Standzeit bei ihr hätten keine Hinderungsgründe entgegengestanden, bei Übergabe der erforderlichen Papiere wäre dies auch von ihr veranlasst worden.

36

Der Senat hat nochmals Beweis erhoben über die Ursache des Rostschaden durch uneidliche Vernehmungen der Zeugen T... H... und H... K.... Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 3. Dezember 2012 (Bl. 69 ff Bd. II d.A.) Bezug genommen.

II.

37

Die Berufung des Klägers ist nach §§ 511 Abs. 2 Nr.1, 517,519, 520 ZPO zulässig. In der Sache hat sie nur zum Teil Erfolg.

38

Der vom Kläger in der Berufungsinstanz vorgenommene Übergang von einer Herausgabe- zur Zahlungsklage ist zulässig. Er stellt sich als Antragsumstellung i.S.d. § 264 Nr.3 ZPO dar und unterliegt nicht den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Klageänderung i.S.d. §§ 533, 263 ZPO. Der der Antragsumstellung zugrunde liegende Sachverhalt, wonach der Kläger am 25. Mai 2012 den von der Beklagten geforderten Werklohn unter Vorbehalt gezahlt und sein Fahrzeug zurück erhalten hat, ist unstreitig und damit gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO als neue Tatsache auch noch im Berufungsrechtszug zu berücksichtigen, da die Regelung des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO über die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel nur streitiges und daher beweisbedürftiges Vorbringen erfasst (BGH NJW-RR 2005, 437; BGH MDR 2012, 486).

39

Der Kläger hat gemäß § 812 Abs.1 S.1 1. Alt. BGB einen Anspruch auf Rückzahlung des zwischenzeitlich von ihm an die Beklagte gezahlten Betrages in Höhe von

1.499,95 EUR, da die Zahlung ohne Rechtsgrund erfolgte. Der Beklagten stand wegen der Beseitigung des streitigen Rostschadens kein Werklohnanspruch nach § 631 Abs.1 BGB gegen den Kläger zu, weshalb sie sich auch zu Unrecht auf ein Werkunternehmerpfandrecht i.S.d. § 647 BGB berufen hat.

40

Zwar scheidet ein Vergütungsanspruch noch nicht allein daran, dass der Kläger die Beklagte nicht mit der Beseitigung des Rostschadens beauftragt hat, denn unstreitig bedurfte es für den vom Kläger in Auftrag gegebenen Austausch der Windschutzscheibe der Beseitigung des festgestellten Rostes, da anderenfalls die Verkehrssicherheit des Fahrzeuges nicht gegeben war. War aber die Beseitigung des Rostschadens für den vertraglich vereinbarten Austausch der Windschutzscheibe, die nur bei Wahrung der Verkehrssicherheit des Fahrzeuges vertragsgemäß sein konnte, erforderlich, handelte es sich bei der Beseitigung des Rostschadens nicht um eine gesondert zu vereinbarende Zusatzleistung, vielmehr war diese bereits vom ursprünglich vereinbarten Vertragsgegenstand mit umfasst (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 71. Aufl. Rn. 7 b zu § 631). Dies hat offensichtlich auch der Kläger so gesehen, denn in seinen Schreiben vom 28. April 2010 und 10. Mai 2010 ging er ohne weiteres davon aus, dass die Beseitigung des festgestellten Rostschadens zwischenzeitlich in der ... durchgeführt wird, nur war er der Meinung, dass die hierfür entstehenden Kosten von der von der Beklagten übernommenen „mobilo-life“-Garantie abgedeckt werden. Insoweit bestand Uneinigkeit über die Frage der Vergütung, nicht darüber, dass die Beklagte im Zuge des Austauschs der Windschutzscheibe auch den Rostschaden beseitigen sollte, um die Verkehrssicherheit des Fahrzeuges wieder herzustellen.

41

Entgegen der Auffassung des Klägers scheidet die Wirksamkeit eines Werkvertrages auch nicht ohne weiteres an einer fehlenden Vereinbarung über das Ob einer Vergütung bzw. am fehlenden Vergütungswillen des Bestellers, vorliegend also des Klägers. Vielmehr richtet sich die Frage der Vergütungspflicht in diesen Fällen nach § 632 Abs.1 BGB (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 71. Aufl. Rn. 1 zu § 632). Hiernach gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine solche zu erwarten ist.

42

Vorliegend musste dem Kläger aufgrund des unstreitig von Seiten des Zeugen H... erfolgten Reparaturkostenangebotes über einen Festpreis von 1.500,00 EUR klar sein, dass die unternehmerisch tätige Beklagte die Behebung des Rostschadens nur dann kostenlos durchführt, wenn ein von der sog. „mobilo-life“-Garantie der Beklagten erfasster Fall vorlag.

43

Davon ist vorliegend nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme allerdings auszugehen. Insoweit traf zwar den Kläger die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Garantiebedingungen erfüllt sind (vgl. Palandt-Weidenkaff, a.a.O., Rn. 24 zu § 443 BGB für den vergleichbaren Fall der unselbständigen Garantiezusage eines Verkäufers oder Herstellers einer Sache). Ist dies der Fall, oblag allerdings der Beklagten als Garantiegeberin die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Mangel auf äußere Einwirkungen im Verantwortungsbereich des Klägers zurückzuführen ist (vgl. BGH NJW 1996, 2504; BGH WM 1995, 160). Steht nämlich fest, dass ein Mangel während der Garantiezeit aufgetreten ist, so ist die Annahme eines Garantiefalles die Regel, der Umstand dagegen, dass der Fehler auf einer äußeren Einwirkung im Verantwortungsbereich des Garantienhmers beruht, ein Ausnahmefall und damit Gegenstand eines rechtshindernden Tatbestandes, den

derjenige zu beweisen hat, der sich auf ihn beruft (BGH NJW 1996,2504). Wäre der Garantiennehmer mit dem schwer zu führenden Negativbeweis belastet, dass der Mangel nicht in seiner Einwirkungssphäre entstanden ist, so würde dies die Garantiezusage wirtschaftlich weitgehend entwerten. Ein Verkäufer oder Hersteller hingegen, der die Garantiezusage aus freien Stücken abgibt, hat es selbst in der Hand, den Inhalt der Garantie - auch hinsichtlich des Beweisrisikos - so auszugestalten, wie es seine Interessen erfordern (BGH NJW 1996,2504). Der Senat sieht keine Veranlassung, die vordargestellte Beweislastverteilung bei der hier in Rede stehenden Herstellergarantie, die die Beklagte unstreitig gegenüber dem Kläger übernommen hat, anders zu bewerten.

44

Im vorliegenden Falle ist der am Fahrzeug des Klägers aufgetretene Rost auf einen unzureichenden Korrosionsschutz im Schadensbereich zurückzuführen. Eine andere Erklärung haben weder die Parteien noch die vernommenen Zeugen als Ursache für die Rostbildung aufgezeigt. In diesem Sinne definiert beispielsweise das ebenfalls mit der Auslegung der „mobilo-life“-Garantiebedingungen der Beklagten befasste Oberlandesgericht Stuttgart in seinem Urteil vom 14. Oktober 2010 (veröffentlicht in NJW 2009,1089) den Begriff der „Durchrostung“ als eine korrosionsbedingte, die Substanz erheblich schädigende Schwächung des Karosserieblechs, wobei die Korrosion wenigstens ein Ausmaß erreicht haben muss, dass aus technischen Gründen Maßnahmen erforderlich sind, um eine unmittelbar bevorstehende vollständige Durchrostung zu verhindern oder die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs nicht zu gefährden. Ein solcher Rostschaden war am Fahrzeug des Klägers unstreitig gegeben. Er hat sich auch entsprechend den Garantiebedingungen der Beklagten „von innen nach außen“ gebildet, denn seine Ursache war eine innere, nämlich ein unzureichender Korrosionsschutz an einem nicht außen liegenden Teil des Fahrzeuges, konkret dem durch die Windschutzscheibe und die Zierleiste verdeckten Windschutzscheibenrahmen. Der Senat folgt insoweit der Definition des Landgerichts, nicht aber dessen weiterer Feststellung, wonach der Rost auf eine äußere Beschädigung zurückzuführen sei und mithin keine Durchrostung von innen nach außen vorliege. Das Landgericht leitet dieses allein daraus ab, dass die Windschutzscheibe des Fahrzeuges bereits zuvor durch eine unfachmännische Reparatur ausgetauscht und dabei keine Originalscheibe verbaut worden sei. Abgesehen davon, dass diese allein auf der Grundlage der Aussagen des Zeugen H... getroffene Feststellung den Senat nicht hinreichend überzeugt, ergibt sich aus einem Austausch der Windschutzscheibe noch nicht zwangsläufig eine Beschädigung des Korrosionsschutzes an den von Rost betroffenen Teilen des Windschutzscheibenrahmens, d.h. es fehlt an der Feststellung einer Ursächlichkeit einer solchen Reparaturmaßnahme für den Rostschaden, wie sie auch in den „mobilo-life“-Bedingungen für einen Ausschluss der Garantie vorausgesetzt wird.

45

Jedenfalls aber obliegt die Beweislast dafür, dass der unzureichende Korrosionsschutz im oberen Bereich des Windschutzscheibenrahmens konkret auf eine äußere Einwirkungen im Verantwortungsbereich des Klägers oder des Voreigentümers des Fahrzeuges zurückzuführen ist, der Beklagten. Diese muss also nicht nur den Nachweis erbringen, dass die Windschutzscheibe am Fahrzeug des Klägers ausgetauscht worden ist, und zwar durch einen von ihr nicht autorisierten Betrieb, sondern auch, dass dabei - wie von ihr geltend gemacht - der Lack des Windschutzscheibenrahmens massiv geschädigt wurde.

46

Das ist aber weder durch die erstinstanzlichen Aussagen des Zeugen H..., noch durch die Aussagen der Zeugen H... und K... in der zweiten Instanz zur Überzeugung des Senates bewiesen.

47

So erklärte der Zeuge H... bei seiner Vernehmung in der Berufungsinstanz, er habe das Fahrzeug zwar zur Reparatur entgegen genommen, dann aber erst wieder gesehen, nachdem die Windschutzscheibe bereits ausgebaut war. Er war weder bei der Entfernung der Zierleiste anwesend, noch hat er diese anschließend in Augenschein genommen. Entsprechendes gilt für die Windschutzscheibe. Der Kleber am Windschutzscheibenrahmen war bei Inaugenscheinnahme durch den Zeugen im Wesentlichen bereits entfernt. Der Zeuge konnte also aus eigener Anschauung nichts dazu sagen, ob sich die Zierleiste ungewöhnlich schwer entfernen ließ, weil sie eingeklebt war, ob besonders viel Klebstoff beim Einbau der auszuwechselnden Windschutzscheibe verwendet worden war und ob es sich bei der Scheibe um ein Originalteil handelte oder nicht. Seine darauf bezogenen erstinstanzlichen Aussagen basieren ausschließlich auf Hörensagen. Dies reicht dem Senat für eine Überzeugungsbildung über einen unfachmännisch erfolgten Austausch der Windschutzscheibe am Fahrzeug des Klägers nicht aus, da sich die Glaubwürdigkeit der Mitarbeiter der Beklagten, die den Scheibenausbau vorgenommen und dem Zeugen H... das von diesem Bekundete zugetragen haben, nicht beurteilen lässt. Letztlich hat der Zeuge H... nur den nach seiner Erinnerung von außen nicht sichtbaren Rostschaden gesehen und auf einen unfachmännischen Austausch der Scheibe auch deshalb geschlossen, weil der Rostschaden aus seiner Sicht aufgrund der automatisierten Betriebsabläufe im Werk der Beklagten nicht durch einen Fehler bei der Herstellung entstanden sein kann. Auch diese Aussage überzeugt den Senat nicht hinreichend, denn der Zeuge K... hat angegeben, dass es durchaus Fälle eines vom Werk herrührenden unzureichenden Korrosionsschutzes gibt. Anderenfalls würde im Übrigen die von der Beklagten übernommene „mobilo-life“-Garantie auch gar keinen Sinn machen, da dann Rostschäden immer auf äußere Einwirkungen zurück geführt werden müssten.

48

Soweit der Zeuge K..., der an den in Rede stehenden Rostschaden konkret keine Erinnerung hatte, was bei der Vielzahl der Fahrzeuge, die in dem von ihm geleiteten Betrieb zwischenzeitlich instand gesetzt wurden, auch nicht weiter verwunderlich ist, einen unfachmännischen Austausch der Windschutzscheibe aus der Art ableitete, wie der sog. Primer aufgetragen wurde, überzeugt dies ebenfalls nicht, denn der Zeuge stützte sich dabei auf von ihm in Kopie vorgelegte Lichtbilder, bei denen nicht gewährleistet ist, dass darauf in allen Fällen das Fahrzeug des Klägers abgebildet ist. Dies erscheint insbesondere bei den zunächst als Anlage 3 überreichten insgesamt 5 Bildern, anhand derer der Zeuge die unregelmäßige Verteilung des Primers erläuterte, nicht gesichert, denn auf einem dieser Fotos ist ein Fahrzeugtacho abgebildet, welches offenbar nicht zum Fahrzeug des Klägers gehört. Von den übrigen, als Anlage 4 überreichten Bildern lassen sich nur diejenigen eindeutig dem Fahrzeug des Klägers zuordnen, auf denen das Nummernschild bzw. die Fahrzeugidentifikationsnummer erkennbar sind. Anhand dieser Fotos lässt sich aber die Verteilung des Primers um den Schadensbereich herum nicht beurteilen. Abgesehen davon ist nicht auszuschließen, dass der Primer durch den zuvor erfolgten Ausbau der Windschutzscheibe in Mitleidenschaft gezogen wurde und deshalb unregelmäßig war. Im Übrigen erschöpft sich die Aussage des Zeugen K... darin, dass in dem in Rede stehenden Bereich aufgrund der festen Verbindungen zwischen Scheibe und Karosserie ohne eine Beschädigung kein Rost auftreten könne. Dies setzt voraus, dass vorliegend bei der Erstmontage der Scheibe im Werk auch tatsächlich eine feste Verbindung hergestellt wurde und es dabei nicht zu einer

Beschädigung des Lackes und des sonstigen Korrosionsschutzes gekommen ist. Soweit auch dieser Zeuge offenbar der Meinung ist, entsprechende Fehler könnten im Werk nicht passieren, gilt das bereits zu der entsprechenden Aussage des Zeugen H... Gesagte. Der Zeuge K... hat selbst eingeräumt, dass es sehr wohl produktionsbedingte Fälle eines unzureichenden Korrosionsschutzes bei der Herstellung der Fahrzeuge gebe. Warum ein solcher Fall an dem hier in Rede stehenden Bauteil ausscheiden soll, vermag sich dem Senat nicht zu erschließen. Der schlichte Hinweis, dass Rostschäden der vorliegenden Art bei dem Fahrzeugtyp des Klägers „kein Thema“ seien, liefert hierfür keine ausreichende Erklärung.

49

Im Ergebnis der Beweisaufnahme kann der Senat nicht mit der für eine Überzeugungsbildung nötigen Gewissheit feststellen, dass der unzureichende Korrosionsschutz, der zu dem am Fahrzeug des Klägers eingetretenen Rostschaden geführt hat, auf eine äußere, vom Kläger bzw. vom Vorbesitzer des Fahrzeuges veranlasste Einwirkung und nicht auf einen Fehler bei der Produktion des Fahrzeuges zurückzuführen ist.

50

Zwar unterfällt der Darlegungs- und Beweislast des Klägers auch die weitere Garantiebedingung, dass nämlich an dem Fahrzeug die vorgegebenen Wartungsdienste eingehalten wurden. Es handelt sich insoweit um eine negative Anspruchsvoraussetzung, die Leistungen aus der Garantie von vornherein nur unter der Voraussetzung durchgeführter Wartungsarbeiten stellt (BGH NJW 2008, 214). Die Klausel hält nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB stand und benachteiligt – anders als bei Garantieübernahmen dritter Unternehmer (vgl. BGH NJW 2008, 214) bzw. bei Erhebung eines gesonderten Entgeltes für die Garantieübernahme (BGH NJW 2011, 3510) - die Vertragspartner der Beklagten nicht unangemessen, so dass ein Verlust der Garantieansprüche auch dann eintritt, wenn das Unterlassen der Wartungsdienste bzw. die Durchführung bei anderen Werkstätten für den Garantiefall nicht ursächlich war (vgl. BGH NJW 2008, 843). Insoweit ist aber dem bereits vom Landgericht mit Verfügung vom 19. Mai 2011 erteilten Hinweis zu folgen, dass der Kläger die Einhaltung der Wartungsdienste nach den Herstellervorgaben hinreichend substantiiert hat. Insbesondere gibt es offenbar keinen festgelegten Fristenplan für diese Dienste, vielmehr werden sie in Abhängigkeit von der Fahrweise durch den Bordcomputer des Fahrzeuges ermittelt und ihre termingerechte Durchführung im Serviceheft bestätigt. Da die Serviceberichte auf den vom Kläger vorgelegten Seiten des Serviceheftes allerdings ab dem Jahr 2005 keine eindeutigen Aussagen dazu treffen, ob die Serviceleistungen termingerecht erfolgten oder nicht und die Beklagte auch sonst nichts Relevantes dafür vorträgt, woraus sie ableitet, dass die Wartungsintervalle nicht nach Herstellervorgaben durchgeführt worden seien - der Verweis auf den Zeitraum von 32 Monaten zwischen dem 5. und 6. Wartungsdienst reicht hier nicht -, ist das Bestreiten der Aussage des Klägers, er und der Vorbesitzer des Fahrzeuges hätten sich hinsichtlich der Wartungstermine stets an die Anzeigen des Bordcomputers gehalten, unsubstantiiert.

51

Mangels Vergütungsanspruchs nach § 631 Abs.1, 632 BGB stand der Beklagten kein Werkunternehmerpfandrecht i.S.d. § 647 BGB und damit auch kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB zu. Damit befand sie sich aufgrund des Anwaltsschreibens vom 30. Mai 2010 spätestens ab dem 4. Juni 2010 im Verzug mit der Herausgabe und schuldet nach §§ 280 Abs.2, 286 BGB Ersatz des Verzögerungsschadens. Dazu gehören allerdings nicht die dem Kläger entstandenen außergerichtlichen Anwaltskosten, da diese Kosten durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten

des Klägers offensichtlich bereits früher ausgelöst worden sind. Etwas anderes könnte allenfalls im Falle einer vorangegangenen, endgültigen Herausgabeverweigerung durch die Beklagte gelten, was vom Kläger aber nicht mit Substanz dargelegt wurde.

52

Als Verzögerungsschaden zu erstattet ist der dem Kläger durch den Ausfall der Nutzung seines Fahrzeuges entstandene Schaden, wozu die Mietwagenkosten von 113,33 EUR netto gehören (Palandt-Grüneberg, a.a.O., Rn. 31 zu § 249), nicht aber die Umsatzsteuer, da der Kläger als Unternehmer vorsteuerabzugsberechtigt ist (Palandt-Grüneberg, a.a.O., Rn. 27,54 zu § 249 BGB). Der Geschädigte muss sich zwar grundsätzlich 10 % ersparte Eigenaufwendungen anrechnen lassen, dies jedoch dann nicht, wenn er sich mit einem einfacheren Fahrzeug zufrieden gibt. Dies ist hier der Fall, denn der Kläger hatte lediglich einen VW Golf angemietet.

53

Daneben kann der Eigentümer eines privat genutzten Fahrzeuges auch Ersatz entgangener Gebrauchsvorteile verlangen, sofern bei ihm eine fühlbare Beeinträchtigung durch den Ausfall der Fahrzeugnutzung gegeben war, was das Vorliegen eines Nutzungswillens und einer hypothetischen Nutzungsmöglichkeit voraussetzt (vgl. BGH NJW 1964, 542; BGH NJW 66,1269; BGH NJW 1985,2471). Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte, aus denen sich ableiten ließe, dass der Kläger das streitgegenständliche Fahrzeug ohnehin nicht hätte nutzen können. Allerdings kann nach einer verbreiteten Auffassung der Umstand, dass ein Geschädigter mehrere Monate zuwartet, bis er sein Fahrzeug reparieren lässt oder sich ein Ersatzfahrzeug beschafft, eine von ihm zu entkräftende tatsächliche Vermutung für einen fehlenden Nutzungswillen begründen (vgl. OLG Köln OLG R 2004, 203; OLG Hamm, Urteil vom 23.02.2006, Aktenzeichen: 28 U 164/05, veröffentlicht in juris; AG Frankfurt ZfS 2002, 339; Bamberger/Roth/Grüneberg, BGB, Rn. 61 zu § 249; Notthoff NZV 2003, 509, 514; a.A. OLG Düsseldorf NZV 2003, 379, 380).

54

Darüber hinaus ist der Geschädigte mit Blick auf § 254 Abs. 2 BGB ohnehin gehalten, einen längeren Nutzungsausfall gegebenenfalls durch die Anschaffung eines Interimsfahrzeuges zu überbrücken (vgl. BGH NJW 2010,2426; BGH NJW 2009, 1663; BGH NJW 1982, 1518; OLG Hamm ZfSch 1991, 234; OLG Schleswig DAR 1991, 24; OLG Frankfurt VersR 1982, 859; OLG Köln VersR 1979, 965).

55

Vorliegend war für den Kläger aber bis zum Zugang der auf den 19. August 2010 datierten Anzeige, dass sich die Beklagte gegen seine Klage verteidigen will, nicht absehbar, dass er sich auf einen längeren Rechtsstreit über die Herausgabe seines Fahrzeuges einrichten muss. Der sodann für die Nutzungsausfallsentschädigung beanspruchte Zeitraum bis zum 16. September 2012 ist ihm für die Beschaffung eines Ersatzfahrzeuges zuzubilligen.

56

Eine vorher im Rahmen der Schadensminderungspflicht nach § 254 BGB einsetzende Obliegenheit des Klägers zur Ablösung des Fahrzeuges durch Zahlung des von ihm geforderten Reparaturkostenbetrages unter Vorbehalt bestand ebenfalls nicht. Vielmehr gilt auch insoweit der Grundsatz, dass es vorrangig Sache des Schädigers ist, alsbald den Schaden zu beheben, d.h. vorliegend das Fahrzeug herauszugeben und die Frage, ob ein Werklohnanspruch wegen der Beseitigung des Rostschadens besteht, gerichtlich klären zu lassen (vgl. OLG Düsseldorf VRR 2008, 67). Der

Schädiger hat grundsätzlich auch die Nachteile zu ersetzen, die daraus herrühren, dass der Schaden – vorliegend die Vorenthaltung des Fahrzeuges - nicht gleich beseitigt worden ist und sich dadurch vergrößert hat. Das Risiko, dem Geschädigten überhaupt zum Ersatz verpflichtet zu sein, trägt dabei der Schädiger, wie es umgekehrt zu Lasten des Geschädigten geht, wenn ein anfänglicher Streit über den Haftungsgrund später zu seinen Ungunsten geklärt wird (vgl. BGH VersR 1988, 1178).

57

Der Höhe nach wären die als abstrakte Nutzungsausfallentschädigung in Ansatz gebrachten Kosten von 43,00 EUR netto am Tag bei einem ausschließlich privat genutzten Fahrzeug nicht zu beanstanden, da das Fahrzeug nach der Tabelle von Sanden/ Danner/ Küppersbusch selbst in Anbetracht seines Alters von mehr als 10 Jahren jedenfalls nicht niedriger als in Gruppe F einzustufen wäre, der Tagessatz von 43,00 EUR entspricht nur der Gruppe E.

58

Bei einem gewerblich genutzten Fahrzeug sind hingegen der entgangene Gewinn i.S.d. § 252 BGB, die Vorhaltekosten eines Ersatzfahrzeugs oder die Mietwagenkosten zu ersetzen. Eine abstrakt berechnete Nutzungsentschädigung kann der Geschädigte nur dann verlangen, wenn sich der Ausfall weder Gewinn mindernd noch Kosten steigernd ausgewirkt hat (vgl. Palandt, Rn. 47 zu § 242 BGB), was der Kläger vorliegend nicht dargelegt hat.

59

Da der Kläger das Fahrzeug nur zu 40 % privat nutzt, erscheint es nach § 287 Abs.1 ZPO angemessen, ihm auch nur eine abstrakte Nutzungsentschädigung in Höhe von 1.771,60 EUR (=40 % von 4.429,00 EUR) zuzusprechen. Der weitergehend geltend gemachte Anspruch auf eine Nutzungsausfallentschädigung ist unbegründet.

60

Der für diesen Fall gestellte Hilfsantrag des Klägers bleibt ebenfalls ohne Erfolg. Es handelt sich dabei um den Fall einer nachträglichen Eventualklagehäufung i.S.d. § 260 ZPO, die wie eine Klageänderung im Sinne der §§ 263, 533 ZPO zu behandeln ist (BGH NJW 1985,1841; BGHZ 158, 295; BGH WM 2005, 2057; BGH NJW 2007, 2414). Nach § 533 ZPO ist eine Klageänderung in der Berufungsinstanz aber nur zulässig, wenn 1. der Gegner einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält und 2. diese auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Der Hilfsantrag stützt sich auf den in der Berufungsinstanz erstmals erfolgten Vortrag des Klägers über den ihm durch die Anschaffung zweier Interimsfahrzeuge entstandenen Schaden, den die Beklagte insoweit in zulässiger Weise nach § 138 Abs.4 ZPO mit Nichtwissen bestritten hat, als sie den Vollzug der vom Kläger behaupteten An- und Verkaufsgeschäfte in Abrede stellt. Eine Zulassung des neuen Vorbringens des Klägers nach § 531 Abs.2 ZPO scheidet hiernach aus, denn der Vortrag betrifft nicht i.S.d. § 531 Abs.2 Nr. 1 ZPO einen Gesichtspunkt, den das erstinstanzliche Gericht erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat. Vor allem hat das Vorbringen nichts mit der Berechnung entgangener Gebrauchsvorteile bei einem geschäftlich genutzten Fahrzeug zu tun. Mit ihm wird vielmehr ein völlig neuer Folgeschaden, nämlich die Kosten für die Anschaffung von Ersatzfahrzeugen geltend gemacht, der mit entgangenen Gebrauchsvorteilen oder entgangenem Gewinn nichts zu tun hat. Es ist auch nicht ersichtlich, was den Kläger, ohne dass dies auf grober Nachlässigkeit beruht, gehindert hat, diesen mit dem Hilfsantrag in Ansatz gebrachten Folgeschaden bereits in der ersten Instanz geltend zu machen.

61

Davon abgesehen wäre der mit dem Hilfsantrag geltend gemachte Schadensersatzanspruch des Klägers aber auch nicht schlüssig begründet. Zwar kann ein durch die Vorenthaltung seines Fahrzeuges Geschädigter im Falle der Beschaffung eines Interimsfahrzeugs auch die Differenz zwischen dem Einkaufs- und Verkaufspreis (Wertverlust des Interimsfahrzeugs) erstattet verlangen. Von diesem Differenzbetrag ist jedoch der Wertverlust abzusetzen, den das vorenthaltene Fahrzeug in der Zeit der Benutzung des Interimsfahrzeugs erlitten hätte (vgl. OLG Hamm ZfSch 1991, 234). Dass dieser Wertverlust vorliegend geringer war als die Differenz der Ein- und Verkaufspreise der vom Kläger genutzten Interimsfahrzeuge, ist nicht ersichtlich, zumal der wesentliche Wertverlust an dem 8 Jahre alten Audi A 3 eingetreten sein soll, mit dem der Kläger in etwas mehr als 6 Monaten nur knapp 5.400 km gefahren ist.

62

Der Kläger kann auch keinen Ersatz der für den Zeitraum vom 7. Dezember 2010 bis 10. Mai 2012 nutzlos aufgewendeten Beiträge zur KFZ-Versicherung und den Steuern für das Fahrzeug verlangen. Es handelt sich dabei nicht um einen Verzögerungsschaden, denn der Kläger hätte bei einer rechtzeitigen Herausgabe des Fahrzeuges diese Kosten ebenfalls aufbringen müssen, sondern um sog. fehlgeschlagene Aufwendungen, deren Erstattung allenfalls im Falle eines enttäuschten Vertrauens des Klägers in eine nicht vertragsgemäße Rückgabe seines Fahrzeuges in Frage kommt (vgl. Palandt-Grüneberg, a.a.O., Rn. 60 zu § 249 BGB). Einen darüber hinaus gehenden Rechtssatz des Inhalts, dass grundsätzlich die Aufwendungen erstattet werden müssen, die infolge eines zum Schadensersatz verpflichtenden Ereignisses nutzlos geworden sind, kennt das Schadensersatzrecht nicht (vgl. BGH NJW 1975, 2341, BGHZ 71, 234). Vorliegend konnte der Kläger aber spätestens ab Zustellung der Klageerwidern und der daraufhin erst für März 2011 erfolgten ersten Terminierung nicht mehr darauf vertrauen, er werde sein Fahrzeug alsbald zurückerhalten und deshalb die von ihm getätigten Aufwendungen für KFZ-Versicherung und -Steuern für sinnvoll erachten. In dieser Situation hätte es ihm – auch nach § 254 Abs.2 BGB - obliegen, die letztlich unnötigen Aufwendungen für das Fahrzeug zu vermeiden, Dass die Beklagte, bei der es sich um ein Unternehmen handelt, dem in Berlin gerichtsbekannter Maßen größere Betriebsgelände zur Verfügung stehen, schon mit Rücksicht auf die ihr obliegenden Obhutspflichten das Fahrzeug des Klägers nicht einfach im öffentlichen Straßenland stehen lässt, war nahe liegend und hätte durch einen einfachen Telefonanruf geklärt werden können.

63

Zinsen auf die ihm zustehenden Ansprüche kann der Kläger nach §§ 291, 288 Abs.2 BGB erst ab Rechthängigkeit der jeweiligen Ansprüche verlangen, da ein früherer Verzugseintritt i.S.d. § 286 BGB nicht substantiiert wurde. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, inwieweit die Beklagte vor Eintritt der Rechtshängigkeit hinsichtlich der einzelnen Ansprüche zur Zahlung aufgefordert worden ist.

64

Auch ein auf andere Rechtsgründe gestützter Zinsanspruch ist nicht substantiiert begründet worden. Das gilt auch in Bezug auf die Rückzahlung des unter Vorbehalt geleisteten Betrages von 1.499,95 EUR. Zwar ist ein Bereicherungsschuldner gemäß § 818 Abs.1 BGB verpflichtet, tatsächlich gezogene Nutzungen aus einer ohne Rechtsgrund empfangenen Leistung herauszugeben. Bildet - wie hier - Geld (Kapital) den Gegenstand der Bereicherung, so beinhaltet der Anspruch die Herausgabe der seit Entstehung des Bereicherungsanspruchs erlangten Kapitalzinsen. Dies gilt aber nur, soweit entsprechende Zinsen tatsächlich erlangt wurden, was der insoweit

darlegungs- und beweisbelasteten Kläger nicht dargelegt hat.. Einen allgemeinen Erfahrungssatz, demzufolge derjenige, der ohne Rechtsgrund Geld empfangen hat, dieses auch tatsächlich als Kapital stets gewinnbringend nutzt und diese Nutzungen in Form der üblichen Zinsen herausgeben müsste, gibt es insoweit nicht (vgl. BGHZ 64, 322; BGH WM 1987, 1527; OLG Hamm WM 1988, 1441) und es liegt auch kein Fall vor, in dem dies ausnahmsweise zu vermuten ist (vgl. Palandt-Sprau, BGB 71. Aufl. Rn. 11 zu § 818 m.w.N.).

65

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs.1, 97 Abs.1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Gründe für eine Revisionszulassung nach § 543 Abs.2 ZPO sind nicht ersichtlich.