

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 41/70

URTEIL

Verkündet am

24. Februar 1972

W e r n e r ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der M [REDACTED] Gummiwerke AG Mü [REDACTED] vertreten durch ihren
Vorstandsvorsitzer Willy K [REDACTED], Mü [REDACTED] W [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Rechtsanwalt und Notar Dr. Christian-Udo R [REDACTED]
als Testamentsvollstrecker über den Nachlaß des
Kaufmanns Hans S [REDACTED], Ki [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED],
2. die Ehefrau Brigitte St [REDACTED] geb. Sc [REDACTED],
E [REDACTED], Kreis Ho [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Januar 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der Bundesrichter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 3. Dezember 1969 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verhandelte vom Herbst 1956 bis zum Herbst 1960 mit dem inzwischen verstorbenen Beklagten zu 1 und der Beklagten zu 2 über eine Beteiligung an der damals von den Beklagten noch mit einem weiteren Gesellschafter in Form einer offenen Handelsgesellschaft betriebenen Deutschen Sch[REDACTED]fabrik Hans Sch[REDACTED] (DSB). Es kam nicht zu einem Vertragsschluß. Die Klägerin verlangte daraufhin Schadensersatz. In dem Urteil vom 6. Februar 1969 (II ZR 86/67), auf das wegen des weiteren Sachverhalts verwiesen wird, hat der Senat einen Anspruch

der Klägerin aus Verschulden bei Vertragsschluß als möglich angesehen und die Sache deshalb an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Klägerin hat dazu vorgetragen, sie habe die damals günstigen Aussichten auf dem Markt für Schlauchboote ausnutzen und deshalb ein entsprechendes Unternehmen erwerben oder sich daran beteiligen wollen. Notfalls hätte sie im Jahre 1957 unschwer eine eigene Schlauchbootfertigung aufbauen können. Durch eine dieser Maßnahmen hätte sie einen Gewinnzuwachs von mindestens 300.000 DM erzielt. Hierzu sei es nicht gekommen, weil sie auf eine Beteiligung bei der dafür am besten geeigneten DSB vertraut und die dieser darlehensweise zur Verfügung gestellten Mittel nicht anderweit im Schlauchbootgeschäft habe nutzen können. Mindestens wären die der DSB geliehenen 150.000 DM besser verzinst worden, wenn sie sie anders angelegt hätte.

Die Klägerin hat zuletzt die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für den Schaden beantragt, der ihr entstanden sei und noch entstehe, weil sie darauf vertraut habe, daß die Beklagten sie mit einer Beteiligung von 16/25 in die DSB aufnehmen würden; hilfsweise hat sie die Zahlung von 300.000 DM nebst Zinsen begehrt.

Das Berufungsgericht hat den Feststellungsantrag als unzulässig und den Hilfsantrag als unbegründet abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre bisherigen Anträge weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung der Revision.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. Der Senat vermag dem Berufungsgericht nicht darin zu folgen, daß die von der Klägerin in erster Linie verfolgte Feststellungsklage unzulässig ist. Es ist zwar richtig, daß die Möglichkeit, Leistungsklage zu erheben, die Klage auf die bloße Feststellung der Leistungspflicht grundsätzlich ausschließt. Es mag auch sein, daß die Klägerin den Schaden, den sie jetzt noch geltend macht, spätestens im zweiten Berufungsverfahren hätte beziffern und deshalb hätte beantragen können, die Beklagte zur Zahlung eines bestimmten Betrages zu verurteilen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs braucht aber die klagende Partei in der Regel von einer - zunächst zulässigen - Feststellungsklage nicht mehr zur Klage auf Leistung überzugehen, wenn ihr das erst im Laufe des Rechtsstreits möglich wird (BGH LM ZPO § 256 Nr. 5). Das hat das Berufungsgericht zwar nicht verkannt, aber gemeint, dieser Grundsatz gelte hier nicht, weil die Klägerin den jetzt allein noch im Streit befindlichen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens erst nach dem Erlaß des ersten Revisionsurteils verfolgt habe; da sie in diesem Zeitpunkt den Anspruch bereits hätte beziffern können, hätte sie sogleich auf Zahlung klagen müssen.

Dieser Rechtsansicht wäre zuzustimmen, wenn der Ausgangspunkt richtig wäre. Das ist nicht der Fall. Die Klägerin hatte zwar zunächst entscheidendes Gewicht

darauf gelegt darzutun, daß sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines wirksam abgeschlossenen Vertrages beanspruchen könne. Ihr anfangs gestellter, weiter als jetzt gefaßter Klagantrag schloß aber sonstige, auf einem anderen Rechtsgrund beruhende Ersatzansprüche nicht aus. Der von ihr unterbreitete Sachverhalt enthielt von Anfang an diejenigen Tatsachen, die - wie der Senat im ersten Revisionsurteil ausgeführt hat - Anlaß gaben zu prüfen, ob ein Anspruch der Klägerin auf Ersatz eines Vertrauensschadens wegen eines Verschuldens der Beklagten bei Vertragsschluß begründet war. Auf diese Anspruchsgrundlage hatte die Klägerin zudem, wenn auch in etwas anderem Sinn, ausdrücklich hingewiesen. Sie hatte die unter anderen zur Begründung eines Vertrauensschadens geeignete Behauptung aufgestellt, die Beklagten hätten sie hingehalten und ihr dadurch die Möglichkeit zunichte gemacht, sich anderweit gewinnbringend im Schlauchbootgeschäft zu beteiligen. Danach ist der jetzt noch zu beurteilende Anspruch, wenn er auch nicht in allen Punkten hinreichend substantiiert war, von Anfang an Gegenstand des Rechtsstreits gewesen und nicht erst nach dem ersten Revisionsurteil neu in den Prozeß eingeführt worden.

Für die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist es daher ohne Belang, ob die Klägerin den jetzt noch geltend gemachten Schaden im zweiten Berufungsverfahren ganz oder im wesentlichen hätte beziffern können. Sie hat an einer Sachentscheidung über den in zulässiger Weise zum Gegenstand der Feststellungsklage gemachten Anspruch ein berechtigtes jetzt noch fortwirkendes Interesse. Es dient

14
ferner der Bereinigung des Rechtsstreits der Parteien in dem jetzigen Stand des Verfahrens mehr, dem Feststellungsprozeß seinen Lauf zu lassen und damit eine Entscheidung über den Grund des Anspruchs herbeizuführen.

Soweit das Berufungsgericht mehr beiläufig ausführt, im übrigen sei die Schadensentwicklung bereits bei Erhebung der Klage im Dezember 1963 abgeschlossen und der Schaden infolgedessen schon damals bezifferbar gewesen, fehlt es in seinem Urteil an bestimmten Feststellungen, die diese Ansicht tragen.

II. Das Berufungsgericht sieht den Feststellungsantrag hilfsweise als unbegründet an, weil der Vortrag der Klägerin nicht ausreiche, um die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Vertrauensschadens darzutun (BU S. 10).

Das rechtfertigt die Abweisung des Hauptantrages ebenfalls nicht. Es erscheint schon zweifelhaft, ob das Berufungsgericht bei seinen Ausführungen hierzu berücksichtigt hat, daß eine Klage auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht nur abgewiesen werden darf, wenn feststeht, daß ein solcher Nachteil nicht entstanden ist. Einem Feststellungsantrag darf zwar stattgegeben werden, wenn ein Schaden hinreichend wahrscheinlich ist. Insofern genügt eine summarische Prüfung, weil der Kläger bei einer nachfolgenden Leistungsklage gleichwohl seinen Schaden in vollem Umfang nachweisen muß. Eine derartige pauschale Untersuchung rechtfertigt aber nicht die Abweisung eines Feststellungsantrages. Eine Entscheidung, mit der der Feststellungsantrag der Klägerin wegen der mangelnden

Wahrscheinlichkeit eines Schadens abgewiesen werden würde, wäre ein Sachurteil. Dessen Rechtskraft würde einer erneuten Klage wegen dieses Sachverhalts entgegenstehen, selbst wenn die Klägerin jetzt ihren Schaden nachweisen könnte. Die Abweisung des Hauptantrages wäre daher nur dann möglich gewesen, wenn sich das Berufungsgericht davon überzeugt hätte, daß die Klägerin keinen Schaden erlitten hatte (vgl. dazu BGH LM BGB § 638 Nr. 12).

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Überzeugung des Tatrichters dem angefochtenen Urteil entnommen werden kann, soweit sich die Klägerin darauf berufen hat, sie würde sich, wenn sie von den Beklagten nicht hingehalten worden wäre, anderweit im Schlauchbootgeschäft betätigt haben. Das braucht aber nicht abschließend erörtert zu werden. Die Klägerin hatte auch ganz allgemein geltend gemacht, sie hätte auf jeden Fall eine bessere Verzinsung der an die DSB gegebenen 150.000 DM erzielen können, wenn sie die Mittel anders angelegt hätte (BU S. 13). Diese Ausführungen durften nicht ohne weiteres deshalb als unwesentlich angesehen werden, weil die Klägerin sie nicht näher substantiiert habe. Das Berufungsgericht hätte sich in diesem Zusammenhang vielmehr mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob es einen Erfahrungssatz gibt, nach dem ein Industrieunternehmen wie die Klägerin bei einer insgesamt günstigen wirtschaftlichen Lage mit den der DSB geliehenen 150.000 DM bei einer anderweiten Verwendung - ob im Schlauchbootgeschäft oder anderswo - mehr als die von dieser Firma gezahlten 6 % Zinsen jährlich hätte erzielen können, und zwar auch

über den Zeitraum hinaus, in dem die DSB das Darlehen erhalten hatte. Wenn sich ein solcher Erfahrungssatz - was nahe liegt - feststellen läßt, kann dies möglicherweise schon zum Erfolg des Feststellungsantrages führen, ohne daß die Klägerin mehr hätte vortragen müssen. Zumindest fehlt gegenwärtig noch eine ausreichende Grundlage für die Feststellung, daß die Klägerin keinen Schaden erlitten hat.

Da das angefochtene Urteil schon aus diesem Grunde keinen Bestand haben kann, ist auf die weiteren Rügen der Revision und den Hilfsantrag nicht mehr einzugehen.

III. Das Berufungsgericht wird daher unter Würdigung dieser und aller weiteren von der Klägerin genannten Gesichtspunkte nach § 287 ZPO, notfalls unter Heranziehung von Sachverständigen, erneut zu prüfen haben, ob der von ihr behauptete Eintritt eines Vertrauensschadens hinreichend wahrscheinlich ist. Wird das bejaht, so muß es die von ihm noch offengelassene Frage beantworten, ob die Beklagten der Klägerin überhaupt den Ersatz eines Vertrauensschadens schulden.

Stimpel

Liesecke

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Tidow