

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VII ZR 371/96

Verkündet am:  
19. November 1998  
Seelinger-Schardt  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 633 Abs. 1; VOB/B § 13 C Nr. 1

Die Feststellung, eine vertraglich geschuldete Ebenflächigkeit eines Industrieestrichbodens sei zu 99 % erreicht, schließt die Annahme eines Mangels nicht aus.

BGH, Urteil vom 19. November 1998 - VII ZR 371/96 - OLG Bamberg  
LG Bayreuth

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 1998 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Haß, Hausmann und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 18. September 1996 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung von mehr als 542.410 DM und 5 % Zinsen aus 100.000 DM vom 3. Oktober 1989 bis 20. Juli 1992 und aus 542.410 DM seit dem 21. Juli 1992 verurteilt worden ist.

Im Umfang dieser Aufhebung (81.361,50 DM und 5 % Zinsen seit 21. Juli 1992) wird die Berufung der Beklagten zu 2 gegen das Schlußurteil des Landgerichts Bayreuth - Kammer für Handelssachen - vom 13. Januar 1993 zurückgewiesen.

2. Auf die Revision der Beklagten und des Streithelfers zu 1 wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 18. September 1996 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagten zur Zahlung verurteilt worden sind und das Teilurteil des Landgerichts Bayreuth - Kammer für Handelssachen - vom 11. April

- 3 -

1988 für vorbehaltlos erklärt worden ist  
(zur Aufrechnung gestellte Forderungen).

Im Umfang dieser Aufhebung wird die Sache  
zur anderweiten Verhandlung und Entschei-  
dung, auch über die Kosten des Revisions-  
verfahrens, an das Berufungsgericht zu-  
rückverwiesen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

## Tatbestand

### I.

Die Parteien streiten, soweit in der Revision noch von Interesse, über zur Aufrechnung gestellte Ansprüche der Beklagten gegen die Restwerklohnforderung der Klägerin und über die Höhe des mit der Widerklage geltend gemachten Vor- schußanspruchs der Beklagten zu 2.

### II.

Die Beklagte zu 2, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 1 ist, (künftig nur: die Beklagte), beauftragte die Klägerin 1986 mit der Ausführung des Industrieestrichs und der Dachisolierung für den Neubau eines Hochregallagers. In dem Leistungsverzeichnis zu den Estricharbeiten, das der Ausschreibung des Architekten der Beklagten, des Streithelfers E., zugrunde lag, heißt es u.a.:

Pos. 1.04 Industriefußboden naturfarbig grau (...).  
Ebenflächigkeit gem. DIN 18202 Teil 5 Zeile  
4. Druck- und Zugfestigkeit: (...). Fabri-  
kat: C.

Pos. 1.05 Erhöhung der Ebenflächigkeit im Bereich der  
Staplergassen zwischen den Regalen über die  
genannte DIN 18202 Teil 5 Zeile 4 hinaus.  
Zu erreichen sind Werte entsprechend den  
Vorbemerkungen Punkt 1.6 (z.B. + 2 mm auf  
1,8 m). Die Ebenflächigkeit ist durch Ab-  
schleifen bzw. Auftrag einer Ausgleichs-  
spachtelung zu erreichen. Während dieser  
Arbeiten steht ein Gabelstapler einschl.

Fahrer, nach Terminabsprache für Probelaufe zur Verfügung.

Ob die Pos. 1.05 Vertragsinhalt wurde, ist streitig. Der von der Klägerin verlegte Estrichboden wies eine "Erhöhung der Ebenflächigkeit" nicht auf. Ihre Versuche, durch Nachspachteln eine höhere Ebenflächigkeit zu erzielen, blieben erfolglos. Danach ließ die Beklagte einen zusätzlichen Belag durch einen anderen Unternehmer aufbringen.

Die Klägerin hat restlichen Werklohn in Höhe von 405.675,69 DM gefordert. Die Beklagte, die eine erhöhte Ebenflächigkeit als vereinbart behauptet, hat demgegenüber mit Schadensersatzansprüchen aus Gewährleistung und Verzug in Höhe von insgesamt 457.533,84 DM aufgerechnet. Widerklagend hat sie Vorschuß für die Nachbesserung von Mängeln der Dachisolierung geltend gemacht.

### III.

Das Landgericht hat die zur Aufrechnung gestellten Ansprüche weitgehend durchgreifen lassen und die Klage aus diesem Grunde abgewiesen; die Widerklage hat es gleichfalls abgewiesen. Das Berufungsgericht hat Gegenansprüche der Beklagten schon dem Grunde nach verneint. Es hat der Klägerin Restwerklohn in Höhe von 312.610,89 DM zugesprochen. Das Teilurteil des Landgerichts vom 11. April 1988, mit dem bereits weitere 65.467,65 DM zuerkannt waren und das nach einem Vergleich der Parteien als Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO zu behandeln ist, hat es unter Wegfall des Vorbehalts aufrecht erhalten. Der Beklagten hat es auf die Wi-

derklage einen Vorschuß von 542.410 DM zuzüglich 15 % Mehrwertsteuer, das sind 81.361,50 DM zuerkannt.

Die Parteien und der Streithelfer der Beklagten haben Revision eingelegt. Der Senat hat die Revision der Beklagten und ihres Streithelfers angenommen, soweit sie sich gegen die Aberkennung von Gegenansprüchen richtet. Die Revision der Klägerin hat der Senat angenommen, soweit sie sich gegen den Ansatz der Mehrwertsteuer wendet.

#### Entscheidungsgründe

Die Revisionen haben im Umfang ihrer Annahme Erfolg. Das Rechtsmittel der Beklagten führt zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit das Berufungsgericht die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen aberkannt hat. Auf die Revision der Klägerin ist das Berufungsurteil aufzuheben, soweit der Beklagten zu 2 hinsichtlich des Kostenvorschußanspruchs über den Nettorechnungsbetrag hinaus auch eine darauf anfallende Mehrwertsteuer zuerkannt worden ist; insoweit ist die Berufung der Beklagten zu 2 gegen die Abweisung der Widerklage zurückzuweisen.

## A. Revision der Beklagten

### I.

1. Das Berufungsgericht führt aus, die zur Aufrechnung gestellten Ansprüche bestünden nicht. Es ist, anders als das Landgericht, davon überzeugt, eine erhöhte Ebenflächigkeit sei nicht geschuldet gewesen. Dies folge u.a. aus den Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeugen N. und E. sowie der Bekundung des von ihm selbst gehörten Zeugen O. So habe der Zeuge N. bestätigt, daß er bei den Vertragsverhandlungen darüber gesprochen habe, der Preis könne bei Wegfall der Pos. 1.05 gemindert werden; damit sei man einverstanden gewesen. Diese Aussage werde durch die Aussage des Zeugen O. erhärtet.

Demgegenüber überzeuge die Aussage des Zeugen E., des Streithelfers der Beklagten, nicht. Zunächst habe er erklärt, die Pos. 1.05 sei nie geändert oder aufgehoben worden. Am Ende seiner recht kurzen Aussage habe er abgeschwächt, er habe nichts davon gehört, der Preis könne nur bei Wegfall der Pos. 1.05 gesenkt werden. Seine Aussage hindere den Senat nicht, den Bekundungen der Zeugen N. und O. zu folgen. Dabei sei zu berücksichtigen, daß der Zeuge E. als Architekt und Streithelfer der Beklagten ein erhebliches Interesse daran habe, daß die Klägerin mit ihrem Vorbringen nicht durchdringe.

Schließlich hält das Berufungsgericht eine Zusage der Klägerin, die Kosten des durch Dritte aufgebrauchten neuen Bodenbelags zu tragen, anders als das Landgericht nicht für

bewiesen. Ob eine solche Zusage der Aussage des Zeugen E. überhaupt zu entnehmen sei, sei schon zweifelhaft. Seiner Aussage stehe jedenfalls die Bekundung des Zeugen O. entgegen.

## II.

Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Revision rügt zu Recht, das Berufungsgericht habe es verfahrensfehlerhaft versäumt, die Zeugen N. und E. selbst zu vernehmen (§ 398 ZPO). Die auf diese Beweiswürdigung gestützte Ablehnung der Ansprüche der Beklagten kann deshalb keinen Bestand haben.

1. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Berufungsgericht unter besonderen Umständen verpflichtet, einen in erster Instanz vernommenen Zeugen nach § 398 Abs. 1 ZPO erneut zu hören. Das ist der Fall, wenn das Berufungsgericht die Glaubwürdigkeit eines Zeugen, dem die Vorinstanz gefolgt ist, in Zweifel ziehen oder sie anders würdigen will als diese; eine solche abweichende Beurteilung, die nicht auf dem persönlichen Eindruck des Zeugen beruht, verstößt gegen das Gebot der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (Urteil vom 29. Oktober 1996 - VI ZR 262/95 = NJW 1997, 466). Entsprechendes gilt, wenn das Berufungsgericht die protokollierte Aussage anders verstehen oder werten will als das Gericht erster Instanz (Urteil vom 16. Oktober 1997 - IX ZR 10/97 = NJW 1998, 385 m.w.N.). Eine erneute Vernehmung ist auch erforderlich, wenn das Berufungsgericht die Aussage für zu vage und deshalb präzisierungsbedürftig hält oder wenn es ihr bei Würdigung der Be-

kundungen eines anderen Zeugen ein von der Vorinstanz nicht beigemessenes Gewicht geben will (BGH, Urteil vom 20. Oktober 1987 - X ZR 49/86 = NJW 1988, 484, 485). Eine nochmalige Vernehmung kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Berufungsgericht für seine vom Vordergericht abweichende Würdigung der Aussage auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen (Urteil vom 10. März 1998 - VI ZR 30/97 = NJW 1998, 2222 m.w.N.).

2. Nach diesen Grundsätzen hätte das Berufungsgericht in Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens gemäß § 398 ZPO die Zeugen N. und E. erneut vernehmen müssen. Dies gilt sowohl für die Feststellungen zum Vertragsinhalt als auch für die zur Kostenübernahme.

a) Die Aussage des Zeugen N. zum Vertragsinhalt hat es zwar nicht anders verstanden als das Landgericht. Es hat sie aber anders gewichtet. Das Landgericht hatte die Aussage unter Berücksichtigung der Vertragsunterlagen der Sache nach nicht für glaubhaft oder jedenfalls für nicht ausreichend überzeugend gehalten. Das Berufungsgericht stützt seine Würdigung dagegen maßgeblich auf den Zeugen N. und findet dessen Aussage bestätigt durch die Bekundung des im zweiten Rechtszug erstmals vernommenen Zeugen O. Damit war aber auch der Zeuge N. erneut zu hören.

Das gleiche gilt im Hinblick auf die Würdigung der Aussage des Zeugen E. Das Landgericht hatte dessen Aussage als

"entschiedenes Leugnen" eines Verzichts auf die Pos. 1.05 gewertet. Wenn das Berufungsgericht dagegen zur Überzeugung gelangt, der Zeuge habe seine ohnehin recht kurze Aussage auch noch abgeschwächt, und wenn es deshalb um so eher den anderen Zeugen folgt, so hat es diese Aussage für im Grunde zu vage gehalten, sie jedenfalls anders als das Landgericht gewertet. Zu diesem Beweisergebnis durfte es ohne erneute Vernehmung des Zeugen E. nicht kommen. Dies gilt um so mehr, als es erstmals die Glaubwürdigkeit des Zeugen E. unter Hinweis auf dessen Eigeninteresse am Ausgang des Rechtsstreits nachhaltig in Zweifel zog, ohne einen persönlichen Eindruck vom Zeugen gewonnen zu haben oder sich auf gleichgerichtete Erwägungen des Landgerichts stützen zu können.

b) Das Berufungsgericht mußte zur Frage der Zusage einer Kostenübernahme den Zeugen E. schon wegen seiner Zweifel am Gehalt der Aussage nochmals vernehmen. Da nach seiner Würdigung dieser Aussage auch die Bekundung des in zweiter Instanz vernommenen Zeugen O. entgegenstand, kam es entscheidend auf die Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen E. und dessen Glaubwürdigkeit an, die es nur aufgrund eines persönlichen Eindrucks vom Zeugen beurteilen durfte.

### III.

Schon wegen dieser Verfahrensfehler kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben, soweit es die Aufrechnungsforderungen der Beklagten verneint. Die danach gebotene Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht

Gelegenheit, gegebenenfalls nach ergänzendem Vortrag der Parteien folgenden Gesichtspunkten nachzugehen:

1. Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Beweiswürdigung feststellen, daß nach Pos. 1.05 erhöhte Anforderungen an die Ebenflächigkeit vereinbart waren, so wird es die Tragweite dieser Vereinbarung zu ermitteln haben. Sein wohl hilfsweise gemeinter Hinweis auf Ausführungen des Sachverständigen F., der Wortlaut der Pos. 1.05 sei in sich widersprüchlich, genügt dazu nicht. Erst wenn feststeht, welche erhöhten Anforderungen vereinbart waren, stellt sich die weitere Frage, ob das ausgeschriebene Material Colfloor H geeignet war, diese Anforderungen zu erfüllen. Sollte es nicht geeignet sein, ist zu prüfen, ob die Klägerin insoweit eine Prüfungs- und Hinweispflicht gehabt hatte.

2. Sollte das Berufungsgericht zum Ergebnis kommen, erhöhte Anforderungen nach Pos. 1.05 seien nicht geschuldet gewesen, so wird es erwägen müssen, daß ein zu Gewährleistungsansprüchen führender Mangel schon darin liegen kann, daß die in Pos. 1.04 vereinbarten, sich aus der DIN 18202, Teil 5, Zeile 4 ergebenden Anforderungen nicht eingehalten sind.

Nach seinen Feststellungen sind diese Anforderungen zu 99 % erfüllt. Die hiergegen erhobene Verfahrensrüge, die der Senat geprüft hat, hat keinen Erfolg (§ 565 a ZPO). Die Folgerung, die Leistung der Klägerin sei damit mangelfrei, ist allerdings rechtsfehlerhaft. Die Abweichung von einem vertraglich vereinbarten Leistungssoll an 1 % der Meßstel-

len ist ein Mangel, wenn die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch gemindert ist (§ 633 Abs. 1 BGB). Sollte es auf das Vorliegen eines wesentlichen Mangels im Sinne von 13 Nr. 7 VOB/B ankommen, so ist für die Beurteilung nicht allein auf die prozentuale Abweichung vom Leistungssoll abzustellen, sondern vor allem auf deren Auswirkungen auf die vertraglich vorausgesetzte Nutzbarkeit des Bodens (vgl. Senatsurteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 350/96, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

3. Das Berufungsgericht wird des weiteren der Frage nachzugehen haben, welche Anspruchsgrundlage für etwaige Schadensersatzansprüche aus Gewährleistung nach den vertraglichen Vereinbarungen in Betracht kommt und, sofern ein Mangel vorliegt, ob deren weitere Voraussetzungen vorliegen.

a) Das Berufungsgericht hält § 13 Nr. 7 VOB/B für anwendbar. Das ist nicht bedenkenfrei. Es fehlen Feststellungen dazu, was die Parteien zur Gewährleistung im Bauvertrag und seinen zahlreichen als Anlage beigefügten, teils auch widersprüchlichen Bestandteilen vereinbart haben. So könnten etwa nach Nr. 14.11 der Angebots- und Auftragsbedingungen anstelle des § 13 Nr. 7 VOB/B die gesetzlichen Bestimmungen treten.

b) Sollte für den Zeitraum vor einer Abnahme die VOB/B vereinbart sein, so käme als Anspruchsgrundlage § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B in Betracht. Soweit die Beklagte auch Ersatz für die Mangelbeseitigungskosten fordert, ist nach den §§ 4

Nr. 7 Satz 3, 8 Nr. 3 VOB/B grundsätzlich eine Fristsetzung und die Auftragsentziehung vor Beginn der Fremdnachbesserung erforderlich (st. Senatsrechtsprechung, zuletzt Urteil vom 2. Oktober 1997 - VII ZR 44/97, BauR 1997, 1027 = ZfBR 1998, 31). Eine Kündigung ist dann entbehrlich, wenn der Unternehmer mit der Fremdnachbesserung einverstanden ist (vgl. Senatsurteil vom 15. Mai 1986 - VII ZR 176/85, BauR 1986, 573 = ZfBR 1986, 226; Senatsurteil vom 25. Juni 1987 - VII ZR 251/86, BauR 1987, 689 = ZfBR 1987, 238 = NJW 1988, 140, 142).

c) Auch der Anspruch auf Ersatz des vor Abnahme entstandenen mängelbedingten Verzögerungsschadens kann bei Vereinbarung der VOB/B nur auf § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B gestützt werden, nicht auf die vom Berufungsgericht erwogenen §§ 5 Nr. 4, 6 Nr. 6 VOB/B (vgl. Senatsurteil vom 12. Juni 1975 - VII ZR 55/73, BauR 1975, 344, 346; vgl. auch Ingenstau/Korbion VOB-Kommentar, 13. Aufl., B § 4 Rdn. 336 und 368).

#### B. Revision der Klägerin

##### I.

Das Berufungsgericht hat den von der Beklagten zu 2 mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses der Nettokosten von 654.161 DM zur Beseitigung von Mängeln der Dachabdichtung nur in Höhe von 542.410 DM als berechtigt angesehen, hierauf aber einen von der Beklagten zu 2 nicht geltend gemachten Anteil an Mehrwertsteuer in Höhe von 81.361,50 DM zugesprochen.

II.

Die Revision der Klägerin wendet sich gegen die Verurteilung zur Erstattung der Mehrwertsteuer mit Erfolg. Diese Verurteilung verstößt gegen § 308 Abs. 1 ZPO. Der Verstoß ist auch ohne Rüge zu beseitigen. Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Beim Anspruch auf Erstattung von Mehrwertsteuer handelt es sich um einen selbständigen Anspruch (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 1992 - XII ZR 124/90, NJW-RR 1992, 714, 715), der vom Gericht nur zuerkannt werden darf, wenn er geltend gemacht wird.

Ullmann

Thode

Haß

Hausmann

Wiebel