

Zulässigkeit einer Feststellungsklage bei noch im Bau befindlichen Großvorhaben

Orientierungssatz zur Anmerkung:

Im Tenor eines Feststellungsurteils ist grundsätzlich ein etwaiges Mitverschulden zu berücksichtigen. Fehlen ausnahmsweise die Grundlagen für die Festlegung einer Mitverschuldensquote, so kann davon abgesehen werden.

Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 26.09.2013, I-21 U 64/13

von **Dr. Kristina Plank**, RA'in und FA'in für Bau- und Architektenrecht, von Boetticher Hasse Lohmann

A. Problemstellung

Das OLG Hamm hat über die Zulässigkeit einer Feststellungsklage im Rahmen eines komplexen und noch nicht fertiggestellten Großvorhabens entschieden. Dem Urteil liegt u.a. die Frage zugrunde, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Feststellungsklage zulässig ist, obwohl eine Mitverschuldensquote nicht bzw. noch nicht abschließend tenoriert werden kann. Die Festsetzung der Mitverschuldensquote gestaltete sich schwierig, da dem Oberlandesgericht zufolge die Bewertung der jeweiligen Verschuldensbeiträge zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht abschließend möglich war. Darüber hinaus erörterte das Oberlandesgericht die Reichweite der Präklusion von Einwendungen in einem späteren Leistungsklageverfahren.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien stritten um die Ersatzpflicht der Beklagten für verzögerungsbedingte Schäden.

Die Klägerin beauftragte die Beklagte, ein Fachunternehmen für Kraftwerks- und Kesselbau, mit der Planung und Erstellung von zwei Dampferzeugeranlagen für ein Steinkohlekraftwerk. Insgesamt waren 52 verschiedene Drittgewerke davon abhängig, dass die Beklagte ihre Leistungen termingerecht erbrachte. Da die Leistungen der Beklagten wiederholt mit erheblichen Mängeln behaftet waren, verzögerte sich der gesamte Bauablauf. Die daraufhin fällige Ver-

tragsstrafe begrenzten die Parteien auf einen Höchstbetrag von 71 Mio. Euro. Weitergehende Ansprüche aufgrund künftiger verzögerungsbedingter Mehrkosten sollten nur bestehen, soweit die Beklagte grob fahrlässig oder vorsätzlich handelte. In der Folgezeit überschritt die Beklagte die vereinbarten Zwischen- und Endfertigstellungstermine mehrfach erheblich. Die Beklagte wandte ein, die Termine seien aufgrund tiefgreifender Störungen, die außerhalb ihrer Sphäre gelegen hätten, nicht realisierbar gewesen.

Das Landgericht wies die Feststellungsklage aus einer Reihe von Gründen als unzulässig ab. Insbesondere sei eine Feststellungsklage unzulässig, wenn das Mitverschulden von der weiteren Entwicklung des Bauvorhabens abhängig sei und die Quote nicht abschließend bewertet werden könne. Die Beklagte liefe sonst Gefahr, dass ihr die Rechtskraft des Feststellungsurteils in einem späteren Leistungsklageverfahren entgehen würde.

Das OLG Hamm hingegen hielt die Feststellungsklage in vollem Umfang für zulässig. Das Gericht könne allerdings in Ausnahmefällen davon absehen, eine Mitverschuldensquote festzusetzen. Das Gericht sei zur Entscheidung über die Quote nur verpflichtet, soweit dies möglich sei. Von der Tenorierung der Mitverschuldensquote könne aber abgesehen werden, wenn eine gesicherte Grundlage für deren Bestimmung fehle. Das Gericht habe in diesem Fall in den Urteilsgründen ausführlich darzulegen und nachvollziehbar zu begründen, dass eine gesicherte Grundlage fehle und der Tenor aus diesem Grund keine Mitverschuldensquote enthalte. Eine Präklusionswirkung bezüglich etwaiger Mitverschuldenseinwendungen trete in diesen Fällen nicht ein.

Anschließend setzte sich das Oberlandesgericht näher mit der Frage der Präklusion auseinander. Irrelevant sei das Feststellungsurteil im Hinblick auf künftige Mitverschuldensbeiträge, da diese von der Rechtskraft ohnehin nicht umfasst seien. Zwar trete die Präklusionswirkung bezüglich vergangener Mitverschuldensbeiträge hinsichtlich sämtlicher Einwendungen ein, deren Tatsachen bereits während des Feststellungsklageverfahrens bestanden haben und bekannt waren. Die Schwierigkeit, alle mitverschuldensrelevanten Tatsachen vorzutragen, sei aber keine Besonderheit der Feststellungsklage. Viel-

mehr sei sie Folge des komplexen Großvorhabens, welches einen umfangreichen Vortrag zu schwierigen Sach- und Rechtsfragen erfordere. Insbesondere bei Schadensersatzansprüchen infolge Verzugs habe die beklagte Partei aufgrund § 286 Abs. 4 BGB ohnehin umfangreich zum Verschulden vorzutragen. Dieser Sachvortrag enthalte regelmäßig die Gesichtspunkte des Mitverschuldens der Klagepartei. Daher wäre die beklagte Partei – nach Ansicht des OLG Hamm – in einem Leistungsklageverfahren den gleichen Schwierigkeiten ausgesetzt.

C. Kontext der Entscheidung

Nach der Rechtsprechung des BGH dürfen Einwendungen gegen den Grund des Anspruchs in einem Feststellungsurteil nicht offenbleiben. Anderenfalls stünde ihrer Berücksichtigung in einem späteren Leistungsklageverfahren die Rechtskraft des Feststellungsurteils entgegen (BGH, Ur. v. 27.01.2000 - IX ZR 45/98 - NJW 2000, 1572, 1573; BGH, Ur. v. 25.11.1977 - I ZR 30/76 - NJW 1978, 544). Die Rechtskraft des Feststellungsurteils umfasst alle Einwendungen, die sich auf Tatsachen stützen, die schon im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen haben (BGH, Ur. v. 02.12.2008 - VI ZR 312/07 - NJW-RR 2009, 455; BGH, Ur. v. 26.06.2003 - I ZR 269/00 - NJW 2003, 3058, 3059; BGH, Ur. v. 17.03.1995 - V ZR 178/93 - NJW 1995, 1757, 1758; BGH, Ur. v. 14.06.1988 - VI ZR 279/87 - NJW 1989, 105; BGH, Ur. v. 15.06.1982 - VI ZR 179/80 - VersR 1982, 877; Greger in: Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 256 Rn. 4a, m.w.N.). Diese Rechtsprechung des BGH bestätigt das OLG Hamm zunächst.

Das Mitverschulden der Klagepartei ist bei Feststellungsklagen dem Grund der festzustellenden Schadensersatzpflicht zuzuordnen (BGH, Ur. v. 14.06.1988 - VI ZR 279/87 - NJW 1989, 105; Greger in: Zöller, ZPO, § 256 Rn. 4a). Besteht demnach bei Feststellungsklagen die Möglichkeit eines Mitverschuldens der klagenden Partei, muss im Urteil nach Ansicht des BGH eine entsprechende Quote festgesetzt werden. Das Gericht muss aussprechen, zu welchem Bruchteil die Schadensersatzpflicht besteht. Daher ist ein Feststellungsurteil unter dem Vorbehalt eines später zu bestimmenden Mitverschuldens unzulässig (BGH, Beschl. v. 04.08.2010 - VII ZR 207/08 - NJW 2010, 3299, 3300; BGH, Ur. v. 10.07.2003 - IX ZR 5/00 - NJW 2003, 2986;

BGH, Ur. 13.05.1997 - VI ZR 145/96 - NJW 1997, 3176, 3177; vgl. auch BGH, Ur. v. 12.03.1990 - II ZR 179/89 - NJW 1990, 2877, 2879; Assmann in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 256 Rn. 320, m.w.N.). Über den Einwand des Mitverschuldens muss das Gericht von Amts wegen entscheiden (BGH, Beschl. v. 04.08.2010 - VII ZR 207/08 - NJW 2010, 3299, 3300; BGH, Ur. v. 26.06.1990 - X ZR 19/89 - NJW 1991, 166, 167).

Das OLG Hamm führt – entgegen der vorstehend zitierten Rechtsprechung des BGH – mit dem vorliegenden Urteil eine Ausnahme von diesem Grundsatz ein, die weder veranlasst noch gerechtfertigt ist. Dem Oberlandesgericht zufolge muss das Gericht im Rahmen der Feststellungsklage über die Quote des Mitverschuldens nur entscheiden, soweit dies möglich ist. Das Oberlandesgericht beruft sich insoweit auf eine Fundstelle bei Kniffka/Koeble (Kompendium des Baurechts, 2008, 15. Teil, Rn. 11). Das OLG Hamm meint unter Berufung auf diese Fundstelle, dass es ausnahmsweise von der Festsetzung einer Mitverschuldensquote absehen kann, wenn es nach der gebotenen umfassenden Prüfung der Begründetheit der Feststellungsklage zu der Einschätzung gelangt, dass keine gesicherte Grundlage für die Bestimmung einer solchen Quote gegeben ist. In diesem Fall soll dieser Umstand in den Urteilsgründen ausdrücklich dargelegt und mit einer nachvollziehbaren Begründung versehen werden; würde dies beachtet, könne eine Präklusionswirkung bezüglich etwaiger Mitverschuldenseinwendungen nicht eintreten.

Diese Ausnahme widerspricht der bisherigen Rechtsprechung des BGH. Zwar führen Kniffka/Koeble aus, dass über die Mitverschuldensquote entschieden werden müsse, soweit dies möglich ist. Hieraus ergibt sich indes nicht, dass dies nicht möglich sein soll, wenn keine gesicherte Grundlage für die Bestimmung der Quote gegeben sei. Vielmehr muss das Gericht – von Amts wegen – sämtliche vorgetragene Mitverschuldenseinwendungen berücksichtigen und im Rahmen des Feststellungsurteils durch Festsetzung einer Mitverschuldensquote auch aburteilen. Lediglich Einwendungen, die sich auf Tatsachen stützen, die im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht vorgelegen haben, kann das Gericht nicht berücksichtigen und muss es selbstverständlich auch nicht. Nur hierauf kann sich die Einschränkung von Kniffka/Koeble beziehen, das Gericht

müsse über die Mitverschuldensquote entscheiden, „soweit das möglich ist“. Eine zusätzliche Einschränkung für Fälle, in denen Tatsachen zwar im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen haben und entsprechende Einwendungen auch vorgetragen wurden, das Gericht allerdings eine gesicherte Grundlage für die Bestimmung einer Mitverschuldensquote vermisst, findet keine Grundlage in der bisherigen Rechtsprechung des BGH und verursacht erhebliche Rechtsunsicherheit. Solange das Gericht der Meinung ist, dass aufgrund der vorgetragenen Einwendungen keine gesicherte Grundlage für die Bestimmung einer Mitverschuldensquote vorliege, muss es den vorgetragenen Sachverhalt unter Berücksichtigung von Beweislastregeln soweit aufklären, bis eine Mitverschuldensquote festgesetzt werden kann. Der BGH jedenfalls sieht keinen Raum für ein Feststellungsurteil, solange das Mitverschulden nicht geklärt ist (BGH, Urt. 13.05.1997 - VI ZR 145/96 - NJW 1997, 3176, 3177, m.w.N.). Demnach muss das mit dem Feststellungsverfahren befassete Gericht diese Frage umfassend und abschließend klären.

Hinzu kommt, dass dem Urteil nicht zu entnehmen ist, wann das Feststellungsurteil - entgegen der Rechtsprechung des BGH - eine Mitverschuldensquote ausnahmsweise nicht enthalten muss. Es bleibt völlig offen, unter welchen Umständen eine „gesicherte Grundlage für die Bestimmung einer Mitverschuldensquote“ nicht vorliegen soll. Weiter ist unklar, welcher Umstand in den Urteilsgründen ausdrücklich dargelegt und mit einer nachvollziehbaren Begründung versehen werden soll. Ist hiermit der Umstand gemeint, dass über die Mitverschuldensquote nicht entschieden werden kann oder dass keine gesicherte Grundlage hierfür gegeben ist?

Soweit das OLG Hamm meint, eine Präklusion des Mitverschuldenseinwands sei ausgeschlossen, wenn es ausweislich der Urteilsgründe absichtlich von der Würdigung bestimmter Gesichtspunkte absehe, begründet auch dies erhebliche Rechtsunsicherheit. Im Ergebnis bedeutet dies, dass das Gericht die Reichweite der Rechtskraft beeinflussen kann, indem es den zur Entscheidung gestellten Sachverhalt - und damit den Streitgegenstand - einseitig beschränkt. Im Zivilprozess ist die Festlegung des Sachverhalts jedoch Aufgabe der Parteien und

nicht Aufgabe des Gerichts (vgl. Vollkommer in: Zöller, Einl. 65, m.w.N.; § 322 Rn. 7).

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil des OLG Hamm mag auf den ersten Blick für das befassete Gericht und die klagende Partei eine interessengerechte Lösung darstellen, wenn die Mitverschuldensquote in naher Zukunft nicht abschließend aufklärbar ist: Das Verfahren kann zügig beendet werden und die Klagepartei kommt in den Genuss eines zureichenden Feststellungsurteils.

Auf den zweiten Blick aber fehlt ein Bedürfnis für die vom OLG Hamm eingeführte Ausnahme. So ist der Klagepartei mit dem Feststellungsurteil wenig geholfen, da der tenorierte Anspruch nach Maßgabe der noch festzulegenden Mitverschuldensquote gekürzt werden wird. Daher beseitigt das Feststellungsurteil keine bzw. nicht jede zwischen den Parteien bestehende Ungewissheit über die Rechtslage.

Auch aus prozessökonomischen Gründen wird die Beurteilung des Mitverschuldenseinwands lediglich in das Leistungsklageverfahren verlagert, wobei dort nur noch die Höhe des Anspruchs im Streit stehen sollte. Selbst das OLG Hamm geht in seinem Urteil davon aus, dass ein Feststellungsklageverfahren bei Ansprüchen aus einem komplexen Großbauvorhaben prozessökonomisch ist: Es bestehe die nicht lebensferne Möglichkeit, dass nach dem Feststellungsverfahren ein anschließendes Leistungsklageverfahren vermieden werde, wenn die Parteien nach rechtskräftiger Klärung des Anspruchsgrundes eine einvernehmliche Beendigung der Streitigkeiten herbeiführen. Bei Feststellungsurteilen ohne Berücksichtigung der Mitverschuldensquote wird diese Zielsetzung vereitelt, da lediglich ein Teil des Anspruchsgrundes geklärt ist und erhebliche Kürzungen möglich sind.

Sachgerechter ist es daher, die Entscheidungsreife hinsichtlich der Mitverschuldensquote, soweit Einwendungen vorgetragen sind, vollständig durch das mit dem Feststellungsverfahren befassete Gericht herbeizuführen. Die Frage der Präklusion wird hiermit obsolet, da der Feststellungsrechtsstreit den zugrundeliegenden Sachverhalt vollständig aufklärt und aburteilt. Das mit dem Feststellungsverfahren befassete Gericht hat den Rechtsstreit zur Entscheidungs-

reife zu bringen und im Falle eines non-liquet nach der Beweislast zu entscheiden. Der Umstand, dass die Klärung der Mitverschuldensquote schwierig ist und einer gesicherten Tatsachengrundlage bedarf, ist – um das OLG Hamm beim Wort zu nehmen – Folge komplexer Großprojekte und keine spezifische Besonderheit des Feststellungsverfahrens, die einer Korrektur bedarf.

Die Entscheidung des OLG Hamm wird in der Praxis primär für Rechtsunsicherheit sorgen. Das befasste Gericht, welches meint, die Mitverschuldensquote nicht abschließend bestimmen zu können, wird in Versuchung geführt, ein Feststellungsurteil ohne Mitverschuldensquote zu erlassen. Um die Präklusionswirkung des Feststellungsurteils zu vermeiden, tut die beklagte Partei gut daran, die Urteilsgründe eingehend zu überprüfen: Denn eine Präklusion ist dem OLG Hamm zufolge nur ausgeschlossen, wenn das Gericht das Fehlen der Mitverschuldensquote in den Urteilsgründen ausführlich dargelegt und nachvollziehbar begründet hat. Ob andere Gerichte dieser Auffassung folgen werden, erscheint zweifelhaft. Ratsam dürfte daher sein, das um die Mitverschuldensquote beraubte Feststellungsurteil auch dann anzugreifen, wenn die Urteilsgründe entsprechende Ausführungen enthalten.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Das OLG Hamm beschäftigte sich außerdem mit den Anforderungen an die Bestimmtheit von Feststellungsanträgen und mit dem besonderen Feststellungsinteresse bei noch nicht fertiggestellten Großprojekten.

Die Feststellungsanträge der Klägerin hielt das Oberlandesgericht hinsichtlich der Verzugschäden für hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die Klägerin hatte in ihren Anträgen den jeweiligen Termin durch Benennung der zu erbringenden Teilleistung und des hierfür vereinbarten Zieldatums dargelegt. Nicht erforderlich sei die konkrete Festlegung und Bezeichnung des jeweiligen Verzugszeitraums – dies habe lediglich Auswirkungen auf die Anspruchshöhe. Für die Feststellung ausreichend sei daher, dass es überhaupt zu einer Terminüberschreitung und damit zu einem Leistungsverzug kam.

Im Hinblick auf das Feststellungsinteresse wies das OLG Hamm zunächst auf eine Inkonsistenz der BGH-Rechtsprechung bei nicht abgeschlossener Schadensentwicklung hin: Nach der strenger Auffassung ist das Feststellungsinteresse nur zu bejahen, wenn zum Zeitpunkt der Klageerhebung der anspruchsbegründende Sachverhalt bzw. die Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen und mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit weiteren Schäden zu rechnen ist (BGH, Urt. v. 09.03.2012 - V ZR 156/11 - NJW 2012, 2022; BGH, Urt. v. 24.01.2006 - XI ZR 384/03 - NJW 2006, 830; BGH, Urt. v. 15.10.1992 - IX ZR 43/92 - NJW 1993, 648; weniger streng BGH, Beschl. v. 09.01.2007 - VI ZR 133/06 - NJW-RR 2007, 601; BGH, Urt. v. 20.03.2001 - VI ZR 325/99 - NJW 2001, 3414; BGH, Urt. v. 16.01.2001 - VI ZR 381/99 - NJW 2001, 1431). Nach Ansicht des OLG Hamm besteht diese gewisse Wahrscheinlichkeit im Regelfall bei Großprojekten: Bei lebensnaher Betrachtung sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass Bauzeitverzögerungen bei gewerblichen Großbauvorhaben in aller Regel beträchtliche Schäden zur Folge hätten – so vorliegend aufgrund von Schäden infolge unterbliebener Stromproduktion, erhöhter Personal- und Sachkosten sowie Behinderungen der Drittauftragnehmer. Erschwerend käme die Anzahl der verzahnten Zwischen- und Anschlussgewerke hinzu, die von den Leistungen der Beklagten abhängig waren. Materiellrechtliche Einwendungen, die sich auf den ersatzfähigen Schaden auswirken können, seien erst im Rahmen der Begründetheit zu prüfen.

Des Weiteren hielt das OLG Hamm das Feststellungsinteresse allein aufgrund der möglichen Verjährung der Ansprüche für gegeben. Nach der Rechtsprechung des BGH liegt das Feststellungsinteresse stets vor, wenn der geltend gemachte Anspruch alsbald zu verjähren droht (BGH, Urt. v. 25.02.2010 - VII ZR 187/08 - NJW-RR 2010, 750; BGH, Urt. v. 19.12.2002 - VII ZR 103/00 - NJW 2003, 1450). Nach Ansicht des Oberlandesgerichts kommt es für die alsbaldige Verjährung entscheidend darauf an, ob es der geschädigten Partei zuzumuten sei, die Bezifferung sämtlicher Ansprüche im Rahmen einer Leistungsklage abzuwarten. Ein großzügiger Maßstab sei anzulegen, wenn die Leistungsklage voraussichtlich nicht vor Verjährungseintritt umfassend erhoben werden könne. Vorliegend jedenfalls könne der entgangene Ge-

winn erst konkret dargelegt werden, nachdem die Kraftwerksblöcke in Betrieb genommen werden. Das Gleiche gelte für die Schadensersatzforderungen der Drittunternehmer, welche die Klägerin erst nach Schlussrechnungsstellung beziffern könne.