
Datum: 17.01.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 26. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 26 U 35/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0117.26U35.11.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 9 O 127/09
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, VII ZR 48/12

Tenor:

Auf die Anschlussberufung der Beklagten wird das am 28.12.2010 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld abgeändert.

Die Klage wird als unzulässig abgewiesen.

Die Berufung der Kläger wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden insgesamt den Klägern auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Kläger dürfen die Zwangsvollstreckung der Beklagten und Streithelferin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte und Streithelferin vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Beim BGH Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt: VII ZR 48/12

Gründe:

I.

Die Kläger erwarben u.a. von der Beklagten durch notariellen Vertrag vom 24.06.1994 einen Anteil an einem Erbbaurecht an einem Grundstück in K verbunden mit der Verpflichtung der Beklagten, auf diesem Grundstück ein Wohngebäude zu errichten.

Die Baumaßnahme wurde von der Beklagten mit der zwischenzeitlich in Insolvenz geratenen Firma E & G GmbH geplant und als Bauträger durchgeführt. Die Fertigstellung erfolgte im Jahr 1995.

Die Kläger nahmen das Objekt am 25.07.1995 ab, wobei sie Mängel geltend machten. Am 10.01.1996 kam es zu einem Schiedsgutachtervertrag, in dessen Folge einige Mängel behoben wurden.

Schließlich leiteten die Kläger vor dem Landgericht Bielefeld (9 OH 42/00) ein Beweisverfahren gegen die Firma E & G GmbH ein und verkündeten der Beklagten den Streit. Der eingeschaltete Sachverständige ermittelte in seinem Gutachten vom 20.11.2000 u.a. Mängel am Fliesenbelag und an der Verklinkerung.

Da eine durchgeführte Mängelbeseitigung nicht zu einem zufrieden stellenden Ergebnis für die Kläger kam, erhoben sie schließlich Klage beim Landgericht Bielefeld (9 O 341/02). Im Rahmen dieses Verfahrens kam es zum Abschluss folgenden Vergleichs:

„ I. Die Beklagte verpflichtet sich, folgende, auf Seite 5 der Klageschrift vom

17.07.2002 unter Bezugnahme auf die Feststellungen des Sachverständigen

X in seinem im Verfahren 9 OH 42/00 erstatteten Gutachten vom

20.11.2000 aufgelisteten Mängel sach- und fachgerecht zu beseitigen:

1. mangelhafte Verfugung der Klinker,

2. mangelhafte Verfugung der Leerdose,

3. Rauchrohranschluss,

4. Anschluss Kellerlichtschächte,

5. Fliesenaustausch,

6. Bodenfliesen Küche,

7. Bodenfliesen Wohnzimmer,

8. Wandfliese. Bad,

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

9. Bodenfliesen Bad,	
10. Wandfliesen Schornstein/Bad,	21
11. Fassung des KFZ-Einstellplatzes.	22
II. Mit der vollständigen und mängelfreien Sanierung gemäß Ziffer I sind alle in	23
diesem Rechtsstreit eingeführten Forderungen und möglichen Gegenforderungen	24
erledigt.	25
III. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Kläger zu 1/3, die Beklagte zu 2/3, mit	26
Ausnahme der Vergleichskosten, die gegeneinander aufgehoben werden.“	27
In der Folgezeit kam es zu Mängelbeseitigungsarbeiten an der Klinkerfassade. Es kam zu	28
diversen Schreiben der Parteien über den weiteren Umfang von Mängelbeseitigungsarbeiten	
und die Frage, ob die durchgeführten Arbeiten sach- und fachgerecht waren.	
Im Jahr 2005 wurden die Fliesen schließlich komplett überklebt, wobei zwischen den Parteien	29
umstritten ist, ob dies eine Vereinbarung zwischen ihnen oder zwischen den Klägern und der	
Streithelferin war.	
Die Kläger waren auch mit den durchgeführten weiteren Arbeiten nicht zufrieden und ließen	30
erneut ein Beweisverfahren beim Landgericht Bielefeld durchführen (9 OH 19/07), in dem der	
Sachverständige Y weiterhin bestehende Mängel an der Klinkerfassade mit	
Mängelbeseitigungskosten von 7.000 € ermittelte sowie Mängel an den Fliesenarbeiten,	
deren Beseitigung nach seiner Darstellung einen Kostenaufwand von 19.800 € erforderlich	
macht.	
Diese Beträge haben die Kläger sodann mit der Behauptung, dass weiterhin Mängel am	31
Bauwerk vorlägen beim Landgericht geltend gemacht.	
Das Landgericht hat dem Vorschussanspruch wegen der Mängel an der Klinkerfassade	32
stattgegeben und im Übrigen die Klage hinsichtlich der Mängel an den Fliesen wegen	
Verjährung abgewiesen. Hinsichtlich der Verklinkerung hat das LG ausgeführt, dass die	
Klage zulässig sei, weil der am 18.11.2002 abgeschlossenen Vergleich keinen	
vollstreckungsfähigen Inhalt gehabt habe.	
Dagegen richtet sich die Berufung der Kläger, die weiterhin die Auffassung vertreten, dass	33
keine Verjährung eingetreten sei.	
Auf den Hinweis des Senats, dass die Klage wegen doppelter Rechtshängigkeit unzulässig	34
sei, weil das Verfahren 9 O 341/02 LG Bielefeld u.a. infolge eines unwirksam protokollierten	
Vergleichs noch nicht beendet sei, machen sie nunmehr insbesondere geltend, dass der	
protokollierte Vergleich die aufgeführten Mängel ausreichend bezeichnet habe und insoweit	
auch nicht auf das Gutachten, sondern auf Seite 5 der Klageschrift verweise, in dem die	
Mängel explizit aufgeführt worden seien. Im Übrigen handle es sich nunmehr auch um andere	
Mängel, nachdem der Fliesenbelag aufgrund einer anderweitigen Vereinbarung mit einem	
gänzlich anderen Belag versehen worden sei. Damit läge ein anderer Streitgegenstand vor.	

Darüber hinaus sei der Vergleich auch nicht unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen worden. Davon seien die Parteien niemals ausgegangen. Die Parteien hätten die Vereinbarung über Jahre so gewollt und danach gehandelt, so dass der Vergleich zumindest materiell-rechtlich wirksam sei. Das Berufen auf eine Formunwirksamkeit sei damit rechtsmissbräuchlich. Um eine Divergenz zwischen einer landgerichtlichen und einer oberlandesgerichtlichen Entscheidung, insbesondere im Hinblick auf die Anschlussberufung der Beklagten bezüglich der Klinkerfassade, zu vermeiden, müsse das Verfahren gemäß § 148 ZPO ausgesetzt werden.

Die Kläger beantragen,	36
unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Bielefeld vom	37
28.12.2010 zu – 9 O 127/09	38
1.	39
die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 19.800 € nebst 5 % Zinsen über	40
dem Basiszinssatz seit dem 06.12.2008 zu zahlen,	41
2.	42
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihnen auch die über den mit	43
dem Klageantrag zu 1. geltend gemachten Vorschuss in Höhe von 19.800 €	44
hinausgehenden Mängelbeseitigungskosten zu erstatten, die für die	45
Beseitigung der Mängel am Bodenbelag des Hauses M in	46
##### M2 erforderlich sind.	47
Die Beklagte sowie ihre Streithelferin beantragen,	48
die Berufung zurückzuweisen.	49
Im Rahmen der Anschlussberufung beantragt die Beklagte,	50
das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 28.12.2011 teilweise abzuändern	51
und die Klage in Gänze abzuweisen.	52
Die Kläger beantragen,	53
die Anschlussberufung zurückzuweisen.	54
Die Beklagte vertritt im Rahmen der Anschlussberufung die Auffassung, dass die Klage unzulässig sei, weil bereits durch den vollstreckungsfähigen Vergleich ein Titel geschaffen worden sei, aus dem die Kläger nach § 887 ZPO die Vollstreckung hätten betreiben müssen.	55
Darüber hinaus meint sie, dass Verjährung eingetreten sei. Die Kläger hätten nach Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten ein unzulässiges neues Beweisverfahren angestrengt und darin etwaige neue Mängel geltend gemacht, die aber verjährt seien.	56

Im Übrigen verteidigen sie das angefochtene Urteil.	57
Hinsichtlich des weiteren Parteivorbringens wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. Die Akten 9 OH 42/00 und 9 OH 19/07 sowie 9 O 341/02 LG Bielefeld lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	58
Der Senat hat die Parteien darauf hingewiesen, dass die Klage im Hinblick auf § 261 Abs. 2 Nr. 1 ZPO unzulässig ist, weil der Vergleich vom 18.11.2002 mangels ordnungsgemäßer Protokollierung unwirksam ist und damit das Verfahren 9 O 341/02 LG Bielefeld nicht beendet hat. Diesbezüglich hatten die Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme.	59
II.	60
Die Berufung ist unbegründet, die Anschlussberufung begründet.	61
Der Senat hat keinen Anlass, das Verfahren gemäß § 148 ZPO auszusetzen; denn in Fragen der doppelten Rechtshängigkeit ist es nicht geboten, die Entscheidung des Erstverfahrens abzuwarten, um danach darüber zu entscheiden, ob nunmehr (noch) eine solche vorhanden ist bzw. dann eine rechtskräftige Entscheidung in der Angelegenheit vorliegt, die ebenfalls eine erneutes Verfahren verbieten würde. Dies ist kein Fall der Vorentscheidung i.S.d. § 148 ZPO.	62
Die Kläger können im Rahmen der Berufung keinen weiteren Vorschussanspruch geltend machen, weil ihre Klage im Hinblick auf § 261 Abs. 2 Nr. 1 ZPO unzulässig ist.	63
Bereits mit ihrer Klage im Verfahren 9 O 341/02 LG Bielefeld haben die Kläger Vorschusszahlungen für Mängelbeseitigungskosten u.a. an der Klinkerfassade sowie den Fliesen im Bad und Wohnzimmer in Höhe von insgesamt 6.743,53 € geltend gemacht, und zwar auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen X vom 20.11.2000 aus dem Beweisverfahren 9 OH 42/00. Darüber hinaus haben sie die Feststellung der Ersatzpflicht übersteigender Kosten begehrt.	64
Entgegen ihrer Auffassung ist durch den protokollierten Vergleich vom 18.11.2002 das Verfahren nicht beendet worden; denn nur ein wirksam protokollierter Vergleich kann ein Verfahren beenden (Zöller/Stöber ZPO, 28. Auflage, § 794 Rnr. 15 m.w.	65
N.).	66
Da in dem Vergleich die Mängel nur grob skizziert sind, weil im Übrigen zur weiteren Feststellung auf das Gutachten des Sachverständigen X Bezug genommen wird, wäre es zwingend notwendig gewesen, dies Gutachten als Anlage zum Protokoll zu nehmen und auch mit zu verlesen sowie zu genehmigen (OLG Hamm BauR 2000, 1231f; Kniffka/Koeble, Kompendium zum Baurecht, 3. Auflage, 20. Teil Rnr. 54). Daran ändert auch nichts, dass in dem Vergleich außerdem auch auf Seite 5 der Klageschrift verwiesen worden ist; denn zum einen sind auch in der Klageschrift die Mängel lediglich nummerisch aufgezählt worden, zum anderen wird auch dort auf das Gutachten X verwiesen. Zur genauen Darstellung der Mängel ist es bei diesem Vergleich jedenfalls notwendig, auf das Gutachten zurückzugreifen.	67
Der Umstand, dass sich der ursprüngliche Mangel an den Fliesen durch die späteren Arbeiten geändert hat, ändert nichts an der rechtlichen Einordnung der doppelten Rechtshängigkeit; denn nach dem Vortrag der Kläger handelte es sich dabei um fehlgeschlagene Mängelbeseitigungsarbeiten, so dass der Fliesenbelag weiterhin	68

mangelbehaftet ist und nicht der vertraglichen Leistungsverpflichtung entspricht. Damit hat sich der ursprüngliche Klagegrund auch nicht geändert, es bleibt nämlich bei einem Vorschussanspruch wegen der Mängelbeseitigung am Fliesenbelag.

Es kann vor diesem Hintergrund daher dahingestellt bleiben, ob nach dem Wortlaut des Vergleichs die Prozessbeendigung aufschiebend bedingt war; denn danach sollten die im Rechtsstreit eingeführten Forderungen erst mit der vollständigen und mängelfreien Sanierung erledigt sein. Eine solche Regelung ergibt in einem Bauprozess durchaus einen Sinn, weil die Güte der durchzuführenden Arbeiten vorab schwer einschätzbar ist, so dass ein Kläger Gefahr läuft, ein erneutes Verfahren anstrengen zu müssen. Ein solches Verfahren kann daher auch im Hinblick auf eine vergleichsweise Regelung durch Nichtbetreiben seitens der Parteien zum Ruhen gebracht und beim Scheitern der Mängelbeseitigungsarbeiten aufgenommen werden. An dieser Einschätzung würde sich auch nichts zu ändern, wenn die Parteien bei Abschluss des Vergleichs diese Möglichkeit nicht vor Augen hatten. Immerhin räumen die Kläger ja ein, dass sie sich im Fall des Scheiterns der Mängelbeseitigungsrechte weitere Möglichkeiten vorbehalten wollten, nämlich auch weitere Ansprüche geltend zu machen. Gerade diese Möglichkeit wäre ihnen durch den Wortlaut des Vergleichs, der seinem Wortlaut nach eine Aufnahme des Verfahrens ermöglicht, eröffnet worden. 69

Da eine doppelte Rechtshängigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen ist, kommt es auch nicht darauf an, ob die Parteien den Vergleich zumindest materiell-rechtlich gewollt haben, so dass eine Berufung auf dessen Unwirksamkeit als rechtsmissbräuchlich angesehen werden könnte. Im Übrigen spricht schon gegen einen materiell-rechtlichen Bestand, dass Parteien im Regelfall nur einen wirksam zustande gekommenen Vergleich wirklich wollen. Darüber hinaus hat ja auch die Folgezeit ergeben, dass die Parteien sich eben nicht an diesen Vergleich gehalten haben, anderenfalls wäre es nämlich nicht zu dem weiteren Beweisverfahren gekommen. 70

Aus den dargestellten Gründen war im Rahmen der Anschlussberufung das angefochtene Urteil aufzuheben, weil im Hinblick auf die Mängel an der Klinkerfassade ebenfalls eine doppelte Rechtshängigkeit vorliegt, so dass die erneute Klage unzulässig ist. 71

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 101 ZPO. 72

Die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO. 73

Einer Zulassung der Revision bedurfte es nicht, weil die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist, § 543 Abs. 2 ZPO. 74