



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 186/19

vom

3. September 2020

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. September 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen, die Richterin Dr. Schmaltz und den Richter Odörfer

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 5. September 2019 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Streitwert: 30.000 €

Gründe:

- 1 I. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat keinen Erfolg, weil sie keine Gründe dargelegt hat, die gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO die Zulassung der Revision gebieten.

- 2 1. Die Revision ist nicht deswegen zuzulassen, weil das Berufungsgericht nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen ist. Der von der Nichtzulassungsbeschwerde geltend gemachte absolute Revisionsgrund des § 547 Nr. 1 ZPO liegt nicht vor. Alle Richter, die an der angegriffenen Entscheidung mitgewirkt haben, waren zum Zeitpunkt ihres Erlasses Mitglieder des erkennenden Senats des Berufungsgerichts. Zwar ist Richter am Landgericht K. , der an der angegriffenen Entscheidung mitgewirkt hat, in dem ab dem 1. Januar 2019 geltenden Geschäftsverteilungsplan des Oberlandesgerichts Köln nicht als Senatsmitglied

aufgeführt. Er ist jedoch mit Präsidiumsbeschluss vom 21. März 2019 mit Wirkung ab dem 1. April 2019 zum Mitglied des 24. Senats des Berufungsgerichts bestellt worden.

3 2. Die Zulassung der Revision ist auch nicht deshalb geboten, weil das Berufungsgericht in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt hat.

4 a) Die Nichtzulassungsbeschwerde macht allerdings im Ansatz zu Recht geltend, dass das Berufungsgericht den Inhalt des Schreibens des Zeugen C. Co. an das Landgericht vom 4. Januar 2019 bei seiner Entscheidung berücksichtigt hat, obwohl dem Beklagten keine Gelegenheit gegeben worden ist, dieses Schreiben zur Kenntnis zu nehmen und sich hierzu zu äußern.

5 b) Dieser Gehörsverstoß ist jedoch nicht entscheidungserheblich. Der vom Berufungsgericht berücksichtigte Inhalt des Schreibens vom 4. Januar 2019 enthielt keine Umstände, zu denen der Beklagte sich nicht äußern konnte. Den Vortrag, den der Beklagte nach dem Vorbringen der Nichtzulassungsbeschwerde gehalten hätte, wenn er darauf hingewiesen worden wäre, dass dieses Schreiben bei der Beweiswürdigung berücksichtigt wird, hatte er außerdem bereits im Rechtsstreit gehalten. Das Berufungsgericht hat ihn zum Teil berücksichtigt; zum Teil ist er bereits vom Landgericht als verspätet zurückgewiesen worden, ohne dass der Beklagte dies im Berufungsverfahren angegriffen hat.

6 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Zeuge habe entgegen seinen Angaben in einem ersten Schreiben an das Landgericht vom 28. Dezember 2018 Erinnerungen an das beweisrelevante Geschehen im Jahr 2016 gehabt. Dies ergebe sich aus dem Inhalt seines zweiten an das Landgericht gerichteten Schreibens vom 4. Januar 2019 und korrespondiere mit den mündlichen Angaben des Zeugen in der erstinstanzlichen Beweisaufnahme.

- 7 bb) Daraus ergibt sich, dass das Schreiben des Zeugen vom 4. Januar 2019 schon nicht allein ausschlaggebend für die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts war, dass aber jedenfalls der Inhalt dieses Schreibens mit den Aussagen des Zeugen in seiner Vernehmung vor dem Landgericht übereinstimmt. Zu diesen Aussagen des Zeugen hat sich der Beklagte äußern können. Dem Beklagten war zudem aufgrund des ihm zugänglich gemachten ersten Schreiben des Zeugen vom 28. Dezember 2018 bekannt, dass der Zeuge zunächst nicht aussagen wollte und sich auf angebliche Erinnerungslücken berufen hatte.
- 8 cc) Der Nichtzulassungsbeschwerde verhilft der Vortrag nicht zum Erfolg, der Beklagte hätte ohne den Gehörsverstoß auf das widersprüchliche Verhalten des Zeugen hingewiesen, der sich einerseits zunächst darauf berufen hatte, keine Erinnerungen zu den Vorgängen zu haben, die Beweisthema waren, um dann andererseits eine relativ ausführliche Aussage zu machen. Das Berufungsgericht hat den Beklagten an diesem Vorbringen durch die Berücksichtigung des ihm unbekanntem Schreibens des Zeugen vom 4. Januar 2019 nicht gehindert.
- 9 Der Beklagte hatte das widersprüchliche Verhalten des Zeugen bereits zum Gegenstand seiner Berufungsbegründung gemacht. Der von der Nichtzulassungsbeschwerde angesprochene Widerspruch im Verhalten des Zeugen lag zudem offen zutage und ist sowohl vom Landgericht als auch vom Berufungsgericht bei der Beweiswürdigung berücksichtigt worden. Es erscheint ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht ein erneutes entsprechendes Vorbringen des Beklagten zu einer anderen Entscheidung bewegen hätte.
- 10 dd) Die Nichtzulassungsbeschwerde macht ohne Erfolg geltend, der Beklagte hätte auf einen Hinweis des Berufungsgerichts, dass es das Schreiben vom 4. Januar 2019 bei der Beweiswürdigung berücksichtigen wolle, seinen

Sohn als Zeugen benannt, wie er es bereits im Anschluss an die mündliche Verhandlung vor dem Landgericht vergeblich getan habe. Das Berufungsgericht hätte diesen zu der Behauptung des Beklagten vernehmen müssen, der Zeuge Co. habe im Jahr 2016 nicht mit dem Beklagten, sondern vielmehr mit seinem Sohn telefoniert.

11 Der Geltendmachung eines Gehörsverstoßes wegen Nichtberücksichtigung dieses Vorbringens steht der allgemeine Grundsatz der Subsidiarität entgegen. Nach diesem Grundsatz muss ein Beteiligter die nach Lage der Sache gegebenen prozessualen Möglichkeiten ausschöpfen, um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern (BGH, Beschluss vom 26. September 2017 - VI ZR 81/17, NJW-RR 2018, 404 Rn. 8 mwN). Der Beklagte hat diesen Vortrag bereits erstinstanzlich gehalten. Das Landgericht hat dieses Vorbringen und den entsprechenden Beweisantritt des Beklagten sowohl gemäß § 296a ZPO als auch nach § 296 Abs. 1, § 276 Abs. 1 Satz 2, § 296 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen. Dagegen hat der Beklagte mit seiner Berufung keinerlei Einwendungen erhoben und insbesondere den Zeugen nicht erneut benannt.

12 Da nicht ersichtlich ist, dass diesem im Berufungsverfahren nicht weiterverfolgten Vortrag vor dem Hintergrund des Schreibens des Zeugen Co. vom 4. Januar 2019 eine neue Bedeutung zukommt, kann er im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde nicht erneut eingeführt werden.

13 3. Die Revision ist auch nicht aus anderen Gründen zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO zuzulassen.

- 14 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, es habe lediglich zu prüfen, ob die erstinstanzliche Beweisaufnahme an Rechtsfehlern leide, also in sich widersprüchlich sei, den Denkgesetzen zuwiderlaufe oder wesentliche Teile des Beweisergebnisses unberücksichtigt lasse oder ob konkrete Gesichtspunkte vorhanden seien, die einen solchen Rechtsfehler bei der Tatsachenfeststellung möglich sein ließen und deshalb Zweifel am erstinstanzlich gefundenen Ergebnis begründeten.
- 15 b) Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht sich damit auf einen mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zu vereinbarenden Prüfungsmaßstab bei der Überprüfung der landgerichtlichen Beweisaufnahme berufen hat.
- 16 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Prüfungskompetenz des Berufungsgerichts hinsichtlich der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung nicht auf Verfahrensfehler und damit auch nicht auf den Umfang beschränkt, in dem eine zweitinstanzliche Tatsachenfeststellung der Kontrolle durch das Revisionsgericht unterliegt (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 2005 - VIII ZR 266/03, BGHZ 162, 313, 315 f. [juris Rn. 5]; Beschluss vom 22. Dezember 2015 - VI ZR 67/15, VersR 2016, 463 Rn. 7). Auch verfahrensfehlerfrei getroffene Tatsachenfeststellungen sind für das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nicht bindend, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Feststellungen unvollständig oder unrichtig sind. Dabei können sich Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen auch aus der Möglichkeit unterschiedlicher Wertung ergeben, insbesondere daraus, dass das Berufungsgericht das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme anders würdigt als das Gericht der Vorinstanz. Besteht aus der für das Berufungsgericht gebotenen Sicht eine gewisse - nicht notwendig überwiegende - Wahrscheinlichkeit dafür, dass im Fall der Beweiserhebung die erstinstanzliche

Feststellung keinen Bestand haben wird, ist es zu einer erneuten Tatsachenfeststellung verpflichtet (BGH, Urteil vom 14. Februar 2017 - VI ZR 434/15, NJW-RR 2017, 725 Rn. 20 mwN).

17 c) Dieser die Zulassung der Revision grundsätzlich rechtfertigende Rechtsfehler des Berufungsgerichts verhilft der Nichtzulassungsbeschwerde im Streitfall nicht zum Erfolg.

18 Das Berufungsgericht hat die von ihm rechtsfehlerhaft herangezogenen Obersätze auf den Streitfall nicht angewandt. Es hat vielmehr der Sache nach eine erneute Tatsachenfeststellung vorgenommen. Es hat den Zeugen Co. erneut gehört und seine Bekundungen - ebenso wie das Landgericht - als glaubhaft beurteilt und außerdem bestehende Zweifel als nach dessen Vernehmung ausgeräumt angesehen.

19 II. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

20

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Koch

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Odörfer

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 01.02.2019 - 16 O 410/17 -

OLG Köln, Entscheidung vom 05.09.2019 - 24 U 102/19 -