

Titel:

Schadenersatz, Verjährung, Arglistiges Verschweigen, Organisationsverschulden, Beweislast, Vorteilsausgleichung, Zinsen

Schlagworte:

Schadenersatz, Verjährung, Arglistiges Verschweigen, Organisationsverschulden, Beweislast, Vorteilsausgleichung, Zinsen

Rechtsmittelinstanzen:

OLG Bamberg, Hinweisbeschluss vom 29.08.2022 – 3 U 61/22

OLG Bamberg, Beschluss vom 10.10.2022 – 3 U 61/22

BGH, Beschluss vom 08.11.2023 – VII ZR 200/22

Tenor

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 63.180,50 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 31.01.2020 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 16 % und der Beklagte 84 % zu tragen.

3. Das Urteil ist jeweils gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Beschluss

Der Streitwert wird bis zur teilweisen Klagerücknahme am 17.01.2029 auf 76.461,93 €, seitdem auf 75.955,58 € festgesetzt.

Tatbestand

1

Die Parteien fordert in ihrer am 24.12.2019 erhobenen Klage Schadenersatz aus der vom Beklagten durchgeführten Montage einer Photovoltaikanlage auf dem Haus der Klägerin.

2

Die Klägerin erwarb 2010 ein Einfamilienhaus in ... und ließ das komplette Satteldach für 63.626,05 € durch die Firma ... sanieren. 2011 beauftragte die Klägerin den Beklagten mündlich, eine Photovoltaikanlage zu liefern und auf der Südseite des Daches zu montieren. Die Anlage wurde von der Klägerin noch 2011, in Betrieb genommen und die Rechnung des Beklagten beglichen. Bei der Montage unterliefen dem Beklagten bzw. seinen Mitarbeitern mehrere Fehler: die verwendeten Unterlegplatten und Dachhaken waren für die verbauten Dachziegel nicht zugelassen, die Konterlattung wurde beschädigt, Stromzuleitungs- und Erdungskabel wurden ohne Abdichtungsmanschetten zwischen Dachstein und Schalung verlegt, es wurden Löcher in das Dach gebohrt und es wurde bei jedem Dachstein das Doppelfaltsystem mit einem Hammer abgeschlagen. Die Photovoltaikanlage wurde nach Errichtung von der Klägerin in Betrieb genommen und die Vergütung an den Beklagten ungekürzt gezahlt.

3

Bereits 2014 kam es zu einem erheblichen Wassereintritt in das Gebäude nach einem heftigen Regen. Die Schadensursache konnte damals nicht festgestellt werden, der Schaden wurde durch die Gebäudeversicherung der Klägerin reguliert. 2016 kam es zu einem erneuten Wassereintritt. Anlässlich der Regulierung durch die Gebäudeversicherung der Klägerin und die anschließende Inanspruchnahme des Beklagten wurden die oben genannten Ausführungsmängel bei der Montage der Fotovoltaikanlage von zwei Sachverständigen festgestellt. Dabei wurde auch festgestellt, dass die, Firma ... bei der Dachsanierung 2010 keine Nagelschutzbahn auf das Unterdach aufgebracht hatte. Die Haftpflichtversicherung des Beklagten bot nach Inanspruchnahme eine pauschale Entschädigung in Höhe von 10.000 € an, lehnte

darüber hinaus jedoch eine Regulierung ab. Im Herbst 2017 ließ die Klägerin die Südseite des Daches sanieren, dabei wurden auf der Südseite des Daches auch die Nagelschutzbahnen nachgerüstet. Es wurden die im Jahre 2010 bereits verwendeten Dachziegel wiederverwendet. Hierbei wendete die Klägerin für Arbeiten der Firma ... 62.500,86 € auf, wobei hiervon 506,35 € netto auf die Nachrüstung des Nagelschutzbands entfielen. Bereits 2016 wandte die Klägerin für Abbauarbeiten der Firma ... zur Ergründung der Ursache des Wasserschadens einen Betrag von 6.612,07 € und für die Firma ... zur Beseitigung des Wasserschadens einen weiteren Betrag von 7.349 € auf.

4

Die Klägerin behauptet, dass die oben genannten Schäden bei Montage der Photovoltaikanlage den Schluss zuließen, dass bei der Montage derselben schwerste Ausführungsfehler begangen worden seien. Dem Beklagten bzw. seinen Mitarbeitern habe es bei Ausführung der Arbeiten an jeglicher Fachkunde gefehlt. Weiterhin behauptet die Klägerin, dass das Fehlen des Nagelschutzbands nicht ursächlich für den Wassereintritt gewesen sei sowie, dass die Nordseite des Daches bis heute trotz Fehlens eines Nagelschutzbandes vollständig dicht und funktional sei. Weiterhin behauptet die Klägerin, dass ihr für die vorgerichtliche Rechtsverfolgung Kosten in Höhe von 1.999,50 € entstanden seien.

5

Die Klägerin ist der Ansicht, dass der Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten nicht verjährt sei, nachdem insoweit von Arglist des Beklagten auszugehen sei. Der Anspruch ergebe sich aus § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 BGB. Zudem seien die Mehraufwendungen für das Nachrüsten des Nagelschutzbandes keine Sowiesokosten, sondern nur eine Vorteilsausgleichung, die jedoch mangels beabsichtigtem Verkauf des Anwesens nicht eintrete.

6

Die Klägerin beantragt,

nach teilweiser Klagerücknahme mit Schriftsatz vom 17.09.2020, Blatt 69 der Akte, zuletzt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 75.955,58 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten oberhalb des jeweiligen Basiszinssatzes sei Klagezustellung zu zahlen.

2. Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.999,50 € zu zahlen.

7

Der Beklagte beantragt

Klageabweisung.

8

Der Beklagte beruft sich darauf, dass das Dach der Klägerin bereits vor der insoweit nicht bestrittenen Mangelhaftigkeit der Montage der PV-Anlage nicht ordnungsgemäß erstellt worden sei, weil die zum damaligen Zeitpunkt in den Richtlinien bereits vorgeschriebenen Nagelschutzbänder nicht verwendet wurden. Insoweit behauptet der Beklagte, dass die Nachrüstung dieser Nagelschutzbänder mit denselben Kosten einhergehe wie die Beseitigung der durch die Montage der Fotovoltaikanlage entstandenen Mängel. Bereits deshalb sei die Klage unbegründet.

9

Der Beklagte ist der Ansicht, dass eine konkludente Abnahme nach § 640 BGB erfolgt sei, da die Klägerin die Anlage 2011 in Betrieb genommen und über Jahre verwendet habe. Zudem sei die Vergütung bezahlt worden. Der Beklagte beruft sich auf Verjährung. Insoweit verweist der Beklagte darauf, dass eine PV-Anlage kein Bauwerk im Sinne von § 634 Abs. 1 Nummer 2 BGB sei und damit Mängelansprüche gemäß § 634 a Abs. 1 Nummer 1 BGB mit Ablauf des 31.12.2012 verjährt seien. Die 2-jährige Verjährungsfrist gelte auch für Mangelfolgeschäden bzw. Schadensersatzansprüche neben der Leistung. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheitere bereits an einem Verschulden des Beklagten. Weiterhin ist der Beklagte der Ansicht, dass die geltend gemachten Gebühren für die vorgerichtliche Inanspruchnahme anwaltliche Vertretung nicht angemessen abgerechnet seien. Eine Gebühr in Höhe von 1,5 sei für diese Angelegenheit nicht angemessen.

10

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen Dieser hat zunächst sein Gutachten vom 23.12.2020 schriftlich erstattet, Blatt 87 ff. der Akte sowie unter dem 26.05.2021 schriftlich ergänzend Stellung genommen, Blatt 176 ff. der Akte. Ergänzend wurde der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 17.01.2022 angehört. Insoweit wird Bezug genommen auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 17.01.2022 sowie auf die vorausgegangene Güteverhandlung vom 27.08.2020 sowie auf die ausgetauschten Schriftsätze der Parteien samt Anlagen.

Entscheidungsgründe

11

Die gemäß §§ 17, 253, 256 ZPO, §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 2 GVG in zulässiger Art und Weise erhobene Klage ist vollumfänglich begründet.

I.

12

Die Klägerin hat gegen den Beklagten Anspruch auf Schadenersatz aus § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 BGB.

13

1. Die Ansprüche der Klägerin sind nicht verjährt.

14

a) Die Gewährleistungsfrist gemäß § 634 a Abs. 1 Nummer 2 BGB ist zum Zeitpunkt der Erhebung der Klage am 24.12.2019 bereits abgelaufen. Insoweit kann grundsätzlich dahinstehen, ob es sich bei der streitgegenständlichen Photovoltaikanlage um ein Bauwerk handelt. Insoweit bestehen widersprüchliche Entscheidungen des BGH. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin auf ein bereits 2010 saniertes Dach in 2011 „lediglich“ eine Photovoltaikanlage nachrüsten lassen. Inwiefern somit das Erfordernis von Umbauarbeiten, die für Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind, hier gegeben sind, ist fraglich. In seiner Entscheidung vom 10.01.2019 – VII ZR 184/17 – stellt der BGH jedoch darauf ab, dass bei integrierten Fotovoltaikanlagen die typische Risiko vorliegt, die die Anwendbarkeit der verlängerten Verjährungsfrist rechtfertigt. Dies ergebe sich daraus, dass sich auch hier, d.h. bei der nachträglichen Anbringung einer Photovoltaikanlage ohne darüber hinausgehende Umbauarbeiten, Mängel typischerweise erst weit nach Abschluss des Bauvorhabens zeigen. Dies ist auch vorliegend der Fall. Das Gericht geht daher bei der PV-Anlage zwar von einem Bauwerk aus, jedoch war zum Zeitpunkt der Erhebung der Klage auch die 5-jährige Gewährleistungsfrist des § 634 a Abs. 1 Nummer 2 BGB bereits abgelaufen. Die Klägerin hat die Photovoltaikanlage nach Errichtung desselben 2011 in Betrieb genommen und die Vergütung bezahlt. Insoweit ist auch von einer zeitnahen Abnahme der Anlage nach Errichtung auszugehen.

15

b) Jedoch greift vorliegend die Frist gemäß § 634 a Abs. 3 BGB in Verbindung mit § 195 BGB. Gemäß § 199 Abs. 1 BGB ist in diesem Fall auf die Kenntnis der Klägerin von den den Anspruch begründenden Umständen abzustellen. Weitere Voraussetzung ist, dass der Beklagte die Mängel bei Montage der Fotovoltaikanlage der Klägerin arglistig verschwiegen oder aber dass dem Beklagten ein Organisationsverschulden hinsichtlich seiner Mitarbeiter zur Last gelegt werden kann. Arglistig handelt der Unternehmer, wenn er den Mangel kennt oder seine Möglichkeit billigend in Kauf nimmt, d.h. er ist sich bewusst, dass dieser für die Entscheidung des Bestellers über die Abnahme erheblich ist und offenbart ihn dennoch nicht. Fahrlässige Unkenntnis des Unternehmers genügt insoweit nicht, er muss den Mangel als solchen wahrnehmen. Dem gleichstehen kann jedoch eine Verletzung der Organisationsobliegenheit des Unternehmers. Dazu muss es der Unternehmer bewusst unterlassen haben, die organisatorischen Voraussetzungen zu schaffen, um die Mangelfreiheit des Werkes beurteilen zu können. Zudem muss der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt werden und der Organisationsfehler muss ein der Arglist vergleichbares Gewicht haben (Palandt, § 634 a Rn. 12).

16

Hiervon geht das Gericht nach Anhörung des Sachverständigen ... aus. Der Sachverständige ... erklärte in der Anhörung am 17.01.2022, dass die unstreitig vorliegenden Mängel bei der Montage der Fotovoltaikanlage hätten bemerkt werden müssen und dass ein gewissenhafter Facharbeiter dies so nicht hätte stehen lassen. Der Sachverständige gab weiter an, dass zur Montage der Dachhaken zu starke Schrauben durch die Konterlatten geschraubt worden wären, sodass Schäden an der Unterdeckbahn entstanden seien. Dies sei nach Einschätzung des Sachverständigen ein grober Fehler, da daraus zwingend der Schluss gezogen werden müsse, dass das Dach dann nicht mehr dicht halte.

17

Zwar blieb vorliegend unklar, inwiefern der Beklagte selbst bei den Montagemaßnahmen zugegen war. Im Ergebnis steht jedoch nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen ... fest, dass vom Beklagten oder seinen Mitarbeitern grobe Fehler begangen wurden, die man hätte bemerken müssen. Zwar fehlt es insoweit an detailliertem Vortrag der Klagepartei, inwiefern der Beklagte selbst diese Menge wahrgenommen hat oder inwiefern dieser die Arbeiten seiner Mitarbeiter kontrollierte. An das Vorbringen des Bestellers dürfen jedoch nach Entscheidung des BGH (BGH BauR 14, 1023) keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Insbesondere könne bei gravierenden Mängeln an besonders wichtigen Gewerken oder offensichtlichen Mängeln, die durch nachfolgende Arbeiten alsbald verdeckt werden, von Arglist ausgegangen werden (BGH-NJW 05, 893). Genauso liegt es hier. Nach den Ausführungen des Sachverständigen waren die der zuvor intakten Dachhaut zugefügten Beschädigungen durch zu starke Schrauben offensichtlich. Der Beklagte hat entweder diese Mängel zur Kenntnis genommen, ohne sie der Klägerin zu offenbaren oder er hat es versäumt, die Arbeit seiner Mitarbeiter entsprechend auf derart grobe Fehler zu kontrollieren.

18

c) Kenntnis der Klägerin von den den Anspruch begründenden Umständen ist erst nach Feststellung der Ursache für den zweifachen Wassereintritt im Jahr 2016 anzunehmen. Die Klägerin hat nach dem erstmaligen Wassereintritt im Jahr 2014 eine Leckageortungsfirma mit der Ermittlung der Ursache des Wassereintritts beauftragt, die die Ursache jedoch nicht feststellen konnte. Das Gericht schließt sich insoweit der Argumentation der beklagten Partei nicht an, dass die Klägerin bereits im Jahr 2014 habe den Schluss ziehen müssen, dass der Beklagte die Ursachen für den Wassereintritt gesetzt habe. Soweit überzeugt auch nicht, dass die beklagte Partei gehalten gewesen wäre, im Jahre 2014 Mängelansprüche gegenüber der ... geltend zu machen. Die Ermittlungsmaßnahmen im Jahre 2014 führten ja gerade zu keinem Ergebnis, sodass die Klägerin weder die ... noch den Beklagten erfolgsversprechend mit Gewährleistungsansprüchen überziehen konnte. Von einer fahrlässigen Unkenntnis der Klägerin im Jahr 2014 kann daher nicht ausgegangen werden. Stattdessen hat die Klägerin erst nach dem weiteren Wasserschaden im Jahr 2016 durch die Gutachten der Wohngebäudeversicherung Kenntnis davon erlangt, dass der Wassereintritt durch die mangelhafte Montage der Fotovoltaikanlage verursacht wurde. Damit begann die regelmäßige Verjährungsfrist mit Ablauf des Jahres 2016 und endete mit Ablauf des Jahres 2019. Die Klageerhebung am 25.12.2019 war damit gerade noch rechtzeitig.

19

2. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass durch den Beklagten bei Montage der Fotovoltaikanlage Schäden am Dach der Klägerin entstanden sind. Hieraus ergeben sich Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten aus § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 BGB. Das Verschulden des Beklagten wird insoweit vermutet, eine Exkulpation ist dem Beklagten nicht gelungen.

20

Der Sachverständige ... führt in der mündlichen Verhandlung vom 17.01.2022 aus, dass dem vom Beklagten bzw. dessen Mitarbeitern verwendeten Montagematerial auch Nageldichtbänder nicht standgehalten hätten und zerstört worden wären, wären sie denn bereits vorhanden gewesen. Insoweit ist eindeutig festgestellt, dass das Fehlen der Nageldichtbänder zum Zeitpunkt der Montage der Fotovoltaikanlage keinen Einfluss auf den Schadenseintritt hatte und damit auch kein der Klägerin zuzurechnendes Mitverschulden vorliegt.

21

3. Die von der Klägerin geltend gemachten Schadenspositionen in Höhe von insgesamt 76.461,93 € sind grundsätzlich unstreitig.

22

a) Soweit die Beklagte den Abzug von Sowiesokosten für die Nachrüstung der Nagelschutzbänder auf der Südseite des Daches, geht auch dieser Einwand in Gänze fehl. Während bis zur mündlichen Anhörung des Sachverständigen am 17.01.2022 das Gericht, und wohl auch die Parteien, davon ausgingen, dass die Nageldichtbänder den Schadenseintritt hätten verhindern können, führte der Sachverständige nachvollziehbar aus, dass die Art und Weise, wie durch den Beklagten die Dachhaken der Photovoltaikanlage auf der Dachkonstruktion der Klägerin montiert wurden, auch dazu geführt hätte, vorhandene Nageldichtbänder irreversibel zu beschädigen. Im Ergebnis spielt es daher für den Schadenseintritt keine Rolle, ob die Firma ... im Jahr 2010 das Dach regelgerecht mit Nageldichtbändern hergestellt hätte. Weiter führte der Sachverständige aus, dass alleine das Fehlen der Nagel Dichtbänder keine Veranlassung für die Klägerin dargestellt hätte, das Dach in absehbarer Zeit damit nachzurüsten. Nach Überzeugung des Gerichts kann daher für eine Vorteilsausgleichung bei der Klägerin nicht Maßstab sein, was eine isoliert betrachtete Nachrüstung der Nageldichtbänder auf der Südseite des Daches an Kosten verursacht hätte. Das Gericht hat daher insoweit auch keine weitere Stellungnahme des Sachverständigen im Hinblick auf die Ausführungen im Schriftsatz der beklagten Partei vom 31.01.2022 (Bl. 226 unten ff.) eingeholt.

23

b) Der Sachverständige ... hat in der mündlichen Verhandlung weiterhin nachvollziehbar ausgeführt, dass für die Reparatur der durch den Beklagten verursachten Schäden bei Montage der Fotovoltaikanlage eine komplette Ab- und Neueindeckung der Südseite des Daches erforderlich war. Dieselben Arbeiten wären bei Nachrüstung der Nageldichtbänder angefallen. Eine solche Nachrüstung wäre jedoch – wie bereits ausgeführt – nur wenige Jahre nach Neuentdeckung des Daches nicht veranlasst gewesen.

24

Von den Reparaturkosten abzuziehen sind jedoch diejenigen Kosten, die in der Rechnung der Firma ... auf die Anbringung der Nagel Gedichtbänder entfallen. Diese betragen ausweislich der Rechnung (Anlage K9) vom 24.11.2017 auf 506,35 € brutto. Insoweit hat die Klagepartei mit Schriftsatz vom 17.09.2020 bereits die Klage teilweise zurückgenommen.

25

Weiterhin ist aber zu berücksichtigen, dass die Dacheindeckung der Südseite des Daches nunmehr 7 Jahre jünger ist als bei der 1. Entdeckung im Jahre 2010. Insoweit ist im Wege der gerichtlichen Schätzung nach § 287 BGB ein Abzug neu für alt vorzunehmen, wobei zu berücksichtigen ist, dass bei der Sanierung im Jahr 2017 die Dachziegel von 2010 wiederverwendet wurden. Der Sachverständige ... führte in der mündlichen Anhörung insoweit auf Frage des Gerichts aus, dass bei einer Einwirkung ohne Verwendung von Nagel Gedichtbänder erfahrungsgemäß mit Problemen nach 15 Jahren gerechnet werden muss. Die allgemeine Lebenszeit eines ordnungsgemäß eingedeckten Daches schätzte der Sachverständige auf 40 Jahre. Bei einer Gegenüberstellung des 2010 erstellten Daches der Klägerin ohne Nagel Gedichtbänder und des nunmehr 2017 sanierten Dach mit Nagellichtbändern kam der Sachverständige zu einem zu erwartenden Delta der Lebensdauer von etwa 5 Jahren. Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass die Klägerin durch die Neuentdeckung 2017, nunmehr mit Nagel Gedichtbänder an, ein um 7 Jahre jüngerer Dach erhalten hat. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Dachziegel von 2010 wiederverwendet wurden. Andererseits ist darüber hinaus in die Schätzung einzustellen, dass das Dach mit Nageldichtbändern nach Einschätzung des Sachverständigen nunmehr eine geschätzte längere Lebenserwartung von 5 Jahren haben wird. Das Gericht geht bei seiner Schätzung daher von einem Vorteilsabzug von 5 Jahren für die bessere Ausführung mit Nageldichtbändern und von 3,5 Jahren für den zeitlichen Vorteil durch die Neuentdeckung im Jahr 2017, allerdings mit den gebrauchten Dachziegeln, und damit in Summe von 8,5 Jahren Vorteilsausgleichung aus. Bei einer zu erwartenden Lebensdauer von 40 Jahren bei einem fachgerecht erstellten Dach ergibt sich so ein Abzug von 21,25 %. Für die Sanierungskosten des Daches ergibt sich dann nach Abzug dieses Vorteils der Klägerin ein Betrag von 49.219,43 € (62.500,86 € – 21,25 %).

26

Hier hinzuzuaddieren sind die weiteren Schadenspositionen für die Abbauarbeiten der Fotovoltaikanlage (6.612,07 €) und die eigentliche Beseitigung des Wasserschadens im Haus (7.349 €). In Summe beträgt der Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten daher 63.180,50 €.

II.

27

Der Anspruch der Klägerin ergibt sich darüber hinaus in gleicher Höhe auch aus § 831 Abs. 1 BGB. Die Mitarbeiter des Beklagten verursachten unstreitig bei Ausführung des Auftrags im Interesse des Beklagten und abhängig von dessen Weisungen unfachmännisch Schäden am Dach der Klägerin. Die Schäden entstanden auch bei Ausführung der beauftragten Montage und nicht bloß bei Gelegenheit.

28

Eine Exkulpation des Beklagten ist nicht erfolgt. Der Sachverständige ... hat ausgeführt, dass die verursachten Schäden einem Fachmann nicht passieren dürfen und zudem vor der Wiedereindeckung des Dachs offenkundig waren, also aufgefallen wären. Der Beklagte hat nicht nachgewiesen, dass er seine Mitarbeiter sorgfältig ausgewählt und bei der Arbeit regelmäßig überwacht hat.

III.

29

Der Klägerin stehen desweiteren Zinsen seit Rechtshängigkeit zu, jedoch, nachdem es sich bei der Klägerin um eine Verbraucherin handelt, lediglich in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

30

Der Klägerin stehen jedoch keine weiteren Nebenforderungen zu; der Beklagte hat den Anfall und die Bezahlung der außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren bestritten. Die Klagepartei hat darauf nicht repliziert; ein Hinweis nach gem. § 139 Abs. 2 ZPO nicht erforderlich.

IV.

31

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO.