



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VII ZR 440/00

Verkündet am:  
6. Dezember 2001  
Heinzelmann,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: \_\_\_\_\_ nein

ZPO §§ 253 Abs. 2 Satz 2, 256

Ein Feststellungsantrag, mit dem eine Gewährleistungspflicht festgestellt werden soll, hat die Mängel im einzelnen so genau zu bezeichnen, daß kein Zweifel darüber entstehen kann, für welche Mängel die Gewährleistungspflicht besteht.

BGH, Urteil vom 6. Dezember 2001 - VII ZR 440/00 - OLG Düsseldorf  
LG Düsseldorf

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 2001 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. Oktober 2000 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz von Nachbesserungskosten unter Nr. 2 Abs. 2 des Tenors festgestellt hat (Feststellungsantrag zu 2).

Insoweit wird die Klage ebenfalls abgewiesen.

Die Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges sowie die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens 1 OH 11/96 LG Düsseldorf tragen die Beklagte zu 76 % und die Kläger zu 24 %.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens tragen die Beklagte 59 % und die Kläger 41 %.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte errichtete für die Kläger eine Wohnanlage. Die Kläger machen Gewährleistungsansprüche geltend. Sie haben ein selbständiges Beweisverfahren gegen die Beklagte durchgeführt. Auf der Grundlage der Feststellungen des mit der Begutachtung beauftragten Sachverständigen haben sie Zahlung von 64.282,78 DM verlangt. Weiterhin haben sie beantragt festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Wohnungseigentümergeinschaft allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihr aus den im selbständigen Beweisverfahren festgestellten Mängeln der Wohnanlage entstanden ist und künftig entsteht (Feststellungsantrag zu 1). Darüber hinaus haben sie beantragt festzustellen, daß die Beklagte die gleiche Verpflichtung für jene gerügten Baumängel treffe, die mangels der benötigten Auszüge aus der Statik sowie der Bewehrungszeichnungen sowie des Wärmeschutznachweises bzw. der Baubeschreibung betreffend Beweisfrage 11, 16 und 18 des Beweissicherungsgutachtens, deren Herausgabe der Beklagten durch Beschluß des Landgerichts Düsseldorf vom 28. Mai 1997 im Verfahren 1 OH 11/96 auferlegt worden sei, nicht hätten festgestellt werden können (Feststellungsantrag zu 2). Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten ist der zu zahlende Betrag auf 53.963,90 DM reduziert worden. Die Berufung gegen das Feststellungsurteil ist mit der Maßgabe erfolglos geblieben, daß die Ersatzpflicht nicht für Schäden, sondern für alle weiteren Nachbesserungskosten festgestellt worden ist. Der Senat hat die Revision der Beklagten hinsichtlich des Feststellungsantrags zu 2 angenommen. Die Beklagte begehrt Klageabweisung.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat im Umfang der Annahme Erfolg. Der Feststellungsantrag zu 2 ist unzulässig. Die Klage ist daher insoweit abzuweisen.

I.

Das Berufungsgericht begründet sein Urteil zum Feststellungsantrag wie folgt:

Der Feststellungsantrag sei gemäß § 256 ZPO zulässig und begründet, soweit er sich auf die Kosten der Nachbesserung beziehe. Soweit der Feststellungsantrag auf Ersatz der Kosten für die Baumängel gemäß Beweisfragen 11, 16, 18 des Gutachtens im selbständigen Beweisverfahren gerichtet sei, könne von dem erforderlichen Feststellungsinteresse ausgegangen werden. Der Antrag sei auch begründet, da den Klägern ein Vorschußanspruch zustehe. Eine Feststellungsklage neben einem Vorschußanspruch sei zulässig.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung im wesentlichen Punkt nicht stand.

1. Eine Klage auf Feststellung der Ersatzpflicht des Unternehmers für weitere Nachbesserungskosten kann neben einer Vorschußklage erhoben werden. Das hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden (BGH, Urteil vom 20. Februar 1986 - VII ZR 318/84 = BauR 1986, 345). Die Angriffe der Revision geben keinen Anlaß, davon abzuweichen. Das Feststellungsinteresse des Bestellers muß sich nicht in der Unterbrechung der Verjährung erschöpfen, sondern kann vor allem darin bestehen, eine rechtskräftige Entscheidung über das Bestehen der Ersatzpflicht für weitere Aufwendungen zu erhalten.

2. Auch bestehen entgegen der Auffassung der Revision keine Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage, soweit der Klageantrag und seine Begründung teilweise auf Unterlagen aus dem selbständigen Beweisverfahren Bezug nehmen. Die Akten des selbständigen Beweisverfahrens sind beigezogen worden und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Es reichte aus, auf die dem Gericht und den Parteien vorliegenden Unterlagen Bezug zu nehmen, § 137 Abs. 3 ZPO.

3. Der Feststellungsantrag zu 2 ist jedoch unzulässig, weil selbst unter Berücksichtigung der Unterlagen aus dem selbständigen Beweisverfahren nicht erkennbar ist, welche Mängel er zum Gegenstand hat. Er genügt deshalb nicht den Anforderungen, die an einen bestimmten Antrag im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zu stellen sind (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 1983 - VIII ZR 231/81 = NJW 1983, 2247, 2250; BGH, Urteil vom 4. Oktober 2000 - VIII ZR 289/99 = NJW 2001, 445).

a) Ein Feststellungsantrag, mit dem eine Gewährleistungspflicht festgestellt werden soll, hat die Mängel im einzelnen so genau zu bezeichnen, daß kein Zweifel darüber entstehen kann, für welche Mängel die Gewährleistungspflicht besteht. Die Bezeichnung zur Konkretisierung des Streitgegenstandes kann auch im Sachvortrag erfolgen (BGH, Urteil vom 4. Oktober 2000 - VIII ZR 289/99 aaO).

b) Diese Voraussetzungen erfüllt der Feststellungsantrag zu 2 nicht. Die Kläger haben nicht dargelegt, welche Mängel Gegenstand des Antrags sind.

aa) Das Berufungsgericht hat auf der Grundlage des Sachverständigen-gutachtens die Beweisfragen 11, 16 und 18 betreffende Mängel bejaht und festgestellt, daß die Beklagte die weiteren Nachbesserungskosten zu tragen

hat (Feststellungsantrag zu 1). Dem Feststellungsantrag zu 2 liegt die Auffassung der Kläger zugrunde, das Gutachten habe die unter den Beweisfragen 11, 16 und 18 gerügten Mängel nicht vollständig erfaßt. Von den nicht erfaßten Mängeln sei wegen einer Beweisvereitelung durch die Beklagte auszugehen. Deshalb könne auch insoweit die Ersatzpflicht festgestellt werden.

bb) Es fehlt jegliche konkrete Darlegung, inwieweit das Gutachten und damit auch der Feststellungsantrag zu 1 die gerügten Mängel nicht vollständig erfaßt haben. Diese läßt sich weder aus der Klageschrift noch aus den weiteren Schriftsätzen und auch nicht aus dem in Bezug genommenen Gutachten oder den anderen Unterlagen aus dem selbständigen Beweisverfahren mit der notwendigen Eindeutigkeit entnehmen.

### III.

Der Feststellungsantrag zu 2 ist abzuweisen. Die Beklagte hat bereits in der Klageerwiderung auf die Bedenken hinsichtlich der Präzisierung der Mängel hingewiesen. Eines gerichtlichen Hinweises bedurfte es nicht mehr.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO.

Ullmann

Thode

Kuffer

Kniffka

Bauner