BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 26/15

Verkündet am:
11. Dezember 2015
Weschenfelder
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 249 Hd

Der Schadensersatzanspruch des Käufers besteht in Höhe der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten fort, wenn er das mangelbehaftete Grundstück ohne Abtretung des Anspruchs veräußert hat (Bestätigung von Senat, Urteil vom 15. Juni 2012 - V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 und Abgrenzung von Senat, Urteil vom 4. Mai 2001 - V ZR 435/99, BGHZ 147, 320).

ZPO § 91a, § 97 Abs. 2

a) Dass ein Kläger in der Lage war, eine (einseitige) Erledigungserklärung bereits vor dem erstinstanzlichen Gericht abzugeben, schließt eine solche Erklärung und die hiermit verbundene Umstellung auf einen Feststellungsantrag in der Berufungsinstanz nicht aus.

b) Allerdings kommt in einem solchen Fall die Anwendung des § 97 Abs. 2 ZPO in Betracht. Dem steht nicht entgegen, dass das erstinstanzliche Gericht es versäumt hat, auf die Notwendigkeit der Antragsumstellung hinzuweisen.

BGH, Urteil vom 11. Dezember 2015 - V ZR 26/15 - OLG Köln
LG Köln

ECLI:DE:BGH:2015:111215UVZR26.15.0

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2015 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterinnen Prof. Dr. Schmidt-Räntsch und Dr. Brückner, den Richter Dr. Göbel und die Richterin Haberkamp

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 30. Dezember 2014 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussrevision der Kläger wird das genannte Urteil unter Zurückweisung der weitergehenden Anschlussrevision im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Berufungsantrag zu 3 der Kläger zurückgewiesen worden ist.

Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache in Höhe von 1.718,49 € erledigt ist.

Von den Kosten der ersten Instanz tragen die Beklagte 45 % und die Kläger 55 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagte zu 33 % und die Kläger zu 67 %. Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der Beklagten zu 36 % und den Klägern zu 64 % auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Kläger erwarben mit notariellem Kaufvertrag vom 21. April 2009 von der Beklagten zum Preis in Höhe von 148.000 € ein Hausgrundstück unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel. Die Kläger, die das Haus ab dem 1. Mai 2009 betreten durften, stellten Feuchtigkeitsschäden im Erdgeschoss sowie einen Sturmschaden im Dachgeschoss fest. Am 12. Mai 2009 fand ein Ortstermin mit den Parteien, dem Zeugen R. sowie Dipl.-Ing. J. statt. Auf der Grundlage einer „Kostenvorermittlung für Putzerneuerung in der Küche“, die einen Betrag von „ca. 3.590 € netto“ auswies, beauftragte die Beklagte die später insolvent gewordene Firma B. GmbH mit der Ausführung entsprechender Arbeiten. Am 22. Mai 2009 wandten sich die Kläger mit anwaltlichem Schreiben an den für die Beklagte tätigen Zeugen R. mit folgendem Inhalt:

> „Wir würden daher um eine kurze Bestätigung nach hier (gerne auch per E-Mail) durch die Verkäuferin bitten, dass sie die Ursachen der Feuchteschäden im Erdgeschoss sowie die dadurch entstandenen Schäden sach- und fachgerecht beseitigen lässt. Gleiches gilt für den Sturmschaden im Obergeschoss. Sämtliche sich zugunsten der Verkäuferin ergebenden Gewährleistungsansprüche bezüglich der vorgenannten Maßnahmen werden an unsere Mandanten abgetreten, die die Abtretung annehmen.“

2 Am 25. Mai 2009 erhielt der anwaltliche Vertreter der Kläger das Schreiben mit dem von dem Zeugen R. angebrachten Vermerk: „Akzeptiert: Leverkusen 25.5.2009“ und der Unterschrift der Beklagten zurück.

3 Die Kläger, die die Kostenvorermittlung der J. GmbH für nicht vollständig hielten, setzten der Beklagten mit Schreiben vom 2. Juni 2009 eine Nachfrist zur sach- und fachgerechten Ausführung der erforderlichen Arbeiten. Die Beklagte lehnte es ab, weitere als die von der B. GmbH durchgeführten Arbeiten vorzunehmen.

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android

Available on the App Store
JLaw – für iOS

4 Mit ihrer Klage verlangen die Kläger, die das Grundstück während des Rechtsstreits veräußert haben, Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 9.496,64 € netto. Ferner haben sie die Feststellung beantragt, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihnen höhere Sanierungskosten, dabei insbesondere die Mehrwertsteuer zu ersetzen, soweit diese im Zuge der Arbeiten, für die Schadensersatz begehrt werde, anfallen.

5 Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 3.421,01 € nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat den Klägern, die den Rechtsstreit in der Berufungsinstanz wegen eines Betrages von 1.718,49 € (Prüfungs- und Untersuchungskosten) für erledigt erklärt haben, unter Zurückweisung der weitergehenden Berufungen beider Parteien insgesamt 4.630,25 € nebst Zinsen zuerkannt. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision möchte die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage erreichen. Die Kläger verfolgen mit der Anschlussrevision ihre im Berufungsrechtszug erfolglos gebliebenen Anträge weiter. Beide Parteien beantragen die Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

6 Nach Ansicht des Berufungsgerichts haben die Kläger aufgrund der Vereinbarung vom 22./25. Mai 2009 gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 780, § 241 Abs. 1 Satz 1, § 311 Abs. 1, § 281 Abs. 1 Satz 1 und § 249 Abs. 2 BGB in Höhe von insgesamt 4.630,25 €. Indem die Beklagte die seitens der Kläger geforderte Bestätigung „akzeptiert“ habe, habe sie sich wirksam zur Beseitigung der Schäden verpflichtet. Nicht beanspruchen

könnten die Kläger die Kosten für die Beseitigung der von dem Sachverständigen M. im selbständigen Beweisverfahren festgestellten Defekte im Entwässerungssystem, die bei Abschluss der Vereinbarung noch allseits unbekannt gewesen seien.

7 Ihren Schaden könnten die Kläger nach der Höhe der Aufwendungen berechnen, die zur vertragsgemäßen Erfüllung der Verpflichtung erforderlich seien. Hierbei komme es nicht darauf an, dass die Kläger das Grundstück vor Durchführung der Mangelbeseitigung und ohne Abtretung des Schadensersatzanspruches veräußert hätten.

8 Da die Kläger die Schäden nach Veräußerung des Grundstücks nicht mehr zur Vermehrung ihres Vermögens beseitigen lassen könnten und entsprechende Absprachen mit den Erwerbern nicht mit Substanz vorgetragen seien, scheide die beantragte Feststellung hinsichtlich weitergehender Schäden aus. Soweit die Kläger mit ihrer Berufung die Abweisung der Schadensposition „Prüfung des Putzaufbaus und des Putzuntergrundes“ sowie Untersuchungskosten in Höhe von insgesamt 1.718,49 € netto beanstandeten und nunmehr den Rechtsstreit in der Hauptsache in dieser Höhe für erledigt erklären wollten, könne dahinstehen, ob die Berufung überhaupt zulässig sei. Jedenfalls habe es den Klägern oblegen, ihren Schaden bis zur letzten mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz hinsichtlich aller geltend gemachten Positionen zu überprüfen. Die Prüfungs- und Untersuchungskosten habe das Landgericht zu Recht als im Verlaufe des Rechtsstreits entfallen abgewiesen.

II.

9 Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Anschlussrevision der Kläger führt zur Aufhebung und Abänderung des angefochtenen Urteils, soweit

das Berufungsgericht ihren Antrag auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache in Höhe eines Betrages von 1.718,49 € abgewiesen hat.

10 Zur Revision der Beklagten:

11 Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision der Beklagten im Ergebnis stand.

12 1. Dass die Beklagte den Klägern dem Grunde nach auf Schadensersatz haftet, beruht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts allerdings nicht auf der Verletzung der Pflichten aus einem Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB in Verbindung mit § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB. Vielmehr können die Kläger Schadensersatz gemäß § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3 BGB und § 281 Abs. 1 BGB verlangen. Die zwischen den Parteien am 22./25. Mai 2009 zustande gekommene Vereinbarung ist rechtlich nicht als abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB, sondern lediglich als deklaratorisches Anerkenntnis zu qualifizieren.

13 a) Durch ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis im Sinne der §§ 780, 781 BGB soll unabhängig von dem bestehenden Schuldverhältnis eine neue selbständige Verpflichtung geschaffen werden. Hiervon kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Zweifel nicht ausgegangen werden, wenn auf den Schuldgrund ausdrücklich hingewiesen wird (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 2002 - VI ZR 299/00, NJW 2002, 1791, 1792). Die Angabe des Schuldgrundes spricht deshalb entscheidend für das Vorliegen eines so genannten deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, durch das eine bereits bestehende Schuld bestätigt werden soll. Der Anerkennende ist in einem solchen Fall regelmäßig mit der Berufung auf sämtliche Einwendungen und der Geltendmachung sämtlicher Einreden ausgeschlossen, die ihm bei Abgabe seiner Erklärung bekannt waren oder mit denen er rechnete

(BGH, Urteil vom 24. März 1976 - IV ZR 222/74, BGHZ 66, 250, 254 f; Senat, Urteil vom 30. Mai 2008 - V ZR 184/07, NJW 2008, 3122 Rn. 12).

14 b) Vorliegend stellt sich die Vereinbarung als deklaratorisches Schuldanerkenntnis dar. Inhaltlich ging es um die Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden, die die Kläger nach Abschluss des Kaufvertrages festgestellt hatten und deren Beseitigung Gegenstand der Ortsbesichtigung und der Gespräche zwischen den Parteien waren. Erkennbares Ziel der Vereinbarung war es, die Verpflichtung der Beklagten zur Beseitigung der diskutierten Feuchtigkeitsschäden der Ungewissheit zu entziehen, die Pflicht der Beklagten zur Mängelbeseitigung festzulegen und so einen Rechtsstreit um diesen Anspruch zu vermeiden. Dies schließt die Annahme eines von dem Schuldgrund losgelösten abstrakten Schuldversprechens im Sinne des § 780 BGB aus.

15 c) Die Beklagte war deshalb gemäß § 439 Abs. 1 BGB verpflichtet, die Feuchtigkeitsschäden an dem verkauften Objekt zu beseitigen. Auf den im Kaufvertrag enthaltenen und ihr im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung bekannten Haftungsausschluss kann sie sich wegen des Anerkenntnisses nicht berufen. Da sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts trotz Fristsetzung die Mängel nicht ordnungsgemäß beseitigt hat, ist sie den Klägern gemäß § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3 BGB und § 281 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.

16 2. Im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, den Klägern sei ein ersatzfähiger Schaden in Höhe von 4.630,25 € entstanden.

17 a) Dass sich die von dem Berufungsgericht in dieser Höhe zuerkannten Mängelbeseitigungskosten auf den Feuchtigkeitsschaden beziehen, zu dessen

Beseitigung die Beklagte aufgrund ihres Anerkenntnisses verpflichtet war, wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

18 b) Die zur Mängelbeseitigung voraussichtlich erforderlichen Kosten können von den Klägern im Rahmen des so genannten kleinen Schadensersatzes als Schaden geltend gemacht werden, wobei es unerheblich ist, ob der Mangel tatsächlich beseitigt wird oder nicht (vgl. Senat, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 33).

19 c) Dass die Kläger zwischenzeitlich das Hausgrundstück ohne Abtretung des Schadensersatzanspruchs veräußert haben, schließt den Schadensersatzanspruch nicht aus. Dem steht, anders als das Berufungsgericht meint, nicht die Rechtsprechung des Senats entgegen, wonach bei der Beschädigung eines Hausgrundstücks der Schaden dann nicht mehr fiktiv in Höhe der Reparaturkosten abgerechnet werden kann, wenn das Grundstück ohne Reparatur veräußert und auch der Schadensersatzanspruch nicht an die Erwerber abgetreten worden ist (Senat, Urteil vom 4. Mai 2001 - V ZR 435/99, BGHZ 147, 320, 323 unter teilweiser Aufgabe des Urteils vom 2. Oktober 1981 - V ZR 147/80, BGHZ 81, 385, 392).

20 aa) In dem genannten Urteil vom 4. Mai 2001 ging es um deliktische Schadensersatzansprüche gemäß § 823 Abs. 2, § 909 BGB im Zusammenhang mit der Beschädigung eines Grundstücks. Zur Begründung des Ausschlusses eines Geldanspruchs gemäß § 249 Satz 2 aF (= § 249 Abs. 2 BGB) im Falle einer Veräußerung ohne Abtretung des Schadensersatzanspruchs an den Erwerber hat der Senat darauf hingewiesen, dass auch dieser Geldanspruch eine besondere Form des Naturalersatzanspruches nach § 249 Satz 1 aF (= § 249 Abs. 1 BGB) darstellt und deshalb wie dieser voraussetzt, dass die Naturalrestitution noch möglich ist. Ist aber eine Naturalrestitution wegen der Veräußerung

ausgeschlossen, kann der Geschädigte nach der Konzeption des Gesetzes lediglich noch Kompensation seines Schadens gemäß § 251 Abs. 1 BGB verlangen.

21 bb) Wie der Senat bereits entschieden hat, findet diese Rechtsprechung jedoch keine Anwendung, wenn ein Käufer - wie hier - einen kaufrechtlichen Schadensersatzanspruch gemäß § 437 Nr. 3 BGB, § 280 Abs. 1 und 3 BGB, § 281 BGB wegen eines Mangels geltend macht (Urteil vom 15. Juni 2012 - V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rn. 31). Bei einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung scheidet eine Naturalrestitution aus, weil dadurch die Erfüllung der vertraglichen Leistung herbeigeführt würde, die der Besteller - wie in § 281 Abs. 4 BGB ausdrücklich geregelt ist - gerade nicht mehr verlangen kann (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 - VII ZR 179/11, NJW 2013, 370 Rn. 9). Dieser Anspruch ist deshalb von Anfang an nur auf Geld gerichtet. Damit findet die Vorschrift des § 249 BGB, die dem Geschädigten einen Anspruch auf Naturalrestitution einräumt und lediglich als besondere Form dieses Herstellungsanspruchs gemäß § 249 Abs. 2 BGB einen Zahlungsanspruch vorsieht, keine Anwendung (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 6. November 1986 - VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81, 88; Urteil vom 22. Juli 2004 - VII ZR 275/03, NJW-RR 2004, 1462, 1463 zu einem werkvertraglichen Schadensersatzanspruch). Der ansonsten erforderlichen Abgrenzung zwischen einer Entschädigung gemäß § 249 Abs. 2 BGB und einem Schadensersatzanspruch gemäß § 251 BGB bedarf es nicht. Ebenso wie im Werkvertragsrecht besteht auch im Kaufvertragsrecht der Schadensersatzanspruch des Käufers in Höhe der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten fort, wenn er das mangelbehaftete Grundstück ohne Abtretung des Anspruchs veräußert hat.

22 Zur Anschlussrevision der Kläger:

23 Die Anschlussrevision der Kläger hat Erfolg, soweit es um die von ihnen im Berufungsrechtszug beantragte Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits wegen eines Betrages von 1.718,49 € geht. Im Übrigen ist sie unbegründet.

24 1. Entgegen der Auffassung der Kläger beruht die Aberkennung des Zahlungsanspruchs in Höhe weiterer 3.147,90 € (Kosten für die Erneuerung der Dachentwässerung) nicht auf Rechtsfehlern. Die Auslegung der Vereinbarung vom 22./25. Mai 2009 ist im Rahmen der revisionsrechtlich nur beschränkt möglichen Überprüfung (vgl. dazu nur Senat, Urteil vom 27. Juni 2014 - V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423 Rn. 14 mwN) nicht zu beanstanden. Die von den Klägern auf Art. 103 Abs. 1 GG gestützte Verfahrensrüge hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

25 2. Keinen Rechtsfehler lässt auch die Beurteilung des Berufungsgerichts erkennen, die Kläger könnten die Feststellung der Haftung der Beklagten hinsichtlich weitergehender Schäden nicht verlangen. Insoweit fehlt es bereits an dem für eine Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse. Es ist nicht ersichtlich, dass den Klägern ein weiterer Schaden entstehen kann.

26 a) Zwar kommt ein Feststellungsinteresse bei einer - hier gegebenen - Schadensabrechnung nach den voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten insbesondere im Hinblick auf die Umsatzsteuer in Betracht; denn diese kann ein Geschädigter erst dann geltend machen, wenn er die Mängelbeseitigung tatsächlich durchführen lässt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330 Rn. 16). Entsprechendes gilt für Vermögens-

nachteile aufgrund eventueller Preissteigerungen und im Zuge der Arbeiten auftretender weiterer Sanierungs- oder Entsorgungskosten.

27 b) Da die Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aber gegenüber den Erwerbern des Grundstücks nicht zu einer Beseitigung der Mängel verpflichtet sind, können ihnen künftig keine über die zugesprochenen voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten hinaus gehenden Schäden mehr entstehen.

28 3. Erfolg hat die Anschlussrevision allerdings insoweit, als sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht dem in der Berufungsinstanz erstmalig gestellten Antrag auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache in Höhe eines Betrages von 1.718,49 € (Prüfungs- und Untersuchungskosten) nicht stattgegeben hat.

29 a) Die von dem Berufungsgericht angedeuteten, aber nicht näher begründeten Zweifel daran, ob die Berufung der Kläger im Hinblick auf diesen Antrag zulässig ist, sind unbegründet. Zwar setzt die durch den Senat von Amts wegen zu prüfende (§ 557 Abs. 3 Satz 2 ZPO) Zulässigkeit der Berufung neben der Beschwer des Rechtsmittelklägers voraus, dass er erstrebt, diese Beschwer mit dem Rechtsmittel zu beseitigen. Das vorinstanzliche Begehren muss also zumindest teilweise weiterverfolgt werden, es darf nicht ausschließlich ein neuer Anspruch geltend gemacht werden (BGH, Beschluss vom 16. September 2008 - IX ZR 172/07, MDR 2008, 1351, Rn. 4 mwN). Diese Voraussetzung ist hier aber bereits deshalb erfüllt, weil die Kläger mit der Berufung unter anderem einen ihnen vom Landgericht aberkannten Zahlungsanspruch in Höhe von 4.357,14 € weiterverfolgt und damit nicht ausschließlich einen neuen Anspruch geltend gemacht haben.

30 b) Die mangels Zustimmung der Beklagten einseitig gebliebene (teilweise) Erledigungserklärung der Kläger hat zu einer Veränderung des Streitgegenstandes geführt. Sie enthält den Antrag, anstelle des bisherigen Zahlungsantrags in Höhe eines Teilbetrages von 1.718,49 € die Erledigung in der Hauptsache festzustellen (vgl. zur sogenannten Klageänderungstheorie nur BGH, Beschluss vom 22. Juni 2004 - X ZB 40/02, MDR 2004, 1251). Die Begründung, mit der das Berufungsgericht diesen neuen Klageantrag abgewiesen hat, ist rechtsfehlerhaft. Er ist zulässig und auch in der Sache begründet.

31 aa) Zutreffend ist allerdings, dass die Erstattungsfähigkeit der in dem Gutachten des in dem selbständigen Beweisverfahren beauftragten Sachverständigen M. aufgeführten Prüfungs- und Untersuchungskosten schon während des Rechtsstreits vor dem Landgericht entfallen ist, nachdem diese Maßnahmen im Zusammenhang mit der Einholung des weiteren Gutachtens der Sachverständigen W. durchgeführt worden waren. Dass die Kläger deshalb jedenfalls objektiv in der Lage waren, die Erledigungserklärung bereits in erster Instanz abzugeben, mag zu einer anteiligen Kostenbelastung gemäß § 97 Abs. 2 ZPO führen (siehe III.), schließt die Abgabe einer solchen Erklärung und die Umstellung auf einen Feststellungsantrag in der Berufungsinstanz aber nicht aus. Ebenso wie die Erledigung der Hauptsache im Revisionsverfahren erklärt werden kann, obwohl die materielle Erledigung schon vor Einlegung der Berufung eingetreten ist und die Erklärung darüber schon im Berufungsverfahren hätte abgegeben werden können (BGH, Urteil vom 8. Februar 1989 - IVa ZR 98/87, BGHZ 106, 359, 368), ist es einem Kläger grundsätzlich möglich, in der Berufungsinstanz den Rechtsstreit (teilweise) für erledigt zu erklären, obwohl ihm dies schon in der ersten Instanz möglich war (vgl. hierzu auch - allgemein gegen eine zeitliche Grenze für die Abgabe der Erledigungserklärung - MüKoZPO/Lindacher, 4. Aufl., § 91a Rn. 114).

32 bb) Die Zulässigkeit des neuen Antrags der Kläger hängt auch nicht davon ab, ob das Landgericht die Kläger darauf hätte hinweisen müssen, dass die Klage in Höhe eines Betrages von 1.718,49 € wegen der von der Sachverständigen W. durchgeführten Maßnahmen unbegründet geworden ist. Bei dem Übergang vom ursprünglichen Sachantrag zur Erledigungserklärung handelt es sich um eine privilegierte Klageänderung nach § 264 Nr. 2 ZPO (BGH, Urteil vom 7. Juni 2001 - I ZR 157/98, NJW 2002, 442). In den Fällen des § 264 Nr. 2 und 3 ZPO kommt § 533 ZPO, der besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Klageänderung in der Berufungsinstanz normiert, von vorneherein nicht zur Anwendung (vgl. Senat, Urteil vom 19. März 2004 - V ZR 104/03, BGHZ 158, 295, 305 ff.).

33 cc) Der Feststellungsantrag ist auch in der Sache begründet. Dies kann der Senat selbst entscheiden, weil es insoweit keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen bedarf (§ 563 Abs. 3 ZPO).

34 (1) Wenn - wie hier - der Kläger die Klage (teilweise) für erledigt erklärt hat, ist zu prüfen, ob die Klage bis zu dem geltend gemachten Ereignis zulässig und begründet war und ob sie durch dieses Ereignis erledigt ist, also unzulässig oder unbegründet geworden ist. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist die Erledigung der Hauptsache festzustellen; andernfalls ist die Klage abzuweisen (BGH, Urteil vom 22. April 2004 - I ZR 21/02, NJW-RR 2004, 1619, 1620).

35 (2) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die von den Klägern beantragte Feststellung der Erledigung auszusprechen. Die in dem Gutachten des Sachverständigen M. enthaltenen Prüfungs- und Untersuchungskosten in Höhe von insgesamt 1.718,49 € gehörten im Zeitpunkt der Klageerhebung zu den von der Beklagten als Schadensersatz geschuldeten Mängelbeseitigungskosten. Die auf eine entsprechende Zahlung gerichtete Klage der Kläger war

deshalb zunächst zulässig und auch begründet. Sie ist erst im Verlaufe des Rechtsstreits dadurch in Höhe der genannten Kosten unbegründet geworden, dass die von dem Landgericht beauftragte Sachverständige W. die Maßnahmen durchgeführt hat.

III.

36 Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 und 2 ZPO. Soweit die Kläger mit ihrer Anschlussrevision Erfolg haben, sind ihnen gemäß § 97 Abs. 2 ZPO die anteiligen Kosten der Rechtsmittelverfahren (Berufungs- und Revisionsverfahren) aufzuerlegen.

37 Sie obsiegen mit ihrem Antrag auf Feststellung der Erledigung in Höhe eines Teilbetrages von 1.718,49 € nur aufgrund ihres neuen Antrags in der Berufungsinstanz. Neues Vorbringen im Sinne dieser Vorschrift kann auch eine (privilegierte) Klageänderung darstellen (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 31. Aufl., § 97 Rn. 13; MüKoZPO/Schulz, 4. Aufl., § 97 Rn. 23). Die Kläger wären bei einer gewissenhaften Prozessführung bereits im ersten Rechtszug zur Abgabe der Erledigungserklärung im Stande gewesen. Wie das Berufungsgericht - wenn auch in anderem Zusammenhang - zutreffend ausführt, hätten sie den von ihnen geltend gemachten Schaden in der letzten mündlichen Verhandlung hinsichtlich aller Positionen überprüfen und ihre Antragstellung entsprechend anpassen müssen. Da dies unterblieben ist, haben sie in den Rechtsmittelinstanzen zusätzliche Kosten verursacht.

38 Der Anwendbarkeit des § 97 Abs. 2 ZPO steht nicht entgegen, dass das erstinstanzliche Gericht es versäumt hat, auf die Notwendigkeit der Antragsumstellung hinzuweisen (vgl. OLG Saarbrücken, OLGR 2008, 746, 747; PG/Schneider, ZPO, 7. Aufl., § 97 Rn. 8, MüKoZPO/Schulz, 4. Aufl. § 97 Rn. 24). Die Vorschrift hat die Kostengerechtigkeit zum Ziel und soll zugleich einer Prozessverschleppung entgegenwirken (MüKoZPO/Schulz, 4. Aufl., § 97 Rn. 24). Dieser Grundgedanke greift aber bereits dann ein, wenn bei einer gewissenhaften Prozessführung der in der Rechtsmittelinstanz obsiegenden Partei die zusätzlichen Kosten nicht angefallen wären. Es kann deshalb dahinstehen, ob das Landgericht die Kläger hätte darauf hinweisen müssen, dass die Klage in Höhe der Prüfungs- und Untersuchungskosten nachträglich unbegründet geworden ist.

Stresemann Schmidt-Räntsch Brückner

Göbel Haberkamp

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 09.01.2014 - 14 O 911/10 -
OLG Köln, Entscheidung vom 30.12.2014 - 17 U 14/14 -