



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 136/23

vom

24. April 2024

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

JNEU: nein

ZPO § 398 Abs. 1

Das Berufungsgericht hat im Hinblick auf den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs einen im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen erneut zu vernehmen, wenn das erstinstanzliche Gericht die Aussage nur zum Teil oder gar nicht gewürdigt hat, diese aber nach ihrem protokollierten Inhalt mehrdeutig ist (Festhaltung BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 269/12, BauR 2014, 141).

Das Berufungsgericht ist zudem zur erneuten Vernehmung erstinstanzlich vernommener Zeugen verpflichtet, wenn es deren protokollierte Aussagen abweichend von der Vorinstanz verstehen oder würdigen will. Stützt sich das Rechtsmittelgericht lediglich auf Umstände, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit der Aussage betreffen, so kann eine nochmalige Vernehmung unterbleiben (Festhaltung BGH, Beschluss vom 2. August 2017 - VII ZR 155/15, BauR 2017, 2030; Beschluss vom 4. Juli 2013 - VII ZR 165/12, BauR 2013, 1726).

BGH, Beschluss vom 24. April 2024 - VII ZR 136/23 - OLG Thüringen
LG Meiningen

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. April 2024 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Graßnack und Dr. Brenneisen

beschlossen:

Der Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision wird teilweise stattgegeben.

Das Urteil des 8. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 22. Juni 2023 wird gemäß § 544 Abs. 9 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von 10.966,21 € nebst Zinsen und von weiteren 5.737,36 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen die Bereitstellung der Balkontür und der Fenster gemäß Rechnung 20-23 vom 19. November 2020 sowie zur Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.242,84 € nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens über die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Beschwerde der Beklagten wird zurückgewiesen.

Gegenstandswert: bis 35.000 €
(davon stattgebender Teil bis 25.000 €)

Gründe:

I.

1 Der Kläger verlangt nach Kündigung eines Bauvertrags eine Vergütung für erbrachte Leistungen.

2 Die Parteien schlossen im Juli 2020 mündlich einen Vertrag über Trockenbauarbeiten und über die Lieferung sowie den Einbau von Fenstern, einer Balkontür, von Rollläden, Laibungsblechen und Fensterbänken. Der Sohn der Beklagten sollte bei den Trockenbauarbeiten Eigenleistungen erbringen. Bei der Lieferung der Fenster und der Balkontür beanstandete die Beklagte deren Farbgebung und verweigerte die Abnahme. Die Parteien vereinbarten gemeinsam mit dem Fensterbauer, dem Zeugen S. , eine farbliche Nachbehandlung. Dadurch wurden die Farbabweichungen nach den Wünschen der Beklagten nicht hinreichend beseitigt. Nachdem sie den Vertrag gekündigt hatte, ließ die Beklagte den Einbau der Fenster und der Balkontür durch eine Drittfirma ausführen. Die wegen der Kündigung nicht vollständig hergestellten Trockenbauarbeiten wurden durch die Firma C. F. fertiggestellt.

3 Der Kläger verlangt mit der Klage eine Vergütung aus der Rechnung 20-23 vom 19. November 2020 in Höhe von 11.337,68 €, aus der Rechnung 20-24 vom 19. November 2020 in Höhe von 14.891,50 € und aus der Korrekturrechnung vom 8. September 2021 in Höhe von 8.804,04 €, somit eine Gesamtvergütung in Höhe von 35.033,22 €.

4 Die Beklagte hat hilfsweise mit Gegenforderungen in Höhe von 7.984,16 € aufgerechnet.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von 14.242,98 € nebst Zinsen

sowie zur Zahlung von 9.390,20 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Bereitstellung der Balkontür und der Fenster gemäß der Rechnung 20-23 vom 19. November 2020 und zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.242,84 € nebst Zinsen verurteilt. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung des Klägers zurückgewiesen.

6 Gegen die Nichtzulassung der Revision im Berufungsurteil wendet sich die Beklagte mit der Beschwerde, mit der sie nach Zulassung der Revision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen möchte.

II.

7 Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision hat teilweise Erfolg. Sie führt gemäß § 544 Abs. 9 ZPO im tenorierten Umfang zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 1. Das Berufungsgericht hat - soweit es für die Beschwerde von Bedeutung ist - ausgeführt, dem Kläger stehe aus der Rechnung 20-23 vom 19. November 2020 ein Vergütungsanspruch hinsichtlich der Fenster und der Balkontür in Höhe von 5.737,36 € brutto zu. Die Beklagte könne wegen des Farbtons keine Gewährleistungsansprüche geltend machen, weil die Fenster und die Balkontür in dem von ihr ausgewählten Farbton vertragsgemäß geliefert worden seien und sie damit der vereinbarten Beschaffenheit (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB) entsprochen hätten. Die Annahme des Landgerichts, die Farbauswahl sei durch den Zeugen S. willkürlich erfolgt, decke sich nicht mit der protokollierten Aussage des Zeugen. Danach sei zwar die Farbwahl in dem Angebot "willkürlich" gewesen, weil die Festlegung der Farbe erst später vor Ort habe erfolgen sollen. Das Landgericht habe indes die weitere Aussage des Zeugen S. nicht in

seine Würdigung einbezogen, wonach sich die Beklagte und der Zeuge anlässlich des Ortstermins auf einen konkreten Farbton geeinigt hätten. Dass nach der Aussage des Zeugen S. die Auswahl des Farbtons anhand einer Farbkarte erfolgt sei, die sich an der Farbe der Haustür orientiert habe, ändere nichts daran, dass dieser Farbton auch für die Fenster und die Balkontür von den Parteien festgelegt worden sei.

9 Dem Kläger stehe eine weitere Vergütung aus der Rechnung 20-24 vom 19. November 2020 in Verbindung mit der Korrekturrechnung vom 8. September 2021 für die Trockenbauarbeiten in Höhe von 6.679,86 € netto und für die Dämmarbeiten in Höhe von 2.774,49 € netto zu. Hinsichtlich der Trockenbauarbeiten (Rechnungspositionen 2 bis 5) habe der Kläger nur die Flächen erbracht, die sich aus der Aufstellung des Zeugen F. in der Rechnung vom 25. Mai 2021 ergäben. Es bestehe - entgegen der Annahme des Landgerichts - kein Anlass, an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen F. zu zweifeln. Die Angaben zu dem vom Kläger hergestellten Bautenstand habe der Zeuge F. zwar nur geschätzt. Die Unsicherheiten der Schätzung hätten sich nach den weiteren Angaben des Zeugen zufolge aber nicht auf die Erbringung der Leistungen als solche bezogen. Vielmehr habe es sich dabei um noch ausstehende Leistungen gehandelt, die mit der Vergütung für die bereits erbrachten Leistungen nicht in Zusammenhang stünden. Dies zeigten auch die weiteren Ausführungen des Zeugen, wonach es zu Abweichungen gekommen sei, die sich im Zuge der Arbeiten ergeben und zu Mehrleistungen geführt hätten.

10 Im Hinblick auf die Dämmarbeiten habe der Kläger 70 % der abgerechneten Leistungen erbracht. Nach der protokollierten Aussage des Zeugen Sch. habe der Kläger unter den Rechnungspositionen 9 und 9.1 Dämmarbeiten abgerechnet, die nicht ausgeführt worden seien. Nach den Unterlagen des Zeugen seien nur 70 % der vereinbarten Dämmarbeiten vom Kläger erbracht worden. Umstände, die Zweifel an der Richtigkeit dieser Aussage begründen könnten,

seien - entgegen der Annahme des Landgerichts - nicht ersichtlich. Solche Anhaltspunkte seien nicht darin zu sehen, dass der Zeuge Sch. selbst kein Aufmaß erstellt habe. Für die Richtigkeit seiner Angaben spreche vielmehr, dass der Zeuge Sch. derjenige gewesen sei, der die Dämmarbeiten tatsächlich ausgeführt habe. Durch seine Aussage sei zugleich die Behauptung der Beklagten widerlegt, die Leistungen des Klägers hätten weniger als 50 % betragen, da ihr Sohn und der Zeuge H. mehr als die Hälfte der Dämmung selbst verbaut hätten. Diese Behauptung werde zudem durch die protokollierte Aussage des Zeugen H. widerlegt, der angegeben habe, die Eigenleistungen hätten grob geschätzt vielleicht 10 % ausgemacht. Der Zeuge H. sei insoweit fachkundig, da er selbst Vorarbeiter auf dem Bau gewesen sei.

- 11 2. Mit dieser Begründung hat das Berufungsgericht den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt. Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht entgegen § 529 Abs. 1 Nr. 1, § 398 ZPO von einer erneuten Zeugenvernehmung abgesehen hat, obwohl es die Aussagen der Zeugen im Ergebnis anders gewürdigt hat als das Landgericht.
- 12 a) Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszuges gebunden. Bestehen allerdings Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen im erstinstanzlichen Urteil, ist in aller Regel eine erneute Beweisaufnahme geboten (vgl. BGH, Urteil vom 29. September 2011 - VII ZR 87/11 Rn. 16, BauR 2012, 115 = NZBau 2011, 746). Das gilt insbesondere für die erneute Vernehmung von Zeugen, die zwar grundsätzlich gemäß § 398 Abs. 1 ZPO im Ermessen des Berufungsgerichts steht (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 269/12 Rn. 8, BauR 2014, 141). Allerdings muss das Berufungsgericht einen im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen

erneut vernehmen, wenn es dessen protokollierte Aussage anders als die Vorinstanz verstehen oder würdigen will und das erstinstanzliche Gericht die Aussage nur zum Teil oder gar nicht gewürdigt hat. Die nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Berufungsgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen (d.h. seine Glaubwürdigkeit) noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit (d.h. die Glaubhaftigkeit) seiner Aussage betreffen (BGH, Beschluss vom 2. August 2017 - VII ZR 155/15 Rn. 14, BauR 2017, 2030 = NZBau 2017, 600; Beschluss vom 4. Juli 2013 - VII ZR 165/12 Rn. 12, BauR 2013, 1726; Urteil vom 29. September 2011 - VII ZR 87/11 Rn. 16, BauR 2012, 115 = NZBau 2011, 746).

13 b) Nach diesen Maßstäben ist Art. 103 Abs. 1 GG verletzt, weil das Berufungsgericht den Zeugen S. nicht erneut vernommen hat, obwohl seine Aussage mehrdeutig war. Das Berufungsgericht muss einen im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen auch dann erneut vernehmen, wenn das erstinstanzliche Gericht die Aussage nur zum Teil oder gar nicht gewürdigt hat, diese aber nach ihrem protokollierten Inhalt mehrdeutig ist (BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 269/12 Rn. 8, BauR 2014, 141).

14 Die voneinander abweichende Beweiswürdigung der Vorinstanzen beruht darauf, dass das Landgericht die Aussage des Zeugen S. nur zum Teil gewürdigt und wesentliche Teile seiner protokollierten Aussage nicht berücksichtigt hat. Das Landgericht hat die Aussage des Zeugen S. lediglich pauschal dahin gewürdigt, "der Zeuge habe einen zu den bereits verbauten Fenstern passenden Farbton finden sollen und dies nur höchst unzureichend ausgeführt". Auf den erstinstanzlich protokollierten Inhalt der Aussage des Zeugen S. ist das Landgericht nicht im Einzelnen eingegangen. Die Aussage dieses Zeugen

ist nach ihrem protokollierten Inhalt mehrdeutig. Das gilt insbesondere für seine Bekundung, die Festlegung des Farbtons sei anhand einer Farbkarte bestimmt worden, die sich an der Farbe der Haustür orientiert habe. Unklar ist danach, ob die von dem Zeugen S. bestätigte Vereinbarung der Parteien, wonach die Farbe der neuen Fenster sich nach dem Farbton der alten Fenster richten sollen, nicht mehr gelten sollte. Der Rückschluss des Berufungsgerichts, wegen des ersten Teils der Aussage des Zeugen S. sei der Farbton der Haustür als Farbe für die neuen Fenster vereinbart worden, ist nicht zwingend. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach der weiteren Aussage dieses Zeugen erhebliche Farbunterschiede zwischen den Farben der Fenster und der Haustür bestanden. Der Zeuge konnte sich zudem nicht mehr daran erinnern, ob er mit der Beklagten über die bestehenden Farbunterschiede gesprochen habe. Bestehen derartige Unklarheiten über den Inhalt der von einem anderen Gericht protokollierten Aussage eines Zeugen und hat dieses Gericht die Aussage nicht oder anders gewürdigt, als das Berufungsgericht sie würdigen möchte, dann muss es den Zeugen selbst vernehmen, damit die verbleibenden Zweifel durch Rückfragen geklärt werden können.

15 c) Das Berufungsgericht hat weiter das rechtliche Gehör der Beklagten dadurch verletzt, dass es die erstinstanzlich vernommenen Zeugen F. , Sch. und H. entgegen § 529 Abs. 1 Nr. 1, § 398 Abs. 1 ZPO nicht erneut vernommen hat, obwohl es ihre protokollierten Aussagen anders als die Vorinstanz verstanden und gewürdigt hat und ihre Glaubwürdigkeit abweichend vom Landgericht beurteilt hat.

16 aa) Das Berufungsgericht hat anhand der erstinstanzlich protokollierten Aussage des Zeugen F. die Überzeugung gewonnen, der Kläger habe in dem zuerkannten Umfang die Trockenbauarbeiten erbracht. Dabei handelt es sich nicht lediglich um eine andere rechtliche Würdigung einer vom Landgericht fest-

gestellten Aussage, die weder einen Bezug zur Urteilsfähigkeit, dem Erinnerungsvermögen oder der Wahrheitsliebe des Zeugen noch zur Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit seiner Aussage aufweist. Das Landgericht hat seine abweichende Würdigung maßgeblich damit begründet, dass es Zweifel an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen F. im Hinblick auf den von ihm bekundeten Bautenstand habe. Es hat die Aussage des Zeugen nicht als plausibel angesehen, weil sich aus seiner Vernehmung ergab, dass entgegen dem in der Rechnung angegebenen Bautenstand zur Fertigstellung der Trockenbauarbeiten tatsächlich mehr Arbeiten erforderlich gewesen seien als der Zeuge F. eingeschätzt habe. Die Zweifel des Landgerichts an der Glaubwürdigkeit des Zeugen F. ergaben sich aus der fehlenden Überzeugung davon, dass die von dem Zeugen eingeräumten Kalkulationsfehler sich nicht auf die Einschätzung des Bautenstands ausgewirkt hätten.

- 17 Das Berufungsgericht hat dagegen im angefochtenen Urteil ausgeführt, es bestehe kein Anlass, an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen F. und an der Richtigkeit des von ihm "festgestellten" Bautenstands zu zweifeln. Bei dieser Würdigung hat es die Aussage des Zeugen F. für die Erbringung des Beweises nicht nur als ergiebig angesehen, sondern auch seine Glaubwürdigkeit beurteilt. Ohne sich von dem Zeugen einen eigenen Eindruck zu verschaffen, hat das Berufungsgericht bei seiner Würdigung ausdrücklich Zweifel an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen F. auch im Hinblick auf die vom Landgericht für eine abweichende Würdigung herangezogenen Gesichtspunkte ausgeschlossen. Zu einer solchen Würdigung wäre das Berufungsgericht nur in der Lage gewesen, wenn es sich von der Glaubwürdigkeit des Zeugen F. einen eigenen Eindruck verschafft hätte. Denn die für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen erforderliche Gewissheit kann nur durch dessen unmittelbare Vernehmung durch das Berufungsgericht erlangt werden.

bb) Das Berufungsgericht hat ferner hinsichtlich des Umfangs der erbrachten Dämmarbeiten das rechtliche Gehör der Beklagten verletzt, weil es die Zeugen Sch. und H. nicht erneut vernommen hat. Das Berufungsgericht hat anhand der erstinstanzlich protokollierten Aussagen der Zeugen Sch. und H. die Überzeugung gewonnen, dass der Kläger in dem zuerkannten Umfang die Dämmarbeiten erbracht habe. Das Landgericht hat indes die Zeugen Sch. und H. im Rahmen der Beweismwürdigung nicht für glaubwürdig erachtet, weil ihre Aussagen zu dem Umfang der erbrachten Dämmarbeiten nicht mit den im Aufmaß enthaltenen Mengen und Massen übereinstimmten. Das Berufungsgericht hat dagegen im angefochtenen Urteil ausgeführt, es bestehe kein Anlass, an der Richtigkeit der Aussagen der Zeugen Sch. und H. zu zweifeln, weil die Zeugen die Dämmarbeiten selbst ausgeführt hätten. Bei dieser Würdigung hat das Berufungsgericht die Glaubwürdigkeit der Zeugen abweichend von dem Landgericht beurteilt. Diese Würdigung verletzt den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise, Art. 103 Abs. 1 GG. Danach ist es dem Berufungsgericht verwehrt, ohne erneute Vernehmung der Zeugen von ihrer Glaubwürdigkeit beziehungsweise von der Verlässlichkeit ihrer Aussagen auszugehen.

19 3. Die Gehörsverletzung ist entscheidungserheblich. Auf dem vorgenannten Verfahrensverstoß beruht die angefochtene Entscheidung des Berufungsgerichts, soweit im Umfang der Aufhebung des Berufungsurteils zum Nachteil der Beklagten entschieden wurde. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht insoweit bei erneuter Vernehmung der Zeugen zu einem für die Beklagte günstigeren Beweisergebnis kommt.

20 4. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht im Übrigen Gelegenheit, sich mit den weiteren Rügen der Beklagten in der Nichtzulassungsbeschwerde auseinanderzusetzen. Dies gilt insbesondere für die Rügen, die sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts richten, die mit der Hilfsaufrechnung

geltend gemachten Gegenforderungen seien (mit Ausnahme eines Betrags in Höhe von 641,84 €) unbegründet.

5. Im Übrigen ist die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision im angefochtenen Urteil unbegründet. Insoweit wird von einer Begründung abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 6 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO).

Pamp

Kartzke

Jurgeleit

Graßnack

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Meiningen, Entscheidung vom 25.08.2022 - 1 O 71/21 -

OLG Jena, Entscheidung vom 22.06.2023 - 8 U 1004/22 -