



Oberlandesgericht Karlsruhe
ZIVILSENATE IN FREIBURG
4. ZIVILSENAT

Oberlandesgericht Karlsruhe - Zivilsenate in Freiburg - Salzstraße
28, 79098 Freiburg i. Breisgau

Rechtsanwälte
Zirlewagen & Kollegen
Theodor-Hanloser-Straße 1
78224 Singen

Datum: 15.11.2021
Durchwahl: 0761 205-3059
Aktenzeichen: 4 U 43/21
(Bitte bei Antwort angeben)

In Sachen

wg. Schadensersatzes

Ihr Zeichen: 275/21 BZ06 / yi

Sehr geehrte Damen und Herren Rechtsanwälte,
anliegende Dokumente werden Ihnen elektronisch übermittelt.

Mit freundlichen Grüßen

Glöckler
Justizangestellte

Dieses Schreiben wurde elektronisch erstellt und ist ohne Unterschrift gültig.

Informationen zum Schutz personenbezogener Daten bei deren Verarbeitung durch die Justiz nach Artikel 13 und Artikel 14 der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung finden sich auf der Internetseite des Gerichts unter dem Menüpunkt „Service“ / „Informationen zum Datenschutz in der Justiz“. Auf Wunsch übersenden wir diese Informationen auch an Verfahrensbeteiligte in Papierform.

Salzstraße 28, 79098 Freiburg Ab Hauptbahnhof Linie 1 Richtung Littenweiler, Linie 2 Richtung Günterstal, Linie 3 Richtung
Vauban, Linie 4 Richtung Zähringen; Ausstieg: Haltestelle Bertoldsbrunnen
Telefon 0761 205-0 Telefax 0761 205-3028 E-Mail poststelle@olgzsfreiburg.justiz.bwl.de Internet www.olg-karlsruhe.de
Sprechzeiten Montag - Donnerstag 09:00 Uhr - 11.30 Uhr und 13.30 Uhr - 15.30 Uhr, Freitag, 09.00 Uhr - 12.00 Uhr

Oberlandesgericht Karlsruhe Zivilsenate
Freiburg

11.11.2021 10:43

In Sachen

4 U 43/21

wg. Schadensersatzes

Verkündet am 11.11.2021
Glöckler, Justizangestellte
Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

Aktenzeichen:

4 U 43/21

6 O 151/20 LG Konstanz



Oberlandesgericht Karlsruhe
ZIVILSENATE IN FREIBURG

4. ZIVILSENAT

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Zirlewagen & Kollegen**, Theodor-Hanloser-Straße 1, 78224 Singen, Gz.:
275/21 BZ06 / yi

wegen Schadensersatzes

zinssatz seit 04.03.2020 zu zahlen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 55 Prozent und die Beklagte 45 Prozent zu tragen.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für die Klägerin jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Beschluss

Der Streitwert wird auf 5.780,00 € festgesetzt.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt Schadensersatz von der Beklagten wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrages.

Die Beklagte bestellte bei der Klägerin am 24.08.2019 einen gebrauchten Pkw der Marke Jaguar, E-Pace D240 AWD SUV (Anlage K 1). Bei dem von der Beklagten erworbenen Fahrzeug handelt es sich um einen sogenannten vorverkauften Vorführwagen mit einer zum Zeitpunkt des Verkaufs aktuellen Laufleistung von 500 km. Aufgrund dessen war eine Ummeldung auf die Beklagte erst zum 15.02.2020 vorgesehen, was auch im Bestellformular entsprechend vermerkt war.

Als Liefertermin war zunächst der 08.11.2019 vereinbart. An diesem Termin wurde im weiteren Verlauf übereinstimmend nicht mehr festgehalten. Mit E-Mail vom 17.12.2019 fragte der Ehemann der Beklagten bei der Klägerin um Überlassung des Fahrzeugscheines per E-Mail an, um die elektronische Versicherungsbestätigung erhalten und das Fahrzeug anmelden zu können. Mit E-Mail vom 18.12.2019 übersandte die Klägerin dem Ehemann der Beklagten die Zulassungsbescheinigung sowie eine Rechnung zum Fahrzeug (vgl. Anlage K 4 und K 5). Mit E-Mail vom 19.12.2019 teilte der Ehemann der Beklagten mit, dass der Rechnungsbetrag bezahlt bzw. angewiesen sei. Zugleich bat er um einen Abholtermin für das Fahrzeug nach Weihnachten.

Nachdem weder eine Zahlung erfolgte, noch die Abholung des Fahrzeugs vorgenommen wurde, forderte die Klägerin die Beklagte mit E-Mail vom 10.01.2020 auf, die Zahlung vorzunehmen und das Fahrzeug schnellstmöglich abzuholen (vgl. Anlage K 7). Der Ehemann der Beklagten sagte daraufhin mit E-Mail vom 15.01.2020 (vgl. Anlage K 8) zu, am 20.01.2020 bei der Klägerin vorbeikommen zu wollen.

Nachdem auch im weiteren Verlauf weder Zahlung noch Abholung des Fahrzeuges erfolgt waren, forderte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 03.02.2020 (vgl. Anlage K 9) auf, die Rechnung vom 17.12.2019 bis spätestens 17.02.2020 zu begleichen. Andernfalls werde man den Kaufvertrag stornieren und die Beklagte auf Schadensersatz in Höhe von 10 % des Bruttokaufpreises in Anspruch nehmen.

Nach Erhalt dieses Schreibens kam es zu einem weiteren Telefonat zwischen der Beklagten und dem Verkaufsberater der Klägerin, dessen Einzelheiten zwischen den Parteien streitig sind.

Mit Schreiben vom 20.02.2020 forderte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten die Klägerin zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 5.780,00 Euro auf, was einem Betrag von 10 % des Kaufpreises entsprach. Daneben wurden Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 480,20 Euro gefordert. Der Beklagten wurde eine Frist bis zum 03.03.2020 zur Begleichung dieser Forderung gesetzt. Eine Zahlung durch die Beklagte ist bisher nicht erfolgt.

Die Klägerin behauptet,

im Rahmen der Bestellung am 24.08.2019 seien der Beklagten neben dem Vertragsformular auch die allgemeinen Verkaufsbedingungen (AVB) der Klägerin ausgehändigt worden. Sie ist der Ansicht, von der Beklagten den pauschalierten Schadensersatz in Höhe von 10 % des Bruttokaufpreises nach Ziffer IV Nr. 2 der AVB verlangen zu können.

Die Klägerin beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 5.780,00 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz der EZB seit 04.03.2020 zu zahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 480,20 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz der EZB seit 04.03.2020 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, die AVB der Klägerin seien ihr nicht ausgehändigt worden. Sie ist der Ansicht, die darin enthaltene Klausel zum pauschalierten Schadensersatz sei auch nicht wirksam. Schadensersatz könne die Klägerin bereits deswegen nicht verlangen, da der Beklagten ein Widerrufsrecht zustehe, von welchem sie wirksam Gebrauch gemacht habe.

Die Beklagte behauptet, in dem Telefonat am 03.02.2020 mit habe dieser ihr gegenüber zugesagt, die Kaufpreisüberweisung könne noch weitere 3 Wochen warten. Sie meint, daher nicht in Verzug gekommen zu sein.

Die Klägerin verkaufte den streitgegenständlichen Pkw am 28.08.2020 zu einem Kaufpreis von 51.000,00 Euro an einen Dritten. Zum Zeitpunkt des Verkaufs wies das Fahrzeug eine aktuelle Kilometerlaufleistung von 18.500 km auf.

Die Klägerin hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung von dem zunächst betriebenen Urkundsverfahren Abstand genommen.

Das Gericht hat im Anschluss Beweis erhoben durch Vernehmung des In-
soweit wird auf die Sitzungsniederschrift vom 08.12.2020 Bezug genommen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 08.12.2020 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist teilweise begründet.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB in Höhe von 2.630,06 Euro. Die Beklagte hat innerhalb der ihr gesetzten Frist das Fahrzeug weder abgenommen noch den Kaufpreis bezahlt. Aufgrund dessen ist der Klägerin ein Schaden in Höhe von 2.630,06 Euro entstanden.

1.

Zwischen den Parteien ist durch Bestellung vom 24.08.2019 ein Kaufvertrag über den Vorführwa-

gen mit einem zum damaligen Zeitpunkt aktuellen Kilometerstand von 500 km zustande gekommen.

Dieser Vertrag ist von der Beklagten nicht wirksam widerrufen worden.

Die Beklagte hat den Widerruf erst am 18.08.2020 im Rahmen der Klageerwiderung erklärt. Ein gesetzliches Widerrufsrecht stand ihr dabei unstreitig nicht zu. Es handelt sich weder um einen Fernabsatzvertrag, noch um einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag.

Ob der Beklagten ein vertragliches Widerrufsrecht zusteht, welches konkludent durch Übergabe einer Widerrufsbelehrung-(Anlage B 2) entstanden ist, kann vorliegend offen bleiben. Ein solches wäre jedenfalls verfristet, da die Beklagte es nicht innerhalb der 14-tägigen Widerrufsfrist erklärt hat. Aus der vorgelegten Widerrufsbelehrung ergibt sich, dass das Widerrufsrecht nur innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt der Belehrung nebst Vertragsurkunde geltend gemacht werden kann. Ein unbefristetes Widerrufsrecht aufgrund von Mängeln in der Belehrungspflicht hinsichtlich des Widerrufsrechts besteht demgegenüber nicht. Ein solches unbefristetes Widerrufsrecht kommt der Beklagten lediglich dann zu, wenn sich die Klägerin gegenüber der Beklagten verpflichtet hätte, auch bei Nichteinhaltung der gesetzlichen Belehrungspflichten ein unbefristetes Widerrufsrecht einzuräumen. Räumt ein Unternehmer einem Verbraucher ein Widerrufsrecht ein, ohne dazu gesetzlich verpflichtet zu sein, bedarf es in der getroffenen Vereinbarung konkreter Anhaltspunkte dafür, dass zwar das Widerrufsrecht als solches von den gesetzlichen Voraussetzungen unabhängig sein soll, die für das Widerrufsrecht gesetzte Frist jedoch nur dann in Gang gesetzt werden soll, wenn der Unternehmer dem Verbraucher zusätzlich eine Belehrung erteilt, die den Anforderungen eines gesetzlichen Widerrufsrechts entspricht (BGH NJW 2013, 155, juris Rn. 36).

Anhaltspunkte dieser Art sind vorliegend nicht ersichtlich. Allein der Umstand, dass sich die Klägerin bei der Formulierung der Widerrufsbelehrung an den Vorgaben des gesetzlichen Widerrufsrechts orientiert hat, genügt nicht für die Annahme, dass die Klägerin die für ein vertragliches Widerrufsrecht nicht bestehenden gesetzlichen Belehrungspflichten und deren Folgen übernehmen und erfüllen wollte (OLG München, Urteil vom 18.06.2020 - 32 U 7119/19 - juris Rn. 60).

2.

Die Beklagte hat eine Pflicht aus dem Kaufvertrag verletzt, indem sie die fällige Leistung nicht erbracht hat.

Trotz Fälligkeit der Leistung hat die Beklagte den Kaufpreis nicht entrichtet und eine Abnahme des Fahrzeugs nicht vorgenommen. Zwar wurde der zunächst vereinbarte Liefertermin am 08.11.2019 übereinstimmend auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Die Beklagte wäre jedoch verpflichtet gewesen, spätestens im Januar 2020 das Fahrzeug abzunehmen und den Kaufpreis an die Klägerin zu entrichten. Hierzu wurde sie von der Klägerin mit E-Mail vom 10.01.2020 aufgefordert.

3.

Die Klägerin hat der Beklagte eine Frist zur Abnahme und Zahlung gesetzt, welche die Beklagte verstreichen ließ. Mit Schreiben vom 03.02.2020 (Anlage K 9) hat die Klägerin der Beklagten eine Frist bis zum 17.02.2020 gesetzt. Innerhalb dieses Zeitraums wurde weder der Kaufpreis entrichtet, noch das Fahrzeug abgenommen.

Dass im Rahmen des Telefonats nach dem 03.02.2020 zwischen der Beklagten und dem Verkaufsberater der Klägerin eine abweichende Regelung getroffen wurde, steht zur Überzeugung des Gerichts nicht fest.

Der Beklagten ist der Beweis nicht gelungen, dass die Klägerin ihr nachgelassen habe, den Kaufpreis auch noch 3 Wochen später zu entrichten. Die Beklagte und der haben übereinstimmend berichtet, dass die Beklagte im Rahmen des Telefonats von dazu aufgefordert wurde, einen Nachweis darüber zu erbringen, dass das Geld bei der Bank angewiesen worden sei. Die Beklagte habe daraufhin zugesagt, einen entsprechenden Nachweis vorlegen zu können. Unstreitig hat die Beklagte entgegen ihrer Ankündigung bis zum 17.02.2020 einen entsprechenden Nachweis nicht bei der Klägerin vorgelegt.

Das Gericht legt diese Vereinbarung dahingehend aus, dass die Klägerin der Beklagten in diesem Telefonat gerade keine Fristverlängerung zur Zahlung gewährt hat. Vielmehr hat der in dem Telefongespräch deutlich gemacht, dass an der Fristsetzung im Schreiben vom 03.02.2020 festgehalten werde. Eine Verlängerung der Zahlungsfrist käme lediglich dann in Betracht, wenn die Klägerin einen entsprechenden Finanzierungsnachweis erbringen würde. Nach Aussage der Klägerin war die Zahlung durch die Bank zu diesem Zeitpunkt bereits angewiesen. Die Beklagte konnte sich demgegenüber nicht darauf verlassen, dass die Klägerin sich auf eine spätere Kaufpreiszahlung auch dann einlassen würde, wenn sie bis zum 17.02.2020 keinen entsprechenden Finanzierungsnachweis erbringe.

Insoweit ist die der Beklagten gesetzte Frist am 17.02.2020 abgelaufen. Bis zu diesem Datum hat die Beklagte weder den Kaufpreis entrichtet noch die Abnahme des Fahrzeugs vorgenommen. Auch ein Finanzierungsnachweis, der zu einer vereinbarten Fristverlängerung hätte führen können, wurde nicht vorgelegt.

4.

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Schadensersatz jedoch nur in Höhe von 2.630,06 Euro zu.

a)

Den pauschalierten Schadensersatz in Höhe von 10 % des Bruttokaufpreises gem. IV. Nr. 2 der AVB der Klägerin kann diese nicht verlangen.

Dabei kann offen bleiben, ob die Klausel einer Inhaltskontrolle nach §§ 306 ff. BGB standhält oder unwirksam ist. Die Klägerin kann sich jedenfalls mangels wirksamer Einbeziehung der AVB in den Vertrag nicht auf die dortigen Regelungen berufen. Der Klägerin ist der Beweis einer wirksamen Einbeziehung dieser Regelungen nicht gelungen.

Gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB setzt die wirksame Einbeziehung von AGB neben einem ausdrücklichen Hinweis voraus, dass dem Vertragspartner die Möglichkeit verschafft wird, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen. Dies setzt in der Regel die körperliche Aushändigung der allgemeinen Geschäftsbedingungen voraus.

Beweisbelastet ist regelmäßig diejenige Partei, die sich auf die Geltung der AGB beruft. Vorliegend ist der Klägerin dieser Beweis nicht gelungen.

aa)

Allein der Umstand, dass die Beklagte ein Bestellformular unterschrieben hat, auf welchem sich auch der Hinweis befindet, dass der Käufer zu den nachfolgenden Verkaufsbedingungen der Klägerin bestellt, genügt zur Führung des Beweises nicht. Ein entsprechendes Empfangsbekanntnis mit der Wirkung einer Beweislastumkehr zu Lasten der Beklagten ist darin nicht zu sehen. Denn diese soll davor geschützt werden, unbemerkt eine Tatsache zu bestätigen, die zur Umkehr der Beweislast führen würde. Aufgrund dessen geht diese Wirkung nur von einem Empfangsbekanntnis aus, welches gesondert zum Vertragsabschluss unterschrieben wird. Mit der Unterschrift auf dem Vertragsformular gibt die Beklagte allein zum Ausdruck, den Vertrag schließen zu

wollen.

bb)

Der Klägerin ist der Beweis der Aushändigung auch nicht durch die Vernehmung des Zeugen in der mündlichen Verhandlung gelungen.

Der Zeuge sagte aus, die allgemeinen Verkaufsbedingungen der Klägerin würden automatisch mit Ausdrucken des Bestellformulars mit ausgedruckt. Auf Nachfrage war er jedoch nicht in der Lage zu erläutern, ob die allgemeinen Verkaufsbedingungen der Beklagten einseitig oder beidseitig ausgedruckt wurden. Er vermochte sich auch nicht an die Seitenanzahl der Verkaufsbedingungen zu erinnern. Die Aussage des Zeugen über die Anzahl der Seiten der Verkaufsbedingungen würden stetig variieren, da diese stetig überarbeitet würden überzeugte das Gericht aus dem Grunde nicht, da auf den dem Gericht vorgelegten Verkaufsbedingungen ein Stand von Januar 2017 angegeben ist. Da der Vertragsschluss im August 2019 erfolgte ist davon auszugehen, dass die AVB zumindest über eine Dauer von 2 Jahren nicht verändert worden sind. Der Zeuge vermochte auch nicht zu erklären, weshalb die Vertragsurkunden nummeriert sind mit „Seite 1 von 3“, es sich jedoch tatsächlich um insgesamt 4 Seiten handelt. Davon entfallen die ersten beiden Seiten auf das Bestellformular. Die zwei Seiten umfassenden AVB sollen auf der 3. Seite abgebildet sein, was jedoch nur möglich ist, wenn diese doppelseitig ausgedruckt werden. Eine entsprechende Seitennummerierung (Seite 3 von 3) findet sich dort nicht. Dafür, dass das Bestellformular und die Verkaufsbedingungen jeweils getrennt ausgedruckt werden, spricht auch, dass die Klägerin diese in Form von zwei Anlagen (Bestellformular: Anlage K 1 und AVB: Anlage K 2) vorgelegt hat. Darüber hinaus teilte der Zeuge auf Nachfrage mit, dass manchmal auch eine Widerrufsbelehrung ausgehändigt würde, auch dies spricht dafür, dass nicht alles in einem Druck geschieht, sondern die AVB separat der Vertragsurkunde hinzugefügt werden müssen. Der Zeuge vermochte das Gericht nicht davon zu überzeugen, dass ausgeschlossen werden könnte, dass die Verkaufsbedingungen im vorliegenden Fall der Beklagten nicht ausgehändigt worden sind.

Mangels wirksamer Einbeziehung kann die Klägerin sich auf deren Inhalt nicht berufen.

b)

Die Klägerin kann jedoch den hier tatsächlich entstandenen Schaden geltend machen.

Die Klägerin veräußerte das streitgegenständliche Fahrzeug im August 2020 zu einem Kaufpreis von 51.000,00 Euro an einen Dritten. Aufgrund des Vertrages mit der Beklagten hätte sie das Fahrzeug zu einem Preis von 57.800,00 Euro veräußern können. Daraus ergibt sich, dass der Klägerin ein Schaden in Höhe von 6.800,00 Euro entstanden ist.

Die Klägerin hat sich jedoch im Rahmen der Vorteilsausgleichung dasjenige anzurechnen, was ihr aufgrund des fehlgeschlagenen Vertrages an Vorteilen verblieben ist. Die Klägerin hat angegeben, das streitgegenständliche Fahrzeug zwischenzeitlich als Werkstattfahrzeug verwendet zu haben. Sie hat das Fahrzeug im August 2020 mit einem Kilometerstand von 18.500 km weiter veräußert. Es ist davon auszugehen, dass die Klägerin selbst das Fahrzeug über die verbleibenden 18.000 km genutzt hat.

Im Rahmen der Berechnung des Nutzungsvorteils wird von einer linearen Wertminderung ausgegangen. Das Gericht schätzt im Rahmen von § 287 ZPO die maximale Laufleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs auf 250.000 km. Bei Heranziehung der üblichen Berechnungsformel für den Nutzungsvorteil (Kaufspreis x gefahrener Kilometer : erwartete maximale Laufleistung zum Zeitpunkt des Kaufes) ergibt sich ein vom Schaden abzuziehender Nutzungsvorteil in Höhe von 4.169,94 Euro ($57.800,00 \text{ €} \times 18.000 \text{ km} : 219.500 \text{ km}$). Wird dieser Betrag von dem zunächst entstandenen Schaden in Höhe von 6.800,00 Euro abgezogen, ergibt sich ein verbleibender Schaden von 2.630,06 Euro.

5.

Die Klägerin kann von der Beklagten Ersatz der vorgerichtlich angefallenen Rechtsanwaltskosten nach §§ 280 Abs. 1, 286, 288 BGB verlangen.

Bei Zugrundelegung einer 1,3-Geschäftsgebühr und einer berechtigten Forderung in Höhe von 2.630,06 Euro sowie einer Pauschale für Post und Telekommunikation von 20,00 Euro ergibt sich ein Betrag von 281,30 Euro.

6.

Der Zinsanspruch der Klägerin folgt aus §§ 280 Abs. 1, 286, 288 BGB. Die Beklagte befindet sich mit der mit der Klage geltend gemachten Forderung seit dem 03.03.2020 in Verzug, so dass die Klägerin Zinsen seit 04.03.2020 verlangen kann.

7.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen die Entscheidung, mit der der Streitwert festgesetzt worden ist, kann Beschwerde eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200 Euro übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat.

Die Beschwerde ist binnen **sechs Monaten** bei dem

Landgericht Konstanz
Untere Laube 27
78462 Konstanz

einulegen.

Die Frist beginnt mit Eintreten der Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache oder der anderweitigen Erledigung des Verfahrens. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf der sechsmonatigen Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. Im Fall der formlosen Mitteilung gilt der Beschluss mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post als bekannt gemacht.

Die Beschwerde ist schriftlich einzulegen oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle des genannten Gerichts. Sie kann auch vor der Geschäftsstelle jedes Amtsgerichts zu Protokoll erklärt werden; die Frist ist jedoch nur gewahrt, wenn das Protokoll rechtzeitig bei dem oben genannten Gericht eingeht. Eine anwaltliche Mitwirkung ist nicht vorgeschrieben.

Rechtsbehelfe können auch als elektronisches Dokument eingelegt werden. Eine Einlegung per E-Mail ist nicht zulässig. Wie Sie bei Gericht elektronisch einreichen können, wird auf www.ejustice-bw.de beschrieben.

Summ
RichterIn

Verkündet am 19.01.2021

Tyszlak, JFAng'e
Urkuundsbeamtin der Geschäftsstelle

Abschrift

Aktenzeichen:
D 6 O 151/20



Landgericht Konstanz

Eingegangen

27. JAN. 2020

Armin Genter
Rechtsanwalt

Im Namen des Volkes

Urteil

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Konstanz vom 19.01.2021, Az. 6 O 151/20, abgeändert und wie folgt neu gefasst:
 - (1) Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 535,97 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.03.2020 zu zahlen.
 - (2) Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 124 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.03.2020 zu zahlen.
 - (3) Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen tragen die Klägerin zu 91 % und die Beklagte zu 9 %.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren wie folgt festgesetzt:

- | | |
|--------------------------|--|
| - bis zum 26.10.2021 auf | 5.780 € (§§ 47, 45 Abs. 2, 45 Abs. 1 S. 2 GKG) |
| - ab dem 27.10.2021 auf | 2.630,06 € |

Gründe:

Die Parteien streiten um Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Pkw-Kaufvertrags.

Die Beklagte bestellte bei der Klägerin im August 2019 einen gebrauchten Pkw der Marke Jaguar mit einer Laufleistung von 500 km zu einem Preis von 57.800 €. Es handelte sich um einen so-

nannten vorverkauften Vorführgewagen, die Übergabe sollte deshalb erst im November 2019 und die Ummeldung auf die Beklagte zum 15.02.2020 erfolgen.

In der Folge wurde der Übergabetermin einvernehmlich auf nach Weihnachten 2019 verschoben. Trotz mehrfacher Aufforderung durch die Klägerin zahlte die Beklagte den Kaufpreis nicht und nahm das Fahrzeug nicht ab. Daraufhin begehrte die Klägerin Ende Februar 2020 von der Beklagten Schadensersatz in Höhe von 10% des Bruttokaufpreises, mithin 5.780 €. Die Beklagte wies alle Ansprüche zurück.

Die Klägerin veräußerte den streitgegenständlichen Pkw Ende August 2020 zu einem Kaufpreis von 51.000 € an einen Dritten. Zu diesem Zeitpunkt wies das Fahrzeug eine Laufleistung von 18.500 km auf, da es in der Zwischenzeit von der Klägerin genutzt worden war.

Hinsichtlich der weiteren tatsächlichen Feststellungen wird auf das Urteil des Landgerichts Freiburg vom 22.12.2020 Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 2.630,06 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten und anteiligen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen.

Die Beklagte schulde der Klägerin Schadensersatz aufgrund einer Pflichtverletzung aus dem Kaufvertrag, da sie das Fahrzeug weder abgenommen noch bezahlt habe. Den Kaufvertrag habe die Beklagte nicht wirksam widerrufen. Den Beweis, dass die Klägerin der Beklagten Anfang Februar 2020 nachgelassen habe, den Kaufpreis drei Wochen später zu entrichten, habe die Beklagte nicht geführt. Einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 10% des Bruttokaufpreises gemäß IV. Nr. 2 der AVB der Klägerin könne diese aber nicht verlangen, da sie nicht beweisen könne, dass die AVB wirksam einbezogen worden seien. Das setze bei AGB grundsätzlich die körperliche Übergabe voraus, wofür die Klägerin beweisbelastet sei. Diesen Beweis habe sie durch die Bekundungen des [redacted] nicht geführt. Die Klägerin könne jedoch den tatsächlich entstandenen Schaden geltend machen. Dieser liege in der Differenz des mit der Beklagten vereinbarten Kaufpreises und dem im August 2020 erzielten Kaufpreis, mithin 6.800 €. Die Klägerin habe sich jedoch im Rahmen der Vorteilsausgleichung dasjenige anzurechnen lassen, was ihr an Vorteilen verblieben sei durch die erfolgte Nutzung des Fahrzeugs über 18.000 km. Bei der Berechnung des Nutzungsvorteils sei von einer linearen Wertminderung auszugehen. Nach der üblichen Berechnungsformel schätze das Gericht im Rahmen von § 287 ZPO die maximale Laufleistung des Fahrzeugs auf 250.000 km und die Nutzungsentschädigung für 18.000 km dementsprechend auf 4.169,94 €. Das ergebe einen verbleibenden Schaden von 2.630,06 €. Hinzu kämen

vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 281,30 € und ein Zinsanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 286, 288 BGB seit dem 04.03.2020.

Dagegen haben sich zunächst beide Parteien mit der Berufung gewendet. Die Klägerin hat die Berufung nach der mündlichen Verhandlung zurückgenommen. Die Beklagte verfolgt die Berufung mit dem Ziel der vollständigen Klageabweisung weiter.

Die Beklagte ist der Ansicht, das Landgericht habe verkannt, dass die Klägerin der Beklagten im Februar 2020 das Eigentum an der Sache nicht habe verschaffen können, da die Umschreibung des Fahrzeugs auf April/Mai 2020 aufgeschoben worden sei. Eine Übereignung sei ihr mit der Formulierung, sie solle den Wagen „übernehmen“, schon nie angeboten worden. Zutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die AGB nicht wirksam einbezogen worden seien. Es verkenne jedoch, dass der vermeintliche Schaden aus der Differenz der Nettokaufpreise errechnet werden müsse und nicht der Bruttobeträge. Zudem sei nicht erkennbar, warum die Klägerin das Fahrzeug nicht nach Scheitern des streitgegenständlichen Kaufvertrags für einen identischen Kaufpreis von 57.800 € veräußert habe. Da die Klägerin einen zeitnahen Weiterverkauf unterlassen habe, könne ein Mindererlös nicht zu Lasten der Beklagten gehen. Es sei davon auszugehen, dass die Klägerin das Fahrzeug aufgrund der Vereinbarung mit dem Hersteller Jaguar weder im August 2019 noch nachfolgend überhaupt hätte veräußern dürfen. Zudem habe die Klägerin das Fahrzeug offenbar als Werkstattwagen genutzt; dabei könnten Tagessätze von 120-149 € erzielt werden, was sich die Klägerin anrechnen lassen müsse. Unzutreffend gehe das Landgericht bei der Berechnung des Nutzungsausfalls von der linearen Wertminderung aus; es verkenne, dass der Wertverfall eines Fahrzeugs in jungen Jahren besonders hoch sei. Unter Berücksichtigung dessen reduziere sich ein Schadensersatzanspruch der Klägerseite auf 0,- €.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Konstanz vom 08.12.2020, Az. 6 O 151/20, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Hinsichtlich des weiteren Parteivortrags im Berufungsverfahren wird auf die eingegangenen Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache überwiegend Erfolg.

Der Klägerin steht ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte aufgrund der Nichterfüllung des Kaufvertrags nur in Höhe von 535,97 € zuzüglich anteiliger vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten und Zinsen zu.

1. Das Landgericht hat zu Recht einen Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB gegen die Beklagte wegen Nichtabnahme des streitgegenständlichen Pkw Jaguar und Nichtzahlung des vereinbarten Kaufpreises bejaht.

a) Einen Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz in Höhe von 10% des Bruttokaufpreises aus IV. Ziff. 2 der AVB der Klägerin hat das Landgericht allerdings zu Recht verneint.

aa) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die wirksame Einbeziehung der AVB als Allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB nur erfolgt wäre, wenn diese der Beklagten übergeben wurden.

Bei umfangreichen Klauselwerken ist eine Übergabe erforderlich, wenn eine Kenntnisnahme vor Ort durch einen Aushang praktisch unmöglich ist oder jedenfalls vom Kunden nicht erwartet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 - Xa ZR 141/07, juris Rn. 13 m.w.N. zu Reisevertragsbedingungen). Die Verkaufsbedingungen der Klägerin sind zwar nicht übermäßig klein gedruckt, umfassen aber zwei volle DIN A4-Seiten. Deren Inhalt durch Lesen vor Ort umfassend zur Kenntnis zu nehmen, ist den Kunden nicht zumutbar, so dass im Streitfall für eine wirksame Einbeziehung die Übergabe erforderlich war.

bb) Weiter rechtsfehlerfrei ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Klägerin für die Übergabe ihrer AVB die Beweislast trägt. Die dagegen gerichteten Einwendungen der Klägerin greifen nicht durch.

Das Vorliegen der einzelnen Erfordernisse aus § 305 Abs. 2 BGB muss die Partei beweisen, die sich auf die Geltung der AGB beruft (BGH, Urteil vom 18. Juni 1986 - VIII ZR 137/85, juris Rn. 21). Das ist im Streitfall die Klägerin, die ihren Schadensersatzanspruch nach IV. Ziff. 2 der AVB pauschal berechnen will.

cc) Weiterhin nicht zu beanstanden sind die Ausführungen des Landgerichts dazu, dass die Klägerin diesen Beweis nicht geführt hat.

Der Senat hat diese Feststellung nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugrunde zu legen. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten, zeigt die Klägerin nicht auf und sind auch sonst nicht ersichtlich.

dd) Zudem ergäbe sich auch bei einer wirksamen Einbeziehung der AVB ein Anspruch der Klägerin nur in Höhe von 535,97 €. Denn nach IV. Ziff. 2, Satz 3 der AVB ist der Schadensersatz entsprechend niedriger anzusetzen, wenn der Käufer nachweist, dass ein geringerer Schaden entstanden ist. Diesen Beweis hat die Beklagte im Streitfall geführt (dazu unter 2.).

b) Das Landgericht hat aber rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB vorliegen.

aa) Die Feststellungen dazu, dass die Beklagte den Kaufvertrag nicht wirksam widerrufen hat und die Klägerin der Beklagten im Telefonat am 03.02.2020 keine Fristverlängerung für die Kaufpreiszahlung eingeräumt hat, greift die Berufung nicht an. Rechtsfehler sind auch nicht ersichtlich.

bb) Soweit die Beklagte meint, ein Schadensersatzanspruch entfalle, weil die Klägerin aufgrund ihrer vertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Hersteller Jaguar gar nicht berechtigt gewesen sei, das Fahrzeug zu veräußern, und der Beklagten deshalb kein Eigentum hätte verschaffen können, greift das nicht durch.

Die Beklagte verkennt, dass die Vereinbarungen der Klägerin mit dem Hersteller Jaguar keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrags haben und auch einer wirksamen Übereignung des Fahrzeugs nicht entgegen stünden; ob sich die Beklagte mit einer Übergabe und Übereignung möglicherweise gegenüber Jaguar schadensersatzpflichtig gemacht hätte, ist ohne Belag. Die Klägerin hat auch nach dem eigenen Vortrag der Beklagten bei den Gesprächen der Parteien im Februar 2020, als es konkret um die Zahlung des Kaufpreises und die Übergabe ging, nicht mehr geäußert, den Fahrzeugschein erst im April/Mai 2020 übergeben zu können. Die nach dem Vortrag der Beklagten erfolgten Erklärungen der Klägerin sind nach dem objektiven Empfängerhorizont so auszulegen, dass die Klägerin ihre Gegenleistung - Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs einschließlich der Übergabe des Fahrzeugscheins - ohne Einschränkungen angeboten hat.

2. Das Landgericht geht weiter zutreffend davon aus, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den tatsächlich entstandenen Schaden zu ersetzen.

a) Die Berufung wendet allerdings zu Recht ein, dass der Schaden der Klägerin in der Differenz der Nettobeträge des tatsächlich erzielten Kaufpreises und des zwischen den Parteien vereinbarten Kaufpreises liegt. Die Bruttobeträge sind nicht maßgeblich, da die Mehrwertsteuer von der Klägerin an das Finanzamt abgeführt werden muss. Bei einer vertragsgemäßen Erfüllung des Kaufvertrags durch die Beklagte wäre der Klägerin allein die Differenz der Nettokaufpreise als Mehrerlös verblieben. Dementsprechend ist nicht wie vom Landgericht zugrunde gelegt von einem Schaden von 6.800 € auszugehen, sondern wie von der Beklagten (Band II AS 21) zutreffend berechnet von nur 4.605,91 €. Mehrwertsteuer ist nicht hinzuzurechnen, da auf Schadensersatz keine Mehrwertsteuer abgeführt werden muss.

Soweit die Klägerin zu dieser Problematik im Schriftsatz vom 26.04.2021 (Band II AS 34) meint, es müsse zwecks richtiger Berechnung des Schadensersatzes von der Differenz der Brutto-Verkaufserlöse die Mehrwertsteuer abgezogen werden, was einen Betrag von 5.862,07 € ergebe, geht das fehl. Denn der Schaden der Klägerin liegt wie dargelegt in der Differenz der Nettokaufpreise.

b) Der Einwand der Berufung, der Mindererlös könne nicht zu Lasten der Beklagten gehen, da die Klägerin das Fahrzeug nach Scheitern des Kaufvertrags zeitnah für den identischen Kaufpreis von 57.800,00 € hätte verkaufen können, greift nicht durch. Die Klägerin hat dazu vorgetragen, dass sich erst im August 2020 ein Käufer für das Fahrzeug fand. Das ist schlüssig und plausibel und steht in Übereinstimmung mit dem eigenen Vortrag der Beklagten aus dem Schriftsatz vom 20.11.2020 (Band I AS 127), dass es in der Pandemiesituation keineswegs sicher gewesen wäre, dass die Klägerin das hochpreisige Fahrzeug anderweitig hätte verkaufen können; die Verkaufszahlen hätten auf breiter Fläche erheblich abgenommen. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen haben könnte und tatsächlich einen möglichen Weiterverkauf zu einem höheren Preis unterlassen hat, sind weder von der Beklagten vorgetragen noch sonst ersichtlich.

c) Soweit die Klägerin meint, ihr tatsächlicher Schaden durch die Nichtabnahme sei höher, da ihr ein zusätzliches weiteres Geschäft entgangen sei und sie vom Dritterwerber einen Pkw habe in Zahlung nehmen müssen, für den sie wiederum gegenüber dem späteren Käufer Gewährleistung bieten müsse, führt das nicht zu einem anderen Ergebnis.

Dass die Klägerin anstelle des streitgegenständlichen Fahrzeugs an den Dritterwerber im August 2020 ein anderes Fahrzeug hätte veräußern können, ist lediglich eine Vermutung und steht keineswegs fest. Das kann nicht Grundlage der Schadensberechnung sein. Im Hinblick auf die Ge-

währleistung für das in Zahlung genommene Drittfahrzeug wird ein Schaden ebenfalls von der Klägerin nicht konkret dargelegt. Zudem ist gerichtsbekannt ist, dass Gebrauchtwagenhändler das finanzielle Risiko, das sich aus der Verpflichtung zur Gewährung von Gewährleistung ergibt, in die An- und Verkaufspreise einkalkulieren. Dafür, dass dies hier anders sein sollte, ist nichts ersichtlich.

d) Zu den 4.605,91 € hinzuzurechnen ist allerdings der Gewinn in Höhe von 100,- €, den die Klägerin bei Durchführung des Vertrags unstreitig aus der Zulassung erzielt hätte. Das ergibt einen Schaden von 4.705,91 €.

e) Davon ist allerdings, wie das Landgericht rechtsfehlerfrei ausführt, im Wege der Vorteilsausgleichung noch dasjenige abzuziehen, was die Klägerin durch die Nutzung des Fahrzeugs über 18.000 km erlangt hat. Auch die vom Landgericht vorgenommene Schätzung nach § 287 ZPO auf Grundlage einer angenommenen Gesamtleistung von 250.000 km ist nicht zu beanstanden. Das ergibt eine abzuziehende Nutzungsentschädigung von 4.169,94 €. Der von der Beklagten zu ersetzende Schaden beträgt mithin 535,97 € (4.705,91 € - 4.169,94 €).

aa) Dabei kann dahin gestellt bleiben, ob diese Kilometer tatsächlich daher rühren, dass ein Mitarbeiter der Klägerin das Fahrzeug genutzt hat, was die Beklagte bestreitet. Allein maßgeblich ist, dass die Nutzung der Klägerin zuzurechnen ist, was an sich unstreitig ist.

bb) Soweit die Beklagte meint, es sei ein höherer Betrag abzuziehen, da die Klägerin das Fahrzeug nach deren erstinstanzlichen Vortrag als Werkstattwagen verwendet habe und bei einer Vermietung Tagessätze von über 120,- € pro Tag erzielt werden könnten, greift das nicht durch. Die Klägerin hat zu keinem Zeitpunkt vorgetragen, das Fahrzeug als Mietwagen eingesetzt zu haben. Konkret behauptet dies auch die Beklagte nicht, sondern stellt lediglich Vermutungen an, für die es keinerlei Anhaltspunkte gibt.

cc) Die Argumentation der Klägerin, sie habe aus der Nutzung des Fahrzeugs keinen geldwerten Vorteil gezogen, überzeugt nicht.

Sie meint, die Nutzung zu keiner Ersparnis geführt, weil sie über einen Fahrzeugpool mit weiteren vorverkauften Vorführwagen verfüge, wobei teilweise eine Laufleistung von erheblich mehr Kilometern vereinbart als es im streitgegenständlichen Kaufvertrag der Fall gewesen sei. Hätte das streitgegenständliche Fahrzeug nicht genutzt werden können, hätte der Mitarbeiter ein anderes Fahrzeug benutzt.

Das verkennt aber, dass eine Fahrleistung von 18.000 km bei jedem Fahrzeug zu einer mehr als unerheblichen Wertminderung und Abnutzung führt. Hätte der Mitarbeiter der Klägerin ein anderes Fahrzeug nutzen müssen, wären die Wertminderung und Abnutzung dort eingetreten, was im Falle des Verkaufs zu einem entsprechend geringeren Kaufpreis geführt hätte.

dd) Die Ausführungen des Landgerichts dazu, den Nutzungsvorteil nach § 287 ZPO unter Berücksichtigung einer Gesamtleistung von 250.000 € nach der linearen Berechnungsmethode auf 4.169,94 € zu schätzen, begegnet ebenfalls keinen Bedenken.

Die vom Landgericht angenommene Gesamtleistung erscheint realistisch und wird von den Parteien auch nicht angegriffen.

Auch die Schätzung auf Grundlage eines linearen Wertverlusts ist nicht zu beanstanden.

(1) Zwar ist der Einwand der Beklagten zutreffend, dass Neuwagen in der ersten Zeit nach der Erstzulassung einen besonders starken Wertverlust erleiden. Eine Korrektur der Schadensberechnung zugunsten der Beklagten ist deshalb aber nicht geboten. Denn der überproportional hohe Wertverlust eines Neuwagens im ersten Jahr nach der Erstzulassung kommt nicht allein durch die in jener Zeit gefahrenen Kilometer zustande, sondern tritt auch allein durch Zeitablauf ein. Dafür ist aber die Beklagte aufgrund ihrer Vertragsverletzung einstandspflichtig. Zudem ist im Wege der Vorteilsausgleichung nur das zu berücksichtigen, was der Klägerin tatsächlich als Vorteil zugeflossen ist. Der sich durch Zeitablauf ergebende Wertverlust korreliert jedoch nicht mit einem entsprechenden Vermögensvorteil auf Seiten der Klägerin.

(2) Ein weiterer Abzug ist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht deshalb zu machen, weil auch ohne Nutzung des Fahrzeugs allein durch Zeitablauf ein erheblicher Wertverlust eingetreten wäre und es bei bloßem Abstellen auf dem Firmengelände einen Standschaden (z.B. platte Reifen, Probleme mit der Elektronik und der Batterie) erlitten hätte, was „Wiederherstellungskosten“ von ca. 3.000,00 € verursacht hätte.

Die Klägerin will mit dieser Argumentation die Grundsätze der hypothetischen Kausalität bzw. des „Sowieso-Schadens“ (vgl. dazu Münchener Kommentar/Oetker, BGB, 8. Auflage 2019, § 249 Rn. 207 ff.) auf die Vorteilsausgleichung anwenden. Das überzeugt aber nicht.

Reserveursachen sind im Rahmen der Schadensberechnung grundsätzlich beachtlich (vgl. z.B. OLG Hamm, Urteil vom 16. Januar 2018 - 7 U 7/17, juris Rn. 21). Diese Rechtsprechung ist aber auf die hier vorliegende Frage nicht übertragbar. Im Streitfall geht es darum, dass der Klägerin

durch die Nutzung des Fahrzeugs tatsächlich ein Vermögensvorteil zugeflossen ist. Was ohne die Nutzung geschehen wäre, ist für die Höhe dieses Vermögensvorteils ohne Belag. Er entfällt gerade nicht dadurch, dass ohne die klägerische Nutzung des streitgegenständlichen Fahrzeugs ein höherer Schaden entstanden wäre, für den die Beklagte eintreten müsste. Durch die Nutzung des Fahrzeugs über 18.000 km hat die Klägerin einen höheren Schaden verhindert. Dazu wäre sie im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht zwar nicht verpflichtet gewesen, die ihr dadurch zugeflossenen geldwerten Vorteile sind aber zu berücksichtigen.

3. Die Schadensersatzpflicht umfasst, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, die vorgerichtlichen Anwaltskosten, allerdings nur aus einem Streitwert bis 600 €. Das sind einschließlich der Pauschale von 20 € für Post und Telekommunikation 124 €. Mehrwertsteuer auf die vorgerichtlichen Anwaltskosten macht die Klägerin nicht geltend.

4. Auch die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen hat das Landgericht zutreffend bejaht.

III.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Rücknahme der Berufung durch die Klägerin wirkt sich auf die Kostenquote nicht aus, da die Rücknahme nach Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgte und damit eine teilweise Reduzierung der Gerichtskosten von einer 4,0er-Gebühr auf eine 2,0-er Gebühr nicht erfolgt ist, vgl. VV 1213.

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

IV.

Gründe, gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.