

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 183/68

URTEIL

Verkündet am

30. April 1970

Horn,

Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

- 1) des Landwirts Max B [REDACTED],
- 2) seiner Ehefrau Cilli B [REDACTED] geb. H [REDACTED],
[REDACTED],
beide wohnhaft in Hof E [REDACTED] bei G [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Berufungs-
kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Heinz M [REDACTED], W [REDACTED], L [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin, Berufungs-
beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 1970
unter Mitwirkung der Bundesrichter Erbel, Dr. Vogt,
Dr. Finke, Schmidt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das
Urteil des 3. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts in Frankfurt/Main vom
12. Juli 1968 im Kostenpunkt und inso-
weit aufgehoben, als der Hilfsantrag
der Kläger auf Zahlung und Feststellung
abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur
anderweiten Verhandlung und Entschei-
dung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückge-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind Eigentümer des Grundstücks Bl[REDACTED]-
straße [REDACTED] in Wo[REDACTED], auf dem die Beklagte auf Grund
eines zwischen den Parteien am 23. August 1962 geschlos-
senen Bau- und Baubetreuungsvertrages ein Mietshaus

erstellt hat. Die Beklagte übernahm die Ausführung der Maurerarbeiten selbst und vermittelte die übrigen Bauhandwerker- und Lieferantenverträge im Namen und für Rechnung der Kläger. Außerdem gehörte die "technische und wirtschaftliche Planung und Oberleitung des Bauvorhabens" zu ihren Aufgaben. Über die Haftung für Mängel haben die Parteien bestimmt (§ 26 des Vertrages), daß die Beklagte die Gewährleistung für die von ihr gefertigten Pläne, die Bauleitung und die Maurerarbeiten übernimmt und für alle übrigen Leistungen die einzelnen Handwerker und Firmen den Klägern unmittelbar haften.

Die Kläger haben verschiedene Fehler in der Bauausführung gerügt. Am 19. Juli 1965 fand zwischen den Parteien eine Besprechung statt, bei der einzelne von der Beklagten zu beseitigende Mängel in eine Niederschrift aufgenommen wurden. Mit Schreiben vom 19. September 1965 machten die Kläger weitere Gewährleistungsansprüche geltend und erhoben auch Schadenersatzforderungen aus der Verletzung anderweitiger, die Beklagte treffender Pflichten.

Im vorliegenden Verfahren haben die Kläger 10.483,59 DM eingeklagt. Sie begehren außerdem die

- Feststellung, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihnen
- auch allen weiteren aus der mangelhaften Erstellung des Bauwerkes entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Beklagte hat widerklagend ihre restliche Vergütung von 6.683,12 DM verlangt.



Das Landgericht wies durch Teilurteil die mit der Klage geltend gemachten Zahlungsansprüche in Höhe von 7.756,52 DM als unbegründet und die Feststellungsklage als unzulässig ab; der Widerklage gab es in vollem Umfang statt.

Gegen dieses Urteil haben die Kläger Berufung eingelegt und zuletzt beantragt, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils

1. Die Beklagte zu verurteilen, an sie folgende Beträge zu zahlen:
 - a) DM 6.147,57 nebst 6 % Zinsen seit 1.3.1964 für Mietausfälle,
 - b) DM 1.588,95 nebst 6 % Zinsen seit 1.10.1965 für zusätzliche Aufwendungen.
2. Festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihnen allen weiteren Schaden zu ersetzen, der durch die mangelhafte Errichtung des Hauses Worms, Bleichstraße 5 - 7 entstanden ist und noch entsteht, und zwar durch die Mängel, die aufgeführt sind:
 - a) im Protokoll der Parteien vom 19. Juli 1965 zu 3 a, d, e, h, j, k, l, m, o, p, q, r, s, t,
 - b) in ihrem Schreiben an die Beklagte vom 13. September 1965, soweit nicht schon zu a) erwähnt,
 - c) im Gutachten des Sachverständigen G [REDACTED] vom 2. Dezember 1966.

hilfsweise:

- a) die Beklagte zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger DM 23.180,-- zu zahlen;

- b) festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihnen allen weiteren Schaden einschließlich der Wertminderung zu ersetzen, der aufgrund der mangelhaften Errichtung des Hauses Wo■■■■, Bl■■■■straße ■■■■ dadurch entstanden ist oder noch entstehen wird, daß
 - aa) durch mangelhafte Ausführung des Deckenputzes (3 - 4 mm statt 15 mm) die Schalldämmung im ganzen Haus schlechter ist,
 - bb) die Wände in 5 Wohnungen nicht die angebotene Stabilität besitzen, weil sie ursprünglich nur in einer Stärke von 9 bzw. 11 cm angebracht und später nur durch eine zusätzliche Trockenwand auf 24 cm verstärkt wurden,
 - cc) die Kunststeinplatten im Treppenhaus von schlechter Qualität und unsauber verlegt sind,
 - dd) die Fenster in allen Wohnungen in zu leichtem Material ausgeführt und undicht sind.

3. Die Widerklage abzuweisen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgen die Kläger lediglich den von ihnen im Berufungsrechtszug gestellten Klagantrag Ziffer 2 (einschließlich der Hilfsanträge) weiter. Soweit sie darüberhinaus die Revision ursprünglich auf einen Teilbetrag von 325,-- DM (Mietausfall V■■■■ und We■■■■) aus dem Klagantrag Ziffer 1 b) erstreckt hatten, haben sie das Rechtsmittel mit Zustimmung der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat zurückgenommen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Zu dem in den Revisionsrechtszug gelangten und dort verbliebenen Teil der Klage haben die Kläger vortragen lassen: Die Beklagte habe trotz Aufforderung und Fristsetzung die vorhandenen Mängel nicht beseitigt. Teilweise sei die von ihr durchgeführte Nachbesserung fehlgeschlagen. Weitere Maßnahmen durch die Beklagte seien den Klägern nun nicht mehr zuzumuten. Die Beseitigung der bereits entstandenen Schäden erfordere einen Aufwand von 20.000 - 30.000 DM; andere Schäden befänden sich noch in der Entwicklung, weshalb die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des gesamten Schadens gerechtfertigt sei. Außerdem könne erwartet werden, daß die Beklagte nach Abschluß des Feststellungsverfahrens auch zu der sich daraus für sie ergebenden Leistung bereit sei. Zumindest müsse dem Hilfsantrag der Kläger stattgegeben werden, mit dem sie auf der Grundlage eines von ihnen eingeholten Privatgutachtens von der Beklagten die Zahlung von 23.180 DM zuzüglich einer weiteren noch nicht bezifferbaren Wertminderung verlangen, die sich erst beim Verkauf des Hauses herausstelle.

2. Das Berufungsgericht verneint für die von den Klägern erhobene Feststellungsklage das Rechtsschutzinteresse, da die Kläger auf Leistung klagen könnten. Die von ihnen geltend gemachten Mängel seien durchweg

vor Klagerhebung bekannt gewesen, ihr Ausmaß sei absehbar und zu beziffern. Zumindest hätten die Kläger einen unbezifferten Leistungsantrag stellen können. Damit, daß die Beklagte auf ein Feststellungs-
urteil hin zahle, sei nicht zu rechnen. In der von den Klägern im zweiten Rechtszug hilfsweise erhobenen Leistungsklage sieht das Berufungsgericht eine unzulässige Klagänderung, die es nicht für sachdienlich hält. Der darüber hinausgehenden Eventualfeststellungsklage fehle ebenfalls das Rechtsschutzinteresse.

3. Die gegen diese Ausführungen von der Revision gerichteten Angriffe haben insoweit Erfolg, als das Berufungsgericht die hilfsweise von den Klägern erhobene Klage auf Zahlung von 23.180 DM und Feststellung als unzulässig abgewiesen hat.

a) Zu der in erster Linie erhobenen Feststellungsklage bemängelt die Revision lediglich, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß der Streit der Parteien vornehmlich darum gehe, ob die behaupteten Mängel überhaupt vorhanden seien und ob die Beklagte dafür hafte. Es sei sehr wohl damit zu rechnen, daß sie sich einer gerichtlichen Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht füge und daß dann eine Einigung über die Schadenshöhe ohne Schwierigkeit möglich sei. Diese Rüge ist unbegründet.

Nach gefestigter Rechtsprechung schließt allerdings die Möglichkeit der Leistungsklage das Feststellungsinteresse nicht schlechthin aus. Entscheidend sind in Fällen, in denen auch eine Leistungsklage er-

hoben werden könnte, vielmehr stets Gründe der Prozeßwirtschaftlichkeit und der Vereinfachung des Verfahrens. Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage ist deshalb trotz der Möglichkeit einer Leistungsklage immer dann zu bejahen, wenn die Durchführung des Feststellungsverfahrens nach den Besonderheiten des einzelnen Falles zu einer abschließenden oder doch prozeßwirtschaftlich sinnvolleren Entscheidung des Parteienstreits führt (BGH LM Nr. 27, 34, 35 zu § 256 ZPO). Während das für Feststellungsklagen, die gegen die öffentliche Hand gerichtet sind, weitgehend vorausgesetzt werden darf (RGZ 129, 31, 34; einschränkend: 152, 193, 198), kann dasselbe bei Privatunternehmen, auch wenn sie dem Umfang nach eine gewisse Bedeutung erlangt haben, nicht ohne weiteres angenommen werden (vgl. BAG NJW 1962, 270).

Im vorliegenden Falle hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß festgestellt, es fehle an jedem Anhalt dafür, daß der Rechtsstreit zwischen den Parteien mit einem Feststellungsverfahren abschließend erledigt werden könnte. Die Beklagte hat das ausdrücklich verneint. Sie hat im übrigen auch die Höhe der von den Klägern geltend gemachten Schäden bestritten, so daß schwerlich damit zu rechnen ist, nach einer Entscheidung über den Grund der angeblichen Ansprüche könne ein weiterer Rechtsstreit vermieden werden.

Andere Gesichtspunkte, die zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses für die in erster Linie erhobene Feststellungsklage führen könnten, greift die Revision nicht auf. Die beiden Vorinstanzen haben diesen Klagantrag daher mit Recht als unzulässig abgewiesen.

b) Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht die im zweiten Rechtszug von den Klägern hilfsweise erhobene Zahlungsklage gleichfalls abweist, halten dagegen der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Es ist seit langem in der Rechtsprechung anerkannt, daß der Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage und umgekehrt keine nach § 264 ZPO zu behandelnde Klagänderung darstellt, sondern als eine bloße Abwandlung des Klagantrags im Sinne des § 268 Ziff. 2 ZPO anzusehen ist (RGZ 171, 202, 203; BGH NJW 1951, 311, 312 unter III; vgl. auch BGH NJW 1960, 1950 für den Übergang von der Auskunfts- und Rechnungslegungsklage zur Leistungs- bzw. Feststellungsklage). Der neue Antrag muß sich freilich auch und gerade, wenn es sich um einen Hilfsantrag handelt, in derselben Richtung wie der (ursprüngliche) Hauptantrag bewegen, sich also auf dasselbe Rechtsverhältnis beziehen (BGH NJW 1951, 311, 312). Insoweit bestehen aber im vorliegenden Falle keinerlei Bedenken.

c) Dem Berufungsgericht kann schließlich auch darin nicht zugestimmt werden, daß es dem von den Klägern hilfsweise verfolgten ergänzenden Feststellungsbegehren das Rechtsschutzinteresse abspricht.

Mit diesem Antrag wollen die Kläger, wie aus ihrer Berufungsbegründungsschrift hervorgeht und in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat klargestellt wurde, allein die Schäden erfassen, die sich als Auswirkung der behaupteten Mängel erst bei einem evtl. späteren Verkauf des Hauses herausstellen. Es

handelt sich also um den durch Mängel bedingten sog. merkantilen Minderwert des Gebäudes, dessen Ausgleich die Kläger nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verlangen können, wenn ihnen die Beklagte im Rahmen ihrer Gewährleistungspflicht wegen Mängel am Bauwerk auf Schadenersatz haftet (BGHZ 9, 98; BGH BB 1961, 1216; Senatsurteil v. 24. Februar 1969 VII ZR 173/66).

Unter welchen Voraussetzungen es ganz allgemein für einen Bauherrn als zumutbar angesehen werden muß, eine auf Ersatz des merkantilen Minderwertes an einem Gebäude gerichtete Klage zu beziffern oder ihr wenigstens die Form einer unbezifferten Leistungsklage zu geben, braucht nicht abschließend erörtert zu werden. Denn in einem Falle wie dem vorliegenden, in dem nach den Behauptungen der Kläger noch umfangreiche Mängelbeseitigungsarbeiten durchzuführen sind, nach deren Abschluß sich erst auch nur einigermaßen zuverlässig beurteilen läßt, in welchem Umfange an dem Gebäude noch ein merkantiler Minderwert verbleibt, kann das Rechtsschutzinteresse für eine Klage, mit der die Kläger schon jetzt die Feststellung der dahingehenden Ersatzpflicht der Beklagten erstreben, keinesfalls verneint werden.

II.

Das angefochtene Urteil ist daher auf die Revision unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben

und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das nunmehr die von den Klägern erhobenen Ansprüche sachlich zu überprüfen haben wird.

Erbel

Vogt.

Finke

Bundesrichter Schmidt
befindet sich in Urlaub,
ist abwesend und kann
deshalb nicht unterschreiben.

Erbel

Girisch