
Datum: 30.10.1992
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 67/92
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1992:1030.19U67.92.00

Schlagworte: SACHVERSTÄNDIGER; FRISTEN; ORTSTERMIN;
BEWEISMITTEL

Leitsätze:

Die von einem Sachverständigen den Parteien zur Teilnahme an einem Ortstermin gesetzten Fristen sind keine i. S. des § 356 ZPO, vielmehr ist die Ausschließung des Beweismittels von der Versäumung einer richterlichen Frist abhängig, die gerade zu dem Zweck gesetzt ist, das Beweismittel beizubringen.

-
- Entscheidungsgründe 1
- Die zulässige Berufung, bei der es nur noch um den Feststellungsantrag der Klägerin geht, ist nicht begründet. 2
1. Das Landgericht hat den Feststellungsantrag zunächst deshalb - unausgesprochen - für unzulässig gehalten, weil ihm die Rechtskraft des Urteils in der Sache 17 O 494/89 LG Köln entgegenstehe. Da es allgemeine Prozeßvoraussetzung jeder Klage ist, daß über den Streitgegenstand noch nicht rechtskräftig entschieden ist (vgl. Thomas/Putzw, ZPO 17. Auflage, § 253 Vorbemerkung III A 1 i), führt das Fehlen dieser Prozeßvoraussetzung zur Unzulässigkeit der Klage. Diese Meinung des Landgerichts vermag der Senat jedoch nicht zu folgen. Die Klägerin hat in dem erwähnten Vorprozeß die dort geltend gemachte Klageforderung von Anfang an als Vorschuß für die Schadensbeseitigung bezeichnet (vgl. Blatt 10, 41 der Beiakten 17 O 494/89 LG Köln). Das war zwar rechtlich insofern nicht richtig, als dem Beklagten ein Planungsfehler als Architekt vorgeworfen wurde, aufgrund dessen er dann auch verurteilt worden ist. Bei Planungsfehlern besteht aber der Datur der Sache nach kein Mängelbeseitigungs-, sondern nur ein Schadensersatzanspruch des Auftraggebers gegen den Architekten (vgl. Palandt/Thomas, BGB 52. Auflage, § 633 Randnr. 7 m.N.). Folgerichtig gibt es insoweit auch keinen Vorschußanspruch in Bezug auf die Beseitigung der Mängel. Das Landgericht hat seinerzeit deshalb dem Beklagten auch mit Recht nach § 635 3

BGB verurteilt. Trotz dieses falschen rechtlichen Ausgangspunktes war aber aus dem damaligen Vorbringen der Klägerin eindeutig ersichtlich, daß es sich nur um einen "Vorschuß", also um einen Teil des letztlich entstehenden Schadens handeln sollte. In solchen Fällen erfaßt aber naturgemäß die Rechtskraft des Urteils auch nur diesen Teil des Streitgegenstandes (vgl. Thomas/Putzw, a.a.O., § 322 Randnr. 6 a). Die Klägerin war also nicht gehindert über den im Vorprozeß und in diesem Prozeß geltend gemachten Leistungsanspruch hinaus einen weitergehenden Anspruch geltend zu machen.

2. Die Feststellungsklage ist jedoch deshalb unzulässig, weil ihr das erforderliche Feststellungsinteresse fehlt. Bereits bei Erhebung der Feststellungsklage mit Schriftsatz vom 10. Juni 1992 hätte die Klägerin, jedenfalls in erheblichem Umfang, Leistungsklage erheben können. Nach ständiger Rechtssprechung schon des Reichsgerichts und dann auch des Bundesgerichtshofs ist im Falle des § 256 ZPO ein Feststellungsinteresse regelmäßig da zu verneinen, wenn der Kläger auf Leistung klagen kann (vgl. z.B. RGZ 82, 34; 140, 235; BGHZ 5, 314; BGH LM 256 ZPO Nr. 48). Von einem Kläger kann verlangt werden, daß er den einfachsten Weg wählt, um sein Ziel zu erreichen. Ausnahmen von dem oben erwähnten Grundsatz sind deshalb z.B. zugelassen worden, wenn erwartet werden kann, daß der Kläger schon aufgrund des Feststellungsurteils von dem Beklagten befriedigt wird, oder wenn schon der Feststellungsprozeß zur Erledigung der zwischen den Parteien aufgetretenen Streitpunkte führt und damit ein umfangreicherer Leistungsprozeß vermieden werden kann (BGH LM § 256 ZPO Nr. 48 m.w.N. aus der Rechtssprechung). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Es ist nicht zu erkennen, daß der Beklagte bereit sein könnte, aufgrund eines Feststellungsurteils Zahlungen an die Klägerin zu leisten.

4

Die Klägerin wäre auch in der Lage gewesen, ihren Schaden über die Feststellungen des im Beweissicherungsverfahren tätig gewesenem Sachverständigen Winkel hinaus zu beziffern. Zur Begründung ihres Feststellungsantrages hat die Klägerin in erster Instanz ausdrücklich selbst darauf hingewiesen, daß die Kostenschätzung in dem Gutachten Winkel nur einen groben Anhaltspunkt geben könne "und die genaue Kostenermittlung aufgrund realer Planung und Ausschreibung vorbehalten bleiben" müßte. Der Schaden, um den es hier geht, ist schon im Jahre 1987 entstanden; Anfang Februar 1988 hat die Klägerin das Beweissicherungsverfahren eingeleitet. Im Zuge dieses Verfahrens hat der Sachverständige Winkel sein Gutachten am 22. Januar 1989 erstattet, das Urteil im Vorprozeß ist am 18. Januar 1991 ergangen. Nach der seither wiederrum verstrichenen Zeit ist es der Klägerin zuzumuten, die von ihr selbst erwähnte genaue Kostenermittlung zu veranlassen und aus deren Grundlage Leistungsklage zu erheben. Der anspruchsbegründende Sachverhalt, nämlich die Fehlplanung des Beklagten und die daraus resultierenden Baumängel, war zum Zeitpunkt der Erhebung der Feststellungsklage längst abgeschlossen. Generell liegt dann die Annahme nicht fern, der Geschädigte könne den geschuldeten Schadensersatz beziffern und demzufolge auf Leistung klagen (vgl. BGH LM § 256 ZPO Nr. 126). Nur wenn sich der anspruchsbegründende Sachverhalt im Zeitpunkt der Klageerhebung noch in der Entwicklung befindet, steht der Umstand, daß in diesem Zeitpunkt eine teilweise Bezifferung des Schadens möglich wäre, der Bejahung des Feststellungsinteresses jedenfalls dann nicht entgegen, wenn der Anspruch seiner Natur nach sinnvollerweise erst nach Abschluß seiner Entwicklung beziffert werden kann (BGH, a.a.O. m.w.N.). Im vorliegenden Fall hätte die Klägerin die von ihr selbst erwähnte genaue Kostenermittlung betreiben können und müssen, um auf dieser Grundlage Leistungsklage zu erheben. Auch angebliche Folgeschäden wegen Beeinträchtigung vermieteter Räume könnten aus dieser Grundlage beziffert werden, allenfalls noch verbleibende Unsicherheiten hätten dann zusätzlich im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht werden können. Würde die Klägerin jetzt ein Feststellungsurteil erstreiten, dann müsse sie später in einem Leistungsprozeß eben die

5

Konkretisierung nachholen, die sie jetzt versäumt hat. Wie schon ausgeführt, würde ein Leistungsprozeß im vorliegenden Falle gerade nicht vermieden werden. Es besteht aber kein vernünftiges Interesse einer Feststellungsklage, wenn der Kläger die Konkretisierung, die er schon jetzt bringen könnte, in einem späteren Prozeß bringen müßte. Das bisherige Verhalten der Klägerin zeigt, daß sie den Schaden nicht vorab beheben und dann die verauslagten Beträge geltend machen will. Auch unter diesem Gesichtspunkt wäre die Sachlage in einem späteren Leistungsprozeß keine andere als jetzt. Unter diesen Umständen ist eine Feststellungsklage wirtschaftlich nicht sinnvoll. Anstatt einen unnötigen Prozeß zu vermeiden, führt die Klägerin gerade einen solchen mit der Feststellungsklage.

Da die Berufung somit keinen Erfolg haben konnte, hat die Klägerin ihre Kosten nach § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen. Das Urteil ist nach den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO vorläufig vollstreckbar. 6

Wert der Beschwer der Klägerin: 3.000,00 DM (vgl. den Streitwertbeschluß des Senats vom 24. März 1993). 7