
Datum: 21.12.1999
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 48/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1999:1221.24U48.99.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 15 O 52/98

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 23.02.1999 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Münster wie folgt abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kläger tragen die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Kläger können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 15.000,00 DM abwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Das Urteil beschwert die Kläger um mehr als 60.000,00 DM.

Tatbestand:

Im Auftrage der Kläger errichtete der Beklagte im Jahre 1992 ein Fünffamilienwohnhaus.

Wegen diverser Mängel leiteten die Kläger ein selbständiges Beweisverfahren vor dem Landgericht Münster (14 OH 14/93) ein. In diesem Rahmen erstellte der Sachverständige U unter dem 23.06.1994 ein Gutachten. Teilweise konnte der Sachverständige wegen Nichtzugänglichkeit von vermieteten Räumen und wegen Nichtvorhandenseins notwendiger

1

2

3

Unterlagen keine Feststellungen treffen. Erhebliche Mängel stellte der Sachverständige allerdings an der Abdichtung des Kellerbodens gegen Bodenfeuchte, den Trittschallschutzmaßnahmen der Treppenläufe und Podeste sowie der Abdichtung des Verblendmauerwerkes fest.

Daraufhin behielten die Kläger die restliche Vergütung in Höhe von 40.000,00 DM ein. 4
Desweiteren erhoben sie vor dem Landgericht Münster (14 O 638/95) Klage auf Zahlung von 44.741,71 DM für weitere Kosten der Mängelbeseitigung.

In diesem Verfahren schlossen die Parteien am 17.04.1996 folgenden Vergleich: 5

"1. Der Beklagte verpflichtet sich, die in dem Gutachten des Sachverständigen U vom 23.06.1994 festgestellten Baumängel an dem von ihm errichteten Gebäude zu beseitigen. Diese Beseitigung soll bis zum 30.09.1996 erfolgt sein. 6

2. Nachdem die Mängel ordnungsgemäß beseitigt sind, zahlen die Kläger an den Beklagten die restlichen 60.000,00 DM Kaufpreis. 7

3. ... 8

4. Falls der Beklagte die Mängel nicht bis zum 30.09.1996 ordnungsgemäß beseitigt hat, zahlt er an die Kläger 44.741,71 DM und verzichtet auf die Forderung in Höhe von 60.000,00 DM aus dem Kaufvertrag und auf 6.614,85 DM aus der Rechnung vom 26.04.1993. 9

5. ..." 10

In der Folgezeit führte der Beklagte Arbeiten zur Beseitigung von Mängeln durch. Unter dem 02.10.1996 teilte der Beklagte den Klägern mit, daß er die im Vergleich vom 17.04.1996 festgestellten Baumängel beseitigt habe. Zugleich forderte er die Kläger auf, die noch ausstehende Restsumme von 60.000,00 DM zu zahlen. Da dies nicht geschah, beantragte und erhielt der Beklagte eine Vollstreckungsklausel zum Vergleich vom 17.04.1996. Eine Vollstreckung erfolgte bisher nicht. 11

Die Kläger haben behauptet, 12

die Mängel seien nicht sachgerecht und vollständig beseitigt. 13

Die Kläger haben beantragt, 14

festzustellen, daß die in dem Beweissicherungsgutachten des Sachverständigen U aus C vom 23.06.1994 (14 OH 14/93 Landgericht Münster) festgestellten Mängel nicht behoben sind und der Beklagte entsprechend Ziffer 4 des Vergleichs vom 17.04.1996 (14 O 638/95 Landgericht Münster) zur Zahlung des Betrages von 44.741,71 DM verpflichtet ist. 15

Der Beklagte hat beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Er hat vorgetragen, 18

die Mängel seien beseitigt. Im übrigen könnten die Kläger aus dem Vergleich keine Rechte herleiten, da sie ihm Mitte Juli 1996 ein Baustellenverbot erteilt hatten, so daß er die Arbeiten erst gegen Ende der Frist habe beenden können. Dadurch sei ihm die Möglichkeit genommen 19

worden, einen Sachverständigen mit der Überprüfung zu beauftragen und noch innerhalb der Frist die dann noch notwendigen Restarbeiten durchzuführen.	
Das Landgericht hat der Klage vollumfänglich stattgegeben.	20
Zur Begründung hat es ausgeführt, die Feststellungsklage sei zulässig. Die Möglichkeit, daß die Kläger sich eine vollstreckbare Ausfertigung des Vergleiches erteilen ließen, stehe dem nicht entgegen. Der Beklagte habe schon vorprozessual erklärt, sämtliche Mängelbeseitigungsarbeiten durchgeführt zu haben. Die Klägerin könnten daher einer Vollstreckungsgegenklage auch zuvorkommen und die entstandenen Streitfragen in einem Feststellungsprozeß klären lassen. Die Klage sei auch begründet, da aufgrund Sachverständigengutachtens vom 20.10.1998 festzustellen sei, daß nicht sämtliche Mängelbeseitigungsarbeiten ausgeführt worden seien. Insbesondere die Trittschalldämmung im Treppenhaus sei nicht ausreichend. Die Abdichtungsarbeiten an der Kellersohle seien jedoch ordnungsgemäß durchgeführt. Der Vergleich sei allerdings dahin auszulegen, daß der Beklagte, wenn er nicht sämtliche Mängel beseitigt habe, die Zahlung des Betrages von 44.741,71 DM unter Verzicht auf die weitergehende Restforderung in Höhe von 60.000,00 DM schulde.	21
Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten. Er trägt vor,	22
es seien sämtliche Restmängel behoben worden.	23
Wenn noch Restmängel vorlägen, machten diese allenfalls einen ganz geringen Bruchteil der ursprünglich vorhandenen Mängel aus.	24
Der Vergleich rechtfertige es aber nicht, daß die Kläger auch bei teilweiser Mängelbeseitigung über 100.000,00 DM gewinnen.	25
Der Beklagte beantragt,	26
die Klage abzuweisen.	27
Die Kläger beantragen,	28
die Berufung zurückzuweisen.	29
Sie tragen vor,	30
es lägen noch erhebliche Mängel vor.	31
Bei der Regelung des Vergleichs hätten die Parteien auch den Fall einer teilweisen Beseitigung der Mängel bedacht und es gerade nicht in das Belieben des Beklagten stellen wollen, welche Mängel er beseitigt. Durch die Vergleichsregelung habe er gezwungen werden sollen, sämtliche Mängel zu beseitigen.	32
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die beigezogenen Akten LG Münster 14 OH 14/93 und 14 O 638/95, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, verwiesen.	33
<u>Entscheidungsgründe:</u>	34
Die Berufung des Beklagten hat Erfolg.	35
	36

Die Klage ist unzulässig. Ihr steht die noch immer gegebene Rechtshängigkeit des Verfahrens 14 O 638/95 LG Münster entgegen.

Der in diesem Verfahren am 17.04.1996 geschlossene Vergleich ist zumindest als Prozeßhandlung unwirksam und hat deshalb den Rechtsstreit nicht beendet. Ein gerichtlicher Vergleich ist als verfahrensbeendende Prozeßhandlung nur wirksam, wenn er ordnungsgemäß, d.h. auch formgerecht gemäß den §§ 159 ff ZPO, protokolliert ist (BGHZ 16, 388, 390; Zöller/Stöber, ZPO, 21. Aufl., § 160 Rdn. 5, m.w.N.). 37

Der Vergleich vom 17. April 1996 ist nicht gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 ZPO ordnungsgemäß protokolliert worden. Er nimmt Bezug auf das Gutachten des Sachverständigen U vom 23.06.1994, das nicht als Anlage zu dem Protokoll genommen wurde, ja sogar nicht einmal in dem dortigen Rechtsstreit erstattet worden war. Sollen aber über den Text des Vergleichs hinaus Anlagen zum Gegenstand der vergleichsweisen Einigung gemacht werden, wird dem Protokollierungszwang gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1 ZPO und der hiervon abhängigen förmlichen Wirksamkeit nur dadurch genügt, daß die in Betracht kommenden Schriftstücke gemäß § 160 Abs. 5 ZPO in dem Protokoll als Anlage bezeichnet und diesem beigelegt werden (OLG Zweibrücken, MDR 1993, 84). 38

Da das Sachverständigengutachten nicht als Anlage zum Protokoll genommen wurde, ist auch anzunehmen, daß dieses nicht vorgelesen und genehmigt wurde, so daß auch der Vorschrift des § 162 ZPO nicht Genüge getan wurde, was auch einer Berichtigung nach § 164 ZPO entgegensteht. Der wegen Nichteinhaltung der prozessualen Voraussetzungen unwirksame Vergleich beendete den Rechtsstreit also nicht (vgl. dazu Dr. Egon Schneider, Ein mißratener Prozeßvergleich, MDR 1997, 1091). 39

Der Senat läßt ausdrücklich offen, ob der materiell-rechtliche Teil des Vergleichs wirksam ist, da die Parteien wohl einen vollstreckungsfähigen Vergleich schließen wollten, was auch unter der pauschalen Bezugnahme auf das Sachverständigengutachten U, das teilweise gar keine Feststellungen treffen konnte, sehr zweifelhaft ist. 40

Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 41