



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 187/08

Verkündet am:
25. Februar 2010
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 256; BGB § 634 Nr. 4

Zur Zulässigkeit einer Feststellungsklage wegen Mängeln einer Werkleistung.

BGH, Urteil vom 25. Februar 2010 - VII ZR 187/08 - OLG Dresden
LG Leipzig

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Februar 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richter Dr. Kuffer und Bauner, die Richterin Safari Chabestari und den Richter Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 29. August 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Feststellungsklage abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger begehrt, soweit noch von Belang, die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihn bis zum 30. Juli 2010 von allen weiteren Schadensersatzansprüchen freizustellen, die die P.-GmbH, Zweigniederlassung B. gegen ihn wegen der mangelhaften Leistungen der Beklagten beim Aufbringen eines Korrosionsschutzes an der Zaunanlage der Botschaft von K. in B., die Zaunfelder und Tore 25 bis 36 (richtig: 35) betreffend geltend machen kann.

- 2 Der Kläger erstellte im Auftrag der P.-GmbH die aus 35 Zaunfeldern und Toren bestehende Zaunanlage. Die Beklagte versah die einzelnen Zaunelemente aufgrund eines mit dem Kläger geschlossenen Werkvertrags mit einem Korrosionsschutz. Dazu wurden die einzelnen Felder und Tore sandgestrahlt, grundiert und pulverbeschichtet. Die nach Aufbringen des Korrosionsschutzes montierte Zaunanlage nahm die P.-GmbH zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt im Jahre 2004 ab.

- 3 Im Juni 2006 zeigte die P.-GmbH erhebliche Farbabplatzungen und Roststellen an der Zaunanlage an und forderte den Kläger zur Mängelbeseitigung auf. Im Juli 2006 gab der Kläger diese Mängelanzeige an die Beklagte weiter. Nachdem diese mit Schreiben vom 30. August 2006 ihre Einstandspflicht verneint hatte, leitete das Landgericht auf Antrag des Klägers, der der Beklagten am 4. Oktober 2006 zugestellt wurde, ein selbständiges Beweisverfahren zu den Ursachen der Schäden ein. In diesem Verfahren erstellte der Sachverständige Dr. K. unter dem 24. Januar 2007 ein schriftliches Gutachten, das er am 2. Mai 2007 mündlich erläuterte. Danach sind die Schäden hauptsächlich auf eine unzureichende Haftung der organischen Beschichtung auf dem metallischen Untergrund und damit eine unzureichende Untergrundvorbehandlung zurückzuführen. Darüber hinaus ist die geringe Dicke der Beschichtung, insbesondere der Grundbeschichtung an den Kanten schadensursächlich geworden.

- 4 Die P.-GmbH, die den Kläger bereits mit Schreiben vom 6. September 2006 zur Mängelbeseitigung aufgefordert und ihm angedroht hatte, bei Nichteinhaltung der bis 20. September 2006 gesetzten Frist die Mängel durch einen Drittunternehmer beseitigen zu lassen, setzte ihm nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens eine letzte Frist bis 31. Juli 2007. Nach ergebnisloser Verhandlung der Parteien über eine vergleichsweise Lösung er-

kannte der Kläger, der sich selbst zur Mängelbeseitigung nicht in der Lage sah, mit notarieller Urkunde vom 23. August 2007 an, die Beseitigung der Mängel zu schulden und erklärte sich mit einer Mängelbeseitigung durch die P.-GmbH einverstanden. Diese ließ die Mängel an den Toren und Feldern 1 bis 24 der Zaunanlage beseitigen und nahm den Kläger für diese Kosten in Anspruch. Die Tore und Zaunfelder 25 bis 35, die bisher noch keine Schäden aufweisen, wurden in die Sanierung nicht einbezogen.

5 Der Kläger hat die Beklagte auf Freistellung von den Kosten der bereits erfolgten Mängelbeseitigung in Anspruch genommen und die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihn bis 30. Juli 2010 von weiteren Schadensersatzansprüchen freizustellen, die von der P.-GmbH wegen des mangelhaften Korrosionsschutzes der Zaunfelder und Tore 25 bis 35 geltend gemacht werden könnten.

6 Das Landgericht hat dem Kläger den Anspruch auf Freistellung von den bezifferten Schadensersatzforderungen zugesprochen und die Feststellungsklage als unbegründet abgewiesen, weil die Gewährleistungsansprüche des Klägers verjährt seien. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgerecht die Klage auf Freistellung von den bezifferten Ansprüchen als unbegründet und auf die Berufung des Klägers die Feststellungsklage als unzulässig abgewiesen. Gegen Letzteres richtet sich die vom Senat zugelassene Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

7 Auf die Revision des Klägers war das Berufungsurteil in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben und die Sache insoweit an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen, § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

I.

8 Das Berufungsgericht sieht den Feststellungsantrag als unzulässig an, weil mögliche Schäden an den Toren und Zaunfeldern 25 bis 35, die auf von der Beklagten zu vertretenden Mängeln beruhen könnten, derzeit noch nicht festgestellt seien. Der Kläger trage lediglich die Besorgnis vor, dass auch an diesen Zaunfeldern künftig Schäden entstehen könnten. Es fehle daher an einer Bezeichnung des konkreten Mangels, aus dem der Kläger Schadensersatzansprüche ableiten könne. Ein dem Antrag stattgebendes Feststellungsurteil, das nur die Verpflichtung zum Ausgleich künftiger Schadensfolgen feststellen würde, ohne dass der Schaden an sich feststehe, könne nicht ergehen. Der Klage fehle nicht nur der sachlich-rechtliche Anspruchsgrund, sondern auch der Vortrag zu den tatsächlichen Voraussetzungen des Rechtsverhältnisses, das Gegenstand der Feststellungsklage sein solle. Zudem fehle der Klage auch das Rechtsschutzbedürfnis. Dem Kläger sei es zuzumuten, den Eintritt eines Schadens innerhalb der Verjährungsfrist abzuwarten und sodann Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. Trete der Schaden erst nach Ablauf der Verjährungsfrist auf, bestehe der Anspruch ohnehin nicht. Auch wenn sich aus dem Sachverständigengutachten bereits Mängel an den Zaunfeldern 25 bis 35 ergäben, wäre der Feststellungsantrag unzulässig; der Kläger könne nämlich gleich Gewährleistungsrechte geltend machen.

II.

9 Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Feststellungsklage ist zulässig.

10 1. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, es fehle in der Klage an einer Bezeichnung des konkreten Mangels und damit an der Darlegung eines zu klärenden Rechtsverhältnisses. Fehlerhaft stützt das Berufungsgericht sich auf das Urteil des Senats vom 26. September 1991 (VII ZR 245/90, BauR 1992, 115 = ZfBR 1992, 21). In jenem Rechtsstreit haben die Kläger die Feststellung begehrt, dass der Beklagte verpflichtet sei, Schadensersatz für alle weiteren, in dem eingeholten Gutachten bisher nicht festgestellten Mängel zu leisten. Sie hatten insoweit nur vorgetragen, der schlechte Bautenstand bei Erstellung der Arbeiten rechtfertige die Annahme, dass über die bereits festgestellten Mängel hinaus weitere - bislang nicht entdeckte - Mängel vorhanden seien. Es fehlte damit am Vortrag konkreter Mängel, aus deren Vorhandensein Schadensersatzansprüche hätten hergeleitet werden können. So liegt der Fall hier nicht. Der Kläger hat sich wegen der Mängel auf das im selbständigen Beweisverfahren eingeholte Sachverständigengutachten berufen. Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts ergibt sich daraus, dass die Konstruktion des Zaunes, insbesondere die Vielzahl der Spalten und Kanten, bei einer Pulverbeschichtung, wie sie von der Beklagten vorgenommen wurde, unweigerlich zu Schwachstellen in der organischen Beschichtung und zu einer Verkürzung der Standzeit führt. Die Schadensentwicklung bei den Zaunfeldern und Toren 1 bis 24 ist auf eine mangelhafte Untergrundvorbehandlung vor dem Aufbringen der Beschichtung und auf die geringe Dicke der Beschichtung, insbesondere der Grundbeschichtung an den Kanten zurückzuführen. Desweiteren ergibt sich aus diesen Feststellungen, dass die bisher keine Schäden aufweisenden Zaunfelder mit den schadhaften Zaunfeldern kon-

struktiv identisch sind. Die Zaunfelder und Tore 25 bis 35 sind daher zumindest insoweit mangelbehaftet, als die Dicke der Beschichtung im Bereich der Kanten unzureichend ist. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob auch insoweit eine mangelhafte Untergrundvorbehandlung erfolgt ist.

11 2. Der Feststellungsklage fehlt auch nicht das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses.

12 a) Die bei einer Klage auf Feststellung der Ersatzpflicht für einen künftigen Schaden erforderliche Voraussetzung, dass ein Schaden tatsächlich droht, ist erfüllt. Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob dafür die Möglichkeit eines Schadenseintritts ausreicht (BGH, Beschluss vom 9. Januar 2007, VI ZR 133/06, NJW-RR 2007, 601; Urteile vom 20. März 2001 - VI ZR 325/99, NJW 2001, 3414 und 16. Januar 2001 - VI ZR 381/99, NJW 2001, 143) oder eine gewisse Wahrscheinlichkeit gegeben sein muss (BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 - XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 m.w.N.). Wie bereits ausgeführt, ist zumindest die Grundbeschichtung im Bereich der Kanten der Zaunfelder und Tore 25 bis 35 nicht in der erforderlichen Dicke ausgeführt. Dadurch kann es, wie der Sachverständige in seinem Gutachten vom 24. Januar 2007 ausgeführt hat, durch eindringendes Wasser in den nicht hinreichend geschützten Bereich zur Korrosion kommen. Da sich bei den Zaunfeldern und Toren 1 bis 24 bereits in der Vergangenheit ein solches Schadensbild gezeigt hat, besteht eine dahingehende Wahrscheinlichkeit auch für die Zaunfelder und Tore, die bisher noch keine derartigen Schäden aufweisen.

13 b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, dem Kläger fehle das Rechtsschutzinteresse, weil ihm zuzumuten sei, den Eintritt des Schadens abzuwarten und sodann Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, ist dem Senat nicht

nachvollziehbar. Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (BGH, Urteil vom 27. Mai 2008 - XI ZR 132/07, NJW-RR 2008, 1495 m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen vor. Warum es dem Kläger zuzumuten sein soll, den Eintritt des Schadens sogar über den Ablauf der Verjährungsfrist hinaus abzuwarten, so dass er dann seinen Anspruch nicht mehr realisieren könnte, ist nicht erfindlich. Das Berufungsgericht verkennt eklatant die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach schon mit Rücksicht auf eine drohende Verjährung das Feststellungsinteresse nicht abgesprochen werden darf (BGH, Urteil vom 20. März 2008 - IX ZR 104/05, NJW 2008, 2647 m.w.N.; vgl. auch BGH, Urteil vom 25. Januar 1972 - V ZR 20/71, VersR 1972, 459, 460; Urteil vom 7. April 1952 - III ZR 194/51, NJW 1952, 741; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 256 Rdn. 8 a).

14 c) Rechtsfehlerhaft ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, das Rechtsschutzbedürfnis fehle, weil der Kläger bereits Gewährleistungsrechte geltend machen könne. Vermutlich meint das Berufungsgericht damit, der Kläger könne eine Leistungsklage erheben, und es ist weiter zu vermuten, dass es sich darauf berufen will, dass ein Feststellungsinteresse regelmäßig dann fehlt, wenn ein Kläger dasselbe Ziel mit einer Klage auf Leistung erreichen kann (BGH, Urteil vom 15. Mai 2003 - I ZR 277/00, MDR 2003, 1304; Urteil vom 21. Januar 2000 - V ZR 387/99, NJW 2000, 1256, 1257). Es ist nicht ersichtlich, welche Leistungsklage das Berufungsgericht gemeint haben könnte.

15 Eine auf Zahlung gerichtete Klage ist selbst dann nicht möglich, wenn der Freistellungsanspruch des Klägers gemäß § 251 Satz 2 1. Halbs. BGB bereits in einen auf Geldzahlung gerichteten Anspruch übergegangen sein sollte

(vgl. dazu BGH, Urteil vom 16. November 2006 - I ZR 257/03, NJW 2007, 1809). Denn die Schadenshöhe steht nicht fest.

16 Ob der Kläger statt der Feststellungsklage eine Freistellungsklage auch wegen der noch nicht geltend gemachten Schadensersatzansprüche der P.-GmbH hätte erheben können, ist ohne Belang. Das Rechtsschutzinteresse an der Feststellungsklage bleibt davon unberührt. Sind die Schadensersatzansprüche, von denen freizustellen ist, nicht bezifferbar, hat eine Freistellungsklage keine andere Wirkung als eine Feststellungsklage. Denn ein Titel auf Freistellung von unbezifferten Schadensersatzansprüchen ist nicht vollstreckungsfähig (BGH, Urteil vom 30. März 2000 - IX ZR 53/99, NJW 2000, 2814).

17 4. Die Feststellungsklage ist danach zulässig. Für das weitere Verfahren, in dem die Begründetheit der Klage zu prüfen ist, wird vorsorglich auf Folgendes hingewiesen:

18 a) Die Klage kann nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen nicht wegen Verjährung des Schadensersatzanspruchs des Klägers abgewiesen werden. Aus den festgestellten Daten lässt sich der Ablauf der Gewährleistungsfrist bei Erhebung der Klage nicht ableiten. In diesem Zusammenhang kann offenbleiben, ob die Leistungen der Beklagten der zweijährigen Gewährleistungsfrist des § 634 a Abs. 1 Nr. 1 BGB unterliegen, oder ob - wofür viel spricht - die fünfjährige Gewährleistungsfrist des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB gilt. Der konkrete Zeitpunkt der Abnahme steht bisher nicht fest. Ausgehend von der Annahme des Landgerichts, die Abnahme sei spätestens Ende Dezember 2004 erfolgt, wäre die zweijährige Verjährungsfrist gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB durch die Zustellung des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens am 4. Oktober 2006 gehemmt worden. Die Hemmung endete gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB erst sechs Monate nach Abschluss des Verfah-

rens am 2. Mai 2007. Vor deren Ende wurde am 25. Oktober 2007 die Bekanntgabe des vom Kläger am 23. Oktober 2007 eingereichten ersten Prozesskostenhilfeantrags an die Beklagte veranlasst und damit die Verjährung erneut gehemmt, § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB. Die Hemmung endete gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB sechs Monate nach der am 14. Dezember 2007 erfolgten Entscheidung über diesen Antrag. Die Klage wurde der Beklagten bereits am 16. Januar 2008 zugestellt und damit die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB erneut gehemmt.

- 19 b) Feststellungen, wie sich die Beklagte zu den Gewährleistungsansprüchen des Klägers bezüglich der Beschichtungsmängel bei den Zaunfeldern und Toren 25 bis 35 verhalten hat, sind bisher nicht getroffen worden. Der Umstand, dass sich die Beklagte nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens auf Verhandlungen hinsichtlich der Mängelbeseitigung bei den Zaunfeldern und Toren 1 bis 24 eingelassen hat, schließt nicht aus, dass sie die Gewährleistung für Mängel der Zaunfelder und Tore 25 bis 35, die noch keine äußerlich sichtbaren Schäden aufwiesen, ernsthaft und endgültig abgelehnt hat. Dafür spricht ihr

bisheriges Verhalten im Prozess (vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 2002 - VII ZR 344/01, BauR 2002, 1847 = NZBau 2003, 149 = ZfBR 2003, 253).

Kniffka

Kuffer

Bauner

Safari Chabestari

Leupertz

Vorinstanzen:

LG Leipzig, Entscheidung vom 05.03.2008 - 7 O 3648/07 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 29.08.2008 - 9 U 538/08 -