OLG Nürnberg, Endurteil v. 05.06.2024 – 2 U 773/23

Titel:

Schadensersatz, Kostenvorschuss, Vertragskündigung, Mängelbeseitigung, Zurückbehaltungsrecht, Ablöseanspruch, Streitwert

Schlagworte:

Schadensersatz, Kostenvorschuss, Vertragskündigung, Mängelbeseitigung, Zurückbehaltungsrecht, Ablöseanspruch, Streitwert

Vorinstanzen:

LG Nürnberg-Fürth vom 10.01.2022 – 12 O 3691/21

LG Nürnberg-Fürth vom -- – 12 O 3691/21

Rechtsmittelinstanz:

BGH, Beschluss vom 07.05.2025 – VII ZR 110/24

Tenor

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger und O 514,77 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 24.4.2024 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte 9.678 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus der jeweiligen Monatsrate in Höhe von 249,12 Euro für die Monate Februar 2019 bis Juni 2020 sowie Januar 2021 bis April 2022 und in Höhe von 242,84 Euro für die Monate Juli 2020 bis Dezember 2020 seit dem 3. Werktag des jeweiligen Monats zu bezahlen.

4. Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte monatliche Raten in Höhe von 249,12 Euro ab Mai 2022 bis April 2023, und in Höhe von 216,70 Euro von Mai 2023 bis Januar 2029, fällig jeweils zum ersten jeden Monats zuzüglich Zinsen aus der jeweiligen Monatsrate in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 3. Werktag des jeweiligen Monats zu bezahlen.

5. Der Kläger wird verurteilt, die Beklagte und Widerklägerin von ihrer Verpflichtung zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 200,70 Euro freizustellen.

II. Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

III. Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

IV. Die weitergehende Widerklage wird abgewiesen.

V. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz.

VI. Von den Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen der Kläger 67 Prozent und die Beklagte 33 Prozent.

VII. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

VIII. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 31.069,25 € (davon Berufung des Klägers 4.937,41 €) festgesetzt.

Entscheidungsgründe

A.

1
Der Kläger macht im Zusammenhang mit einem Vertrag über die Errichtung einer neuen Heizungsanlage in dem vom Kläger und seiner Ehefrau, der Zeugin O, bewohnten gemeinsamen Einfamilienhaus Schadensersatz- und Kostenvorschussansprüche geltend. Nach den Vertragsbedingungen blieb die Beklagte Eigentümerin der Anlage. Sie verlangte erstinstanzlich mit einer Widerklage rückständige und zukünftige monatliche (Leasing-)Zahlungen aus dem Vertrag.

B.

2
Mit Urteil vom 10.1.2022 hat das Landgericht Nürnberg-Fürth der Klage in Höhe von 8.020,07 Euro nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten stattgegeben.

3
Der Urteilsbetrag setzt sich wie folgt zusammen:

Vorschussbetrag für die vollständige Abdichtung des Öltanks:	5.429,30 Euro
Schadensersatz für ein beschädigtes Fenster:	514,77 Euro
Schadensersatz wegen Abtrennung des Schwimmbades:	2.076,00 Euro

4
Das Landgericht gab der Widerklage in Höhe von 9.678 Euro statt, davon in Höhe von 5.429,30 Euro Zug um Zug gegen Zahlung dieses Betrages aus dem zu Gunsten des Klägers ausgeurteilten Betrag. Darüber hinaus verurteilte das Landgericht den Kläger zur Freistellung der Beklagten von Anwaltskosten und zur Zahlung von Zinsen. Der Beklagten sprach das Landgericht damit die Raten für die Monate Feb. 2019 bis April 2022 zu.

5
Im Übrigen wurden Klage und Widerklage abgewiesen.

6
Auf die tatsächlichen Feststellungen auch zu den in der ersten Instanz gestellten Anträgen und die Entscheidungsgründe im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen, § 540 I ZPO.

C.

7
Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt.

8
I. Der Kläger rügt:

9
1. Dem Landgericht sei ein Zahlendreher bei der Zuerkennung der Schadensersatzposition „Abtrennung Schwimmbad“ unterlaufen: Es habe 2076 € statt 2760 € zugesprochen (Differenz:630 Euro)

10
2. Das Landgericht habe eine Stornorechnung in Höhe von 4.307,41 Euro übersehen Der Kläger beantragte zunächst:

I. Das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth wird wie folgt teilweise abgeändert:

1. Die Beklagte und Widerklägerin wird verurteilt, an den Kläger und Widerbeklagten einen Betrag in Höhe von 8.650,07 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 3.220,77 € seit dem 20.06.2020 und aus 5.429,30 € seit dem 17.09.2020 zu zahlen.

2. Die Beklagte und Widerklägerin wird verurteilt, an den Kläger und Widerbeklagten vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 808,12 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

3. Der Kläger und Widerbeklagte wird auf die Widerklage hin verurteilt, an die Beklagte und Widerklägerin einen Betrag in Höhe von 5.370,59 € zu bezahlen, jedoch nur Zug-um-Zug gegen Zahlung eines Betrags in gleicher Höhe durch die Beklagte und Widerklägerin nach Maßgabe von Ziffer 1 dieses Urteils.

4. Im Übrigen werden die Klage und die Widerklage abgewiesen.

II. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis nicht durch die in Gliederungsziffer 5. der Berufungsbegründung seitens der Beklagten ausgesprochene Kündigung beendet ist und ungekündigt fortbesteht.

III. Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

11
Seit der Sitzung vom 24.4.2024 beantragte er nunmehr, den in den bisherigen Anträgen enthaltenen Teilbetrag von 514,77 Euro an sich und seine Ehefrau O zu zahlen.

12
Die Beklagte beantragt,

1. Der Kläger wird verurteilt, 27.789,77 Euro nebst 1.200,72 Euro ausgerechnete Zinsen bis zum 17.4.2023 sowie weitere Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 27.789,77 Euro seit dem 18.4.2022 zu bezahlen.

2. Der Kläger wird verurteilt, die Beklagte von 346,30 Euro vorgerichtlicher Rechtsanwaltsvergütung freizustellen.

3. Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Hilfsweise:

1. Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte 14.411,28 Euro nebst ausgerechneten Zinsen in Höhe von 1.780,22 Euro nebst weiterer Tageszinsen in Höhe von 3,23606 Euro täglich ab dem 11.11.2023 zu zahlen.

2. Der Kläger wird verurteilt, die Beklagte von ihrer Verpflichtung zur Zahlung der vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltsvergütung in Höhe von 346,30 Euro gegenüber dem Prozessvertreter der Beklagten freizustellen.

3. Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte ab dem 1.12.2023 bis zum 1.1.2029 monatlich 249,12 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins, jeweils ab dem dritten Werktag eines Monats zu zahlen.

13
II. Die Beklagte beanstandet hinsichtlich der Klageforderung:

1. Mängelbeseitigungskosten

14
Es habe keine vertragliche Verpflichtung zur Sanierung des Öltanks gegeben.

2. Schwimmbadkosten

15
Es bestehe keine Verpflichtung, eine Totleitung anzuschließen. Ein Nutzungswille sei nicht erkennbar gewesen. Hierfür sei Sachverständigenbeweis angeboten worden. Die Behauptung einer mehrfachen Aufforderung, das Bad anzuschließen, sei bestritten. Der Kläger habe keinen Vorbehalt bei der Abnahme gemacht. Die Schwimmbadbesuche seien bestritten. Der Kläger habe keinen Besuchswillen gehabt. Der Anschluss der Leitungen sei im Juli 2020 erfolgt. Es hätte die Herstellungsmöglichkeit durch Dritte bestanden. Der Kläger habe gar keinen Nutzungswillen gehabt. Das ergebe sich schon aus der geplanten Warmwasserentnahme von nur 160 Liter.

3. Fensterkosten

- Sie habe die Liefer- und Montagekosten vollständig bezahlt, zum einen durch Bezahlung der Stornorechnung des Fensterbauers und zum anderen durch die unstreitige Teilzahlung

- Der Kläger habe unberechtigt die Annahme der Naturalrestitution verweigert. Die Rechtschutzversicherung habe namens und in Vollmacht des Klägers am 31.8.2021 die Beklagte darum gebeten zeitnah Naturalrestitution zu leisten. Der Wortlaut des Schreiben liest sich wie folgt:

„Herr B teilte mit, dass ein großes Stück aus dem beschädigten Fenster herausgebrochen sei.

Er fragt hier, wann eine Schadensbeseitigung nun erfolgt? … Wie ist der aktuelle Stand."

16
III. Die Widerklageforderung berechnet die Beklagte im Hauptantrag wie in der Anlage 1 zu Bl. 171, auf die Bezug genommen wird. Sie verlangt 27.789,77 Euro mit Rechnung vom 10.6.21 (Anlage zu Bl. 221) abzüglich der zugesprochenen Beträge (9.678 Euro) also noch 18.111,77 Euro. Dabei addiert die Beklagte die noch bis zum Vertragsende anfallenden Raten und lässt sich pauschal ersparte Aufwendungen abziehen. Sie verlangt nicht mehr Ratenzahlung, sondern macht einen vertraglich begründeten Ablösebetrag zum 30.6.2021 geltend.

17
Im Übrigen wird auf die Berufungsbegründung der Beklagtenpartei vom 17.4.2023 (Bl. 164) und deren Schriftsätze vom 2.6.2023 (Bl. 189), 5.10.2023 (Bl. 221),10.11.2023 (Bl. 283), 28.12.2023 (Bl. 249) sowie die Berufungsbegründung der Klagepartei vom 6.5.2023 (Bl. 176) und deren Schriftsätze vom 9.6.21 (Bl. 196) und 28.6.2023 (Bl. 213), 27.12.2023 (Bl. 244), 31.12.2023 (Bl. 250) und die Niederschriften vom 4.10.2023 (Bl. 216) und 24.4.2024 und die erteilten Hinweise mit Verfügung vom 13.6.2023 und Beschluss vom 27.10.2023 (Bl. 225) Bezug genommen.

D.

18
I. Die zulässige Berufung der Beklagten ist teilweise begründet.

19
1. Der Kläger hat keinen Anspruch auf einen Vorschuss für eine Tankabdichtung in Höhe von 5.439,30 Euro a) Der Kläger verlangt den Nettobetrag des Angebots der vom 21.8.2020 der Anlage K 16 in Höhe von 5.429,30 Euro. Das Angebot enthält folgende Positionen:

- Auspumpen, Heizölzwischenlagerung, Nachreinigung vor Sanierungsarbeiten

- Einbau einer Leckschutzauskleidung in einen Kellertank nach erfolgter Tankentleerung und -reinigung

- Verlegen von Füll- und Entlüftungsleitung mittels Spezialflanschen durch die Behälterdecke

- Hebersicherung mechanisch 3/8 – Abnahme durch Sachverständigen b) Der beweispflichtige Kläger hat nicht bewiesen, dass die Beklagte sich zu diesen, von der Beklagten unstreitig nicht erbrachten Leistungen zur „Abdichtung des Öltanks" verpflichtet hat.

20
(a) Die gegenteiligen Feststellungen des Landgerichts sind nicht tragfähig, da das Landgericht die Beweislast unzutreffend beurteilt hat und seine Entscheidung hierauf beruht. In seiner Begründung stellt das Landgericht darauf ab, dass der Beklagten der Beweis nicht gelungen sei, dass das vom Kläger vorgelegte Angebot durch eine Seite 2 eingeschränkt gewesen sei. Dies sei ihr auch nicht durch die Aussage des Zeugen R gelungen.

21
(b) Beweisbelastet für das Leistungssoll bei einem Werkvertrag ist jedoch nach allgemeinen Grundsätzen der Besteller. Er muss beweisen, welches Werk i.S.v. § 631 BGB ihm versprochen wurde.

22
(c) Zweifel an der Darstellung des Klägers ergeben sich nicht nur daraus, dass sich am Ende der unstreitig übersandten Seite 1 der Hinweis findet: „Seite 1/2". Hiermit hat sich das Landgericht nicht auseinandergesetzt. Der Hinweis mag zwar leicht zu übersehen sein und das Ausbleiben einer Rückfrage des Klägers dadurch erklärbar sein. Der Hinweis ist jedoch ein Indiz dafür, dass die einschränkende

Erläuterung der Seite 2 mit der Seite 1 tatsächlich übersandt wurde. Er schränkt auch objektiv erkennbar den Erklärungswert der Seite 1 ein. Seite 2 wird eingeleitet durch den Satz: „Im Folgenden werden die einzelnen Positionen unseres Angebots im Detail angezeigt.“ Unter Ziffer „4 Montageleistung Abdichtung des Ölranks“ steht der Satz: „Die Befülleinrichtung und die Entnahmeeinrichtung am Stahltank abdichten – siehe Fotos“.

23
(d) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Überlegung des Landgerichts, dass die Beklagte ein funktionstaugliches Werk schuldet und die Beklagte eine Einschränkung dieser Leistungspflicht zu beweisen hätte.

24
Wenn für eine neue Heizung eine alte Tankanlage weiter verwendet werden soll und deren Überprüfung ergeben hat, dass Maßnahmen nur im Bereich der Befülleinrichtung und der Entnahmeeinrichtung notwendig sind, wie es die Beklagte darstellt, ist die Funktionsfähigkeit gewahrt. Das Landgericht stellte fest, dass der Zeuge H sich die Anlage anschauen sollte. Zum Zustand wurden Fotos gemacht.

25
Der Kläger hat trotz Hinweises nicht vorgetragen, dass eine Undichtigkeit des Tanks tatsächlich vorlag und auch vom Zeugen H festgestellt wurde. Die Argumentation, dass „der Heizöltank dankenswerterweise noch nicht an den undichten Stellen aufgeplatzt ist“ im letzten Schriftsatz kann vom Senat nicht nachvollzogen werden. Denkbar wäre, dass zum Zeitpunkt der Auftragserteilung im Jahr 2018 der Zustand des Tanks die Gefahr einer künftigen Undichtigkeit besorgen ließ. Hierzu trägt der Kläger aber nichts Konkretes vor.

26
(e) Für die Darstellung der Beklagten spricht auch objektiv der Vergleich der nun geltend gemachten Kosten mit dem damaligen Angebotspreis der Beklagten. Die nun geltend gemachten Kosten betragen das Neunfache des Angebotspreises, ohne dass sich dies durch zwischenzeitliche Änderungen der Umstände erklären ließe.

27
2. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen der Abtrennung einer Leitung zum Schwimmbad, und zwar weder in der geltend gemachten Höhe von 2.760 Euro noch in der wohl auf Grund eines Versehens ausgeurteilten Höhe von 2.076 Euro.

28
a) Das Landgericht hat zu Unrecht einen Anspruch nach §§ 634 Nr. 4, 280 BGB bejaht, weil der Kläger den geltend gemachten Vermögensschaden nicht schlüssig dargelegt hat.

29
Der Kläger macht als Schadensersatz nicht etwa die Mangelbeseitigungskosten eines Anschlusses seines Schwimmbades als Schaden geltend, sondern Kosten für den Besuch eines öffentlichen Bades. Dies stellt einen Mangelfolgeschaden dar. Die Geltendmachung setzt einen Vermögensvergleich voraus, zwischen den geltend gemachten Kosten, die die Badbesuche verursachten und den Kosten die dem Kläger in der gleichen Zeit entstanden wären, wenn die Beklagte den Anschluss vertragsgemäß vorgenommen hätte. Hierzu hat der Kläger trotz Hinweises nichts vorgetragen. Die Weigerung, einen Vermögensvergleich vorzunehmen, kann der Kläger nicht dadurch rechtfertigen, dass er darin einen „zu weitgehenden und durch nichts gerechtfertigten Eingriff in die Vermögens- und private Erlebnissphäre“ sieht (Bl. 246).

30
b) Auf die weiteren Einwände der Beklagten gegen den Grund des Anspruchs kommt es daher nicht an. Es kann somit dahinstehen, ob und wann der Kläger den Anschluss des Schwimmbades an den Heizkreislauf gefordert hat, ob der Anschluss als sogenannte „Totleitung“ unzulässig gewesen wäre oder ob die Feststellungen des Landgerichts zum Nutzungswillen tragfähig sind. Auch dem Mitverschuldenseinwand muss nicht nachgegangen werden, der damit begründet wird, dass der Kläger durch Beauftragung eines Dritten mit dem Anschluss den geltend gemachten Schaden geringer hätte halten können. Schließlich kann offen bleiben, ob die Heizungsanlage überhaupt zur Beheizung des Schwimmbads ausreichend dimensioniert war.

31

c) Auch ein abstrakter Nutzungsersatz für die Vorhaltung eines Schwimmbades wäre nicht geschuldet (BGH 28.2.1980, BGHZ 67,197).

32
3. Der Kläger konnte im Hinblick auf das unstreitig von der Beklagten beschädigte Fenster keinen weiteren Schadensersatz in Höhe von 514,77 Euro zur Zahlung an sich verlangen.

33
a) Der Senat hält zwar an den im Hinweis vom 27.10.23 geäußerten Bedenken nicht mehr fest, wonach die Dispositionen der Beklagten zur Reparatur des Fensters und die damit dieser entstandenen Stornokosten dem Anspruch entgegenstehen könnten.

34
Der Kläger hat auf seinen schon erstinstanzlich erfolgten Vortrag zu einer E-Mail der Beklagten vom 18.2.2019 hingewiesen (Anlage K 17). Darin heißt es in der Tat: „Ich habe mit Herrn B schon geschrieben und mitgeteilt das er das Fenster erneuern lassen darf und uns bitte die Rechnung zusenden soll, die auf uns ausgestellt wird.“

35
Wenn die Beklagte nachfolgend, möglicherweise aus einer Befürchtung, dass der Kläger zu hohe Kosten verursachen könnte, selbst tätig wurde, kann sie sich nicht auf eine Entscheidung des Klägers hinsichtlich seines Wahlrechts berufen.

36
b) Der Kläger konnte Leistung aber nicht an sich verlangen.

37
Schadensersatzansprüche wegen einer Verletzung des gemeinschaftlichen Eigentums fallen unter die Vorschrift des § 1011 BGB. Danach kann grundsätzlich jeder Miteigentümer diese Ansprüche einem Dritten gegenüber geltend machen, auch ohne von den anderen Miteigentümern dazu ermächtigt zu sein. Es handelt sich dabei um ein vom gleichen Recht der übrigen Teilhaber unabhängiges Sonderrecht des einzelnen. Fordert der Miteigentümer vollen Schadensersatz, kann er in entsprechender Anwendung von § 1011 Halbs. 2 BGB nur Leistung an alle Miteigentümer verlangen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 1992 – V ZR 118/91 –, BGHZ 121, 22-31).

38
4. Die zuletzt geänderte Antrag auf Zahlung dieses Betrages an sich und seine Ehefrau ist dagegen zulässig und nebst Zinsen ab Rechtshängigkeit dieses Anspruchs begründet. Die Beklagte hat gegen die Antragsänderung keine Einwände erhoben. Sie ist auch sachdienlich. Zu Grund und Höhe hat die Beklagte auch keine weiteren Einwände erhoben.

39
II. Der in zweiter Instanz geltend gemachte Klageerweiterung auf Feststellung, dass das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis nicht durch die in Gliederungsziffer 5. der Berufungsbegründung seitens der Beklagten ausgesprochene Kündigung beendet ist und ungekündigt fortbesteht, ist zulässig aber unbegründet.

40
Die in der Berufungsbegründung vom 17.4.2023 (Bl. 170) ausgesprochene außerordentliche Kündigung des streitgegenständlichen Contracting-Vertrages wegen Nichtzahlung der vereinbarten Raten ist wirksam und hat das Vertragsverhältnis beendet.

41
1. Nach § 13 Abs. 3 des Vertrages ist eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB nicht ausgeschlossen.

42
2. Die Kündigungserklärung durch den Beklagtenvertreter ist nicht wegen fehlender Vollmacht des Beklagtenvertreters unwirksam. Sie ist mit Wirkung gegen den Kläger dessen Prozessbevollmächtigten am 18.4.2023 zugegangen. Durch die jeweilige Prozessvollmacht der Parteivertreter sind diese zur Abgabe

bzw. zum Empfang der Kündigungserklärung bevollmächtigt (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2002 – VIII ZR 72/02 –, juris)

43
3. Als wichtigen Grund haben die Parteien einen Verzug mit der Zahlung der Vollservice-Rate bestimmt unter der Voraussetzung, dass sich der Kläger auch nach einer schriftlichen Mahnung länger als drei Monate mit der Entrichtung der Rate oder eines nicht unerheblichen Teils der Rate in Verzug befindet.

44
4. Diese Voraussetzungen sind ab 6.7.2022 erfüllt, nachdem die Beklagte mit der Widerklage im Schriftsatz vom 5.4.2022, zugestellt am 5.4.2022, bis dahin angefallene rückständige Raten in Höhe von 9.678 Euro für den Zeitraum Februar 2019 bis April 2022 erfolglos geltend gemacht hat.

45
5. Die Raten waren schon auf Grund der vertraglichen Vereinbarung fällig, wären dies aber auch deshalb, weil das Landgericht eine Abnahme der Leistungen am 11.1.2019 festgestellt hat. Auch eine Abnahme unter Vorbehalt würde die Fälligkeit des Werklohns herbeiführen.

46
6. Ein zum damaligen Zeitpunkt etwaiges Zurückbehaltungsrecht des Klägers steht der Kündigung nicht entgegen.

47
Ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht gibt dem Schuldner eine aufschiebende Einrede, die er geltend machen muss, damit der Gläubiger von seiner Abwendungsbefugnis Gebrauch machen kann (vgl. Grüneberg BGB 82.A. Rz. 19 zu § 273). Ist zudem, wie vorliegend, zum Zeitpunkt der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts Verzug bereits eingetreten, so genügt die Geltendmachung nicht. Der Kläger hätte vielmehr seine Leistung, also die Ratenzahlungen, Zug um Zug anbieten müssen (vgl. Grüneberg BGB 82.A. Rz. 38 zu § 286 BGB).

48
a) Der Kläger machte ausdrücklich erst mit Schriftsatz vom 9.6.23 ein Zurückbehaltungsrecht geltend.

49
b) Die vom Landgericht angenommene Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts hat den Eintritt des Verzugs mit den Raten nicht verhindert. Das Landgericht teilt nicht mit, zu welchem Zeitpunkt und wie das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt worden sein soll.

- Die vom Landgericht berichtete Aufforderung des Klägers mit Schreiben vom 29.5.2020, den Öltank abzudichten, begründete mangels Anspruchs auf diese Leistung kein Zurückbehaltungsrecht und erfolgte jedenfalls über ein Jahr nach der Fälligkeit der ersten Raten. – Entsprechendes gilt für die Zahlungsaufforderung des Klägervertreters im Schreiben vom 19.6.2020 hinsichtlich der Kosten für die Schwimmbadbesuche.

- Selbst wenn die im selben Schreiben geforderte Zahlung wegen des Fensters begründet gewesen wäre, hätte ein Recht zur Zurückbehaltung wegen eines Anspruchs in Höhe von 514,77 Euro die Kündigungsvoraussetzungen bei einem offenen Betrag von 9.678 Euro nicht entfallen lassen. Zudem hätte der Kläger hier statt eines Zurückbehaltungsrechts die Möglichkeit der Aufrechnung gehabt.

50
c) Soweit in der Aufforderung zur Behebung von Mängeln im Schreiben vom 25.2.2023 die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts zu sehen wäre, könnte diese die Kündigungsvoraussetzungen nicht im Nachhinein entfallen lassen.

51
d) Auch die im Rahmen der Berufung des Klägers erfolgte Geltendmachung der Stornorechnung (Anlage WB 1) in Höhe von 4.307,41 Euro (Bl. 179) ändert an der Wirksamkeit der Kündigung nichts.

52
(a) Die Anlage (WB 1) und der in diesem Zusammenhang vom Kläger erwähnte Schriftsatz vom 11.1.2022 sind erst im Berufungsverfahren auf Hinweis mit Verfügung vom 13.6.2023 zu den Akten gelangt. Das

Landgericht konnte sich daher damit nicht auseinandersetzen. Die Beklagte hatte die Anlage WB1 als unbekannt bezeichnet und einen Erlass bestritten (Bl. 190).

53
(b) Die Stornorechnung zu Rechnung CC189E06-008, betreffend die Raten 1.2.2020 bis 30.6.2021, über einen Betrag von 4.307,41 Euro ist unstreitig. Ein Verzicht seitens der Beklagten auf die Raten ist mit dieser Stornorechnung nicht verbunden. Denn nach dem unstreitig gebliebenen Vortrag im Schriftsatz vom 5.10.2023 (Bl. 221) wurde damit nur eine doppelte Rechnungsstellung beseitigt.

54
III. Die Berufung des Klägers ist unbegründet.

55
1. Die Rüge, dem Landgericht sei bei der Beurteilung der Klageforderung ein Zahlendreher unterlaufen, geht ins Leere, da der Anspruch auf Schadensersatz wegen Abtrennung des Schwimmbades, wie dargelegt, nicht besteht.

56
2. Der Einwand, dass das Landgericht eine Stornorechnung übersehen habe, ist, wie ebenfalls bereits dargelegt, nicht begründet.

57
IV. Der von der Beklagten in zweiter Instanz neu geltend gemachte Anspruch ist zulässig, aber nur im Hilfsantrag teilweise begründet.

58
1. In erster Instanz hat die Beklagte neben dem vom Landgericht zugesprochenen Anspruch auf Zahlung von 9.678 Euro einen weiteren Anspruch geltend gemacht auf Zahlung von monatlichen Raten in Höhe von 249,12 Euro ab dem 1.5.22 bis zum 1.1.2029 nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jeweils ab dem dritten Werktag eines Monats zu bezahlen.

59
2. Nunmehr macht die Beklagte als Folge der Kündigung im Hauptantrag einen vertraglichen Ablöseanspruch abzüglich des bereits ausgeurteilten Betrages geltend. Dieser Antrag ist unbegründet.

60
Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg auf ihre AGB berufen.

61
(a) Der Senat entnimmt diesen die folgende Regelung:

„Wird der Vertrag außerordentlich gekündigt und beruht der Kündigungsgrund auf einer schuldhaften Pflichtverletzung des Kunden, ist der Kunde verpflichtet, T Schadensersatz zu zahlen. Der Schadensersatz bemisst sich aus der Addition der einzelnen Monatsbeträge der Vollservice-Rate abzüglich der von T ersparten Aufwendungen.“

62
(b) Diese Regelung verstößt gegen § 309 Nr. 5, § 307 BGB, weil der damit geltend gemachte Schaden den nach dem gewöhnlichen Lauf zu erwartenden Schaden deshalb übersteigt, weil durch die Addition der einzelnen Monatsbeträge, jedenfalls nach der von der Beklagten geltend gemachten Auslegung, zur sofortigen Fälligkeit einer Gesamtsumme führen soll, obwohl die Raten bei vertragsgerechtem Verhalten des Kunden erst in der Zukunft ratierlich fällig wären.

63
Der Senat hat hierzu auf die Kommentierung von Lützenkirchen in „Lützenkirchen, Mietrecht, 3. Aufl. 2021, § 542 BGB“ verwiesen: „Wurde der Mietvertrag infolge einer Pflichtwidrigkeit des Mieters vorzeitig beendet, entsteht ein Schaden des Vermieters durch die entgangenen Mieten. Dieser Schaden ist grundsätzlich auf den Zeitraum beschränkt, bis zu dem der Mieter erstmalig ordentlich hätte kündigen können. Liegt ein befristeter Mietvertrag vor, kann der Vermieter also grundsätzlich bis zum Ablauf der vorgesehenen Mietzeit die vereinbarte Miete (einschließlich Betriebs- und Heizkosten) als Schaden geltend machen, wobei der Schaden grundsätzlich nur entsprechend der Fälligkeit der ausgefallenen Mieten (sukzessive) geltend

gemacht werden kann(BGH v. 11.7.1979 – VIII ZR 183/78, MDR 1979, 1016 = WuM 1980, 197 = ZMR 1979, 351; a. A. LG Krefeld v. 20.12.2017 – 2 S 156/17, ZMR)“.

64
Hiergegen hat die Beklagte nichts vorgebracht.

65
3. Der Hilfsantrag, mit dem die Beklagte die aufsummierten Raten bis November 2023 und die Folgeraten bis zum Vertragsende ratierlich verlangt, ist teilweise begründet.

66
a) Grundsätzlich hat die Beklagte den vertraglichen Anspruch auf die vereinbarten Raten von netto 209,34 Euro seit dem 1.2.2019. Hinzu kommt die Umsatzsteuer, die vertraglich in Höhe von 39,78 Euro zu zahlen ist. Diese vermindert sich unstreitig auf Grund der gesetzlichen Regelung im Zeitraum Juli bis Dezember 2020, sodass in dieser Zeit statt 249,12 Euro nur 242,84 Euro geschuldet waren.

67
b) Weil die Leistungszeit kalendermäßig bestimmt ist, besteht auch der Anspruch auf Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz, §§ 286,288 BGB.

68
c) Nach der wirksamen Kündigung hat der Kläger auch keine vertraglichen Erfüllungsansprüche, die er dem Anspruch in Form eines Zurückbehaltungsrechts entgegenhalten könnte.

69
d) Da sich die Beklagte in Folge der Kündigung andererseits Aufwendungen für zugesagte Wartungsleistungen erspart, sind diese in Abzug zu bringen. Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass er die ersparten Aufwendungen, wie sie sich in unstreitiger Höhe von 2010 Euro für die Restlaufzeit aus dem Vortrag der Beklagten ergeben, auf die einzelnen Raten verteilt und von diesen abzieht.

70
Dies betrifft die 62 Raten ab Mai 2023 bis Januar 2029, nachdem die Kündigung im April 2023 wirksam wurde. Damit ist ein anteiliger Betrag von 2010 Euro geteilt durch 62, also 32,42 Euro von der monatlichen Rate abzuziehen. Es verbleibt damit ein monatlicher Betrag von 216,70 Euro.

71
e) Die von der Beklagten verlangten ausgerechneten Zinsen entsprechen der o.g. gesetzlichen Grundlage, berücksichtigen aber nicht die durch ersparte Aufwendungen reduzierte Ratenhöhe.

72
f) Der Beklagten sind nicht nur die bis zur mündlichen Verhandlung fällig gewordenen Raten, sondern auch zukünftige Raten zuzusprechen.

73
Die vom Landgericht noch verneinten Voraussetzungen des § 259 ZPO liegen jedenfalls jetzt nach Erlass des Ersturteils vor. Es ist zu besorgen, dass sich der Kläger künftigen Zahlungen entziehen wird. Die Zahlungsrückstände sind nach dem Ersturteil weiter angestiegen. Der Kläger wurde durch das Ersturteil dahingehend belehrt, dass sein vermeintliches Zurückbehaltungsrecht jedenfalls in gewisser Höhe eine Zurückhaltung der Raten nicht rechtfertigt. Er zeigt auch nach Hinweisen des Senats keinerlei Zahlungsbereitschaft. Soweit er an ein Zurückbehaltungsrecht glaubte, hätte er, anwaltlich beraten, Zahlungsansprüche Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistungen anbieten müssen, um den Verzugsfolgen zu entgehen.

74
V. Der erstinstanzlich der Beklagten zugesprochene Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten wurde von der Klägerseite nicht angefochten. Für einen Anspruch auf Freistellung von 346,30 Euro statt 200,70 Euro fehlt eine Berufungsbegründung.

75
Eine solche ergibt sich auch nicht aus dem erstinstanzlichen Vorbringen.

E.

76
Der Kläger hat nach § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz als gänzlich unterlegene Partei zu tragen.

77
Die Kosten der zweiten Instanz sind im Verhältnis 67 zu 33 zu Lasten des Klägers nach § 92 ZPO zu teilen.

78
In zweiter Instanz unterliegt die Beklagte hinsichtlich des Betrages von 514,77 Euro und soweit sie zukünftige Raten als Gesamtbetrag sofort zur Zahlung verlangt hat. Der Streitwert für die zweite Instanz hat sich dadurch um 7.648,73 Euro erhöht. Denn die Beklagte hat mit ihrer Berufungsbegründung einen weiteren Betrag von 18.111,77 Euro verlangt. Hätte sie wie in erster Instanz die Verurteilung zur Zahlung künftiger Raten verlangt, hätte der Streitwert insoweit, wie vom Landgericht berechnet, nach § 9 ZPO auf 10.463,04 Euro festgesetzt werden können. Zudem hat die Beklagte im Hilfsantrag nicht die ersparten Aufwendungen in Höhe von

79
2.010 Euro berücksichtigt. Der zuletzt gestellte Antrag auf Zahlung eines Betrages von 27.789,77 Euro erhöht den Streitwert nicht, weil dieser nur den erstinstanzlich bereits zugesprochenen Betrag einbezieht.

80
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Gegenstand des Rechtsstreits ist die Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung in einem Einzelfall; höchstrichterlich ungeklärte Rechtsfragen stellen sich nicht.

F.

81
Der nicht nachgelassene Schriftsatz vom 28.5.2024 rechtfertigt keine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

82
Ein zwingender Wiederaufnahmegrund nach § 156 II ZPO wird nicht behauptet. Eine fakultative Wiedereröffnung nach dem Ermessen des Senats i.S.v. § 156 I ZPO kommt nicht in Betracht. Es bleibt bei dem Grundsatz, dass Verteidigungsmittel, die nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden, nicht zu berücksichtigen sind, § 296 a ZPO. Dem Vortrag von der entdeckten Undichtigkeit kommt keine Entscheidungsrelevanz zu. Der Senat misst der behaupteten kürzlich aufgetretenen Undichtigkeit keine Indizwirkung für die Mangelhaftigkeit der vor mehr als 5 Jahren am 11.1.2019 abgenommen Leistung bei. Infolge der wirksamen Kündigung treffen die Beklagte auch keinerlei laufende Instandhaltungspflichten, aus der sich Gegenrechte ergeben könnten. Solche werden vom Klägervertreter nicht einmal geltend gemacht.

83
Auch der weitere nicht nachgelassene Schriftsatz vom 3.6.2024 rechtfertigt keine Wiedereröffnung der am 24.4.2024 geschlossenen mündlichen Verhandlung. Der Kläger hat den allein geltend gemachten konkreten Schaden durch die Abtrennung des Schwimmbades von der Heizung nicht ausreichend dargelegt, weil er die ersparten Aufwendungen nicht berücksichtigt hat. Der Hinweis des Senats auf die nur nach Ansicht des Klägers überholte zitierte Rechtsprechung des BGH erfolgte lediglich um zu erläutern, dass auch die bloße Nichtnutzbarkeit keinen Vermögensschaden darstellt.