

---

**Datum:** 13.11.2015  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 12. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 12 U 8/15  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2015:1113.12U8.15.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Bochum, 4 O 270/13  
**Schlagworte:** Rechtskraft, Streitgegenstand, Vorschussanspruch  
**Normen:** ZPO § 322  
**Leitsätze:**

1.

Die materielle Rechtskraft eines Urteils steht einer erneuten Klage mit identischem Streitgegenstand entgegen. Sie ist in diesem Falle wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung als unzulässig abzuweisen.

2.

Ob über den Streitgegenstand bereits entschieden worden ist, hat das Gericht anhand der Urteilsformel sowie des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe von Amts wegen zu prüfen.

---

**Tenor:**

Die Berufung des Klägers und der Berufungsklägerin zu 2. gegen das am 12.12.2014 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Der Kläger und die Berufungsklägerin zu 2. tragen die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil des Landgerichts sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger und die Berufungsklägerin zu 2. dürfen die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

## Gründe:

- A. 1
- Der Kläger begehrt von der Beklagten (weiteren) Vorschuss für die Mängelbeseitigung im Zusammenhang mit Fassadenarbeiten. 2
- Der Kläger beauftragte die Beklagte durch seinen Architekten im November/Dezember 2002 mit der Verklinkerung seines Hauses I F ##, ##### X. Vereinbart war ein Pauschalpreis von brutto 38.000,00 €. Grundlage des Auftrags war nach der Vertragsurkunde ein Angebot der Beklagten vom 19.10.2002 sowie ein Festpreisangebot vom 26.11.2002. Nach dem Leistungsverzeichnis zum Angebot war das Mauerwerk mit Trasszement vollfugig zu vermauern und nass in nass direkt zu verfugen. 3
- Bei der Ausführung der Arbeiten wurde - entgegen dem Leistungsverzeichnis - nicht mit Trasszement gearbeitet und nicht vollflächig verfugt. Vielmehr wurden die Fugen ausgekratzt und sodann mit einem weißen, vom Kläger gestellten Fugenmörtel verfugt. Die Arbeiten wurden im Jahr 2003 als vertragsgemäß abgenommen. 4
- Nachfolgend zeigten sich Mängel der Werkleistung der Beklagten, die Gegenstand des selbstständigen Beweisverfahrens 2 H 34/05 Amtsgericht Witten sowie des Verfahrens 6 O 192/09 Landgericht Bochum = 12 U 132/11 Oberlandesgericht Hamm waren. Insbesondere bemängelte der Kläger in diesem Verfahren Ausblühungen an der Fassade. Die Beklagte wurde letztendlich verurteilt, an den Kläger 34.864,95 € als Vorschuss nebst Zinsen zu zahlen. Zudem wurde festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche über den ausgeurteilten Betrag hinausgehenden Aufwendungen und Schäden zu ersetzen, die durch die Sanierung der Fassade entstehen. 5
- Obwohl die Beklagte den ausgeurteilten Betrag an den Kläger zahlte, sind Arbeiten an dem Haus bislang nicht vorgenommen worden. Der Kläger begehrt weiteren Vorschuss in Höhe von 102.873,49 €. Die Beklagte lehnte vorgerichtlich die Zahlung mit Schreiben vom 19.04.2013 ab. Mit der Klage hat der Kläger den begehrten weiteren Vorschuss nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten geltend gemacht. 6
- Der Kläger hat behauptet, die noch vorhandenen Ausblühungen seien entgegen der bisherigen Annahme darauf zurückzuführen, dass kein Trasszement als Mauermörtel verwendet worden sei. Er habe den Geschäftsführer der Beklagten bereits während der Bauausführung auf diesen Umstand hingewiesen, der Bedenken indes abgetan habe. Absprachen mit der Beklagten, dass ein anderer Zement verwendet werde, habe es nicht gegeben. Zur Beseitigung der Ausblühungen sei es erforderlich, die gesamten Klinkerwände abzureißen und vollständig neu zu errichten. Dadurch entstünden mit Nebenarbeiten und Regiekosten insgesamt Kosten von 136.873,49 €. Der Kläger habe mehrere Bauunternehmer 7

angefragt, die indes eine Sanierung nach den Angaben der Gutachten aus dem Vorprozess abgelehnt hätten.

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte habe ihn jedenfalls darauf hinweisen müssen, dass das Nicht-Verwenden von Trasszement zu Ausblühungen führe. 8

Die Beklagte hat behauptet, die Beauftragung sei ohne Trasszement erfolgt. Die Ausblühungen befänden sich wegen der stattgefundenen Selbstreinigung auch nur noch an der talseitigen Fassade und dort vornehmlich an dem unstreitig von dem Kläger verlinkerten Sockelbereich. 9

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Neuherstellung der gesamten Fassade sei unverhältnismäßig. Der Klage stehe zudem die Rechtskraft des bereits ergangenen Urteils entgegen. 10

Das Landgericht hat die Klage nach Vernehmung von Zeugen abgewiesen. Es könne dahinstehen, ob die Klage zulässig sei. Jedenfalls sei die Klage aber unbegründet, da der Kläger keinen Anspruch auf die Verwendung von Trasszement gehabt habe. Nach der Beweisaufnahme stehe zur Überzeugung des Gerichts fest, dass dies nicht vereinbart gewesen sei. Zwar sei dies im ursprünglichen Leistungsverzeichnis noch vorgesehen gewesen. Es stehe aber zur Überzeugung des Landgerichts fest, dass sich die Parteien vor Vertragsschluss abweichend geeinigt hätten. 11

In dem Vorschlag der gewählten Ausführungsart liege keine Pflichtverletzung, auch wenn die Verwendung trasslosen Mörtels zu Ausblühungen hätte führen können. Ein überlegenes Wissen des Bauunternehmers komme insoweit nicht in Betracht, sodass Hinweispflichten nicht gegeben seien. 12

Dagegen wenden sich der Kläger und die zuvor nicht am Rechtsstreit beteiligte Berufungsklägerin zu 2. mit ihrer Berufung. Der Kläger und die Berufungsklägerin zu 2. sind der Ansicht, das Landgericht habe vor einer Entscheidung der Behauptung des Klägers nachgehen müssen, dass für eine sach- und fachgerechte Herstellung der Fassade Trasszement habe verwendet werden müssen. Dazu behaupten sie, dieser sei geeignet Ausblühungen zu verhindern. Eine Abänderung des Leistungsumfangs sei lediglich hinsichtlich der Art der Verfübung erfolgt. 13

Die Beklagte hafte aber auch unabhängig von den vertraglichen Vereinbarungen. Diese habe mit dem Vorschlag, den Mauerwerksmörtel ohne Trasszement zu verwenden, die Planungsverantwortlichkeit hierfür übernommen, insbesondere da der Architekt des Klägers augenscheinlich den Bedenken der Beklagten habe Folge leisten wollen. Die Beklagte habe Bedenken gegen die Ausführung ohne Trasszement äußern müssen. 14

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage bestünden nicht. Es gehe um die Geltendmachung weiteren Vorschusses für die Mängelbeseitigung. Dies sei wegen des erheblichen Unterschiedes des Leistungsumfangs zulässig, da die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht angegeben habe, keine weiteren Zahlungen leisten zu können. Es könne dem Kläger nicht zugemutet werden, vor Sicherstellung der Kostentragung mit den Arbeiten zu beginnen. 15

Der Kläger und die Berufungsklägerin zu 2. beantragen, 16

17

das Urteil des Landgerichts Bochum vom 12.12.2014 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie 102.873,49 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 19.04.2013 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 18

die Berufung zurückzuweisen. 19

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Die Klage sei bereits unzulässig, mögliche Gewährleistungsansprüche verjährt. Die Verwendung eines trasshaltigen Mauerwerksmörtels sei weder vertraglich noch nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik geschuldet. Die Beklagte habe durch ihren Bedenkenhinweis auch keine Planungsverantwortlichkeit übernommen. Die Neuerstellung der Fassade sei völlig unverhältnismäßig, da die Ausblühungen deutlich nachgelassen hätten und die noch vorhandenen Reste mit geringem Kostenaufwand zu entfernen seien bzw. mit der Zeit von selbst verschwänden. 20

## B.

Die Berufung der Berufungsklägerin zu 2. ist bereits unzulässig. Eine Beschwer der Berufungsklägerin zu 2. durch das angefochtene Urteil ist ebenso wenig ersichtlich wie vorgetragen. Diese war an dem erstinstanzlichen Rechtsstreit nicht beteiligt. Der Prozessbevollmächtigte der Berufungsklägerin zu 2. hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch eingeräumt, dass die Berufung nur versehentlich im Namen der Berufungsklägerin zu 2. eingelegt worden ist. 21

## C.

Die Berufung des Klägers ist unbegründet. Der Zulässigkeit der Klage steht die Rechtskraft des Senatsurteils vom 16.03.2012 im Rechtsstreit 6 O 192/09 Landgericht Bochum = 12 U 132/11 Oberlandesgericht Hamm entgegen. 22

Nach § 322 Abs. 1 ZPO ist ein Urteil insoweit der Rechtskraft fähig, als darin über den durch Klage- und Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und der herrschenden Meinung im Schrifttum bedeutet dies zum einen, dass eine erneute Klage mit identischem Streitgegenstand unzulässig ist. Über denselben Streitgegenstand darf nicht neu verhandelt und sachlich entschieden werden. Wird dieser dennoch erneut zur Entscheidung des Gerichts gestellt, so ist die neue Klage wegen Fehlens einer 23

Prozessvoraussetzung von Amts wegen als unzulässig abzuweisen. Ob über den Streitgegenstand bereits entschieden worden ist, hat das Gericht stets von Amts wegen zu prüfen. (vgl. BGH, NJW 1995, S. 1757 f. Rn. 8, zitiert nach juris.de; Gottwald in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, § 322 Rn. 39) 24

Ein solcher Fall liegt vor, da über den mit der Klage verfolgten Streitgegenstand bereits mit dem Senatsurteil vom 16.03.2012 entschieden worden ist. 25

1. 26

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Mit der Klage macht der Kläger einen weiteren Kostenvorschuss wegen mangelhafter Fassadenarbeiten der Beklagten geltend.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 27 |
| Ein derartiger Vorschussanspruch wegen desselben Werks war bereits Gegenstand des Rechtsstreit I-6 O 192/09 LG Bochum = I-12 U 132/11 OLG Hamm. Mit Urteil vom 16.03.2012 hat der Senat dem Kläger unter Klageabweisung im Übrigen einen Vorschussanspruch in Höhe von 34.864,95 € nebst der Feststellung einer weiteren Zahlungsverpflichtung zuerkannt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 28 |
| Damit hat der Senat – rechtskräftig – entschieden, dass wegen der geltend gemachten Mängel dem Kläger ein Vorschussanspruch gegen die Beklagte in Höhe von 34.864,95 zusteht. Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger erneut einen - wenn auch weitergehenden - Vorschussanspruch geltend.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 29 |
| <b>2.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 30 |
| Der Rechtsstreit I-6 O 192/09 LG Bochum = I-12 U 132/11 OLG Hamm betraf denselben Streitgegenstand wie das nunmehr rechtshängige Verfahren.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 31 |
| <b>a)</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 32 |
| Anknüpfungspunkt für die Grenzen der Rechtskraft ist ausschließlich der Streitgegenstand, über den im Erstprozess tatsächlich entschieden worden ist, nicht dagegen Tatsachen, Rechtsfragen oder Rechtsverhältnisse. (vgl. Vollkommer in:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 33 |
| Zöller, ZPO, 30. Auflage, Vor § 322 Rn. 35). Bei einem klageabweisenden Urteil, dessen Urteilsformel keine Aufschlüsse zulässt, erschließt sich der Streitgegenstand stets erst aus dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen einschließlich des Parteivorbringens. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Parteien den Streitgegenstand durch die Gestaltung ihres Vortrages willkürlich begrenzen könnten. Der Streitgegenstand wird vielmehr durch den prozessualen Anspruch und den ihm zugrundeliegenden Lebenssachverhalt bestimmt, unabhängig davon, ob einzelne Tatsachen dieses Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht. Infolgedessen gehört zu den Rechtskraftwirkungen die Präklusion nicht nur der im ersten Prozess vorgetragenen Tatsachen, sondern auch der nicht vorgetragenen Tatsachen, sofern sie nicht erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Prozess entstanden sind. Ein Sachurteil, das eine Leistungsklage abweist, stellt grundsätzlich fest, dass die begehrte Rechtsfolge aus dem Lebenssachverhalt unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt hergeleitet werden kann, und zwar auch dann, wenn das Gericht nicht alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen ins Auge gefasst hat. (vgl. BGH, NJW 1995, S. 1757 f. Rn. 9) | 34 |
| Der Kläger hat im Vorprozess den Vorschussanspruch unter anderem auf Ausblühungen der von der Beklagten erstellten Klinkerfassade gestützt und dies mit einer mangelhaften Bauausführung begründet. Das Urteil des Senats vom 16.03.2012 hat rechtskräftig darüber entschieden, dass dem Kläger unter anderem wegen dieser Ausblühungen gegen die Beklagte ein Vorschussanspruch in Höhe von 34.864,95 € zusteht. Nichts anderes macht der Kläger nunmehr erneut geltend. Dass er die Mangelursache nunmehr in einem anderen Mangel, nämlich dem Abweichen von einer vereinbarten Eigenschaft sieht bzw. die Haftung der Beklagten aus einem unterlassenen Bedenkenhinweis herleitet, begründet keinen anderen Lebenssachverhalt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 35 |

Dies gilt umso mehr, als nach der Symptomtheorie des Bundesgerichtshofs der Besteller im Allgemeinen seiner Darlegungspflicht genügt, wenn er einen Mangel, aus dem er Rechte herleitet, in seinem äußeren Erscheinungsbild behauptet und belegt. Der Besteller ist dagegen nicht genötigt, auch die Gründe seiner Entstehung, also die Mängelursachen, im Einzelnen anzugeben (vgl. Pastor in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rn. 1980). Damit erfasst eine Mangelrüge unter hinreichender Beschreibung der zutage getretenen Mangelercheinungen die

Ursachen der bezeichneten Erscheinungen in vollem Umfang (vgl. Pastor in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rn. 2917). In einem nachfolgenden Rechtsstreit sind dann folglich die Ursachen in diesem Umfang Streitgegenstand. 37

Hinzu kommt, dass mit der Abweisung des weitergehenden Vorschussanspruchs das Urteil festgestellt hat, dass die vom Kläger begehrte Rechtsfolge „weiterer Vorschuss“ unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt aus dem zur Entscheidung gestellten Lebenssachverhalt hergeleitet werden kann. 38

**b)** 39

Etwas anderes folgt nicht daraus, dass in diesem Senatsurteil vom 16.03.2012 dem Feststellungsantrag des Klägers entsprochen worden ist. Denn dieser betrifft lediglich diejenigen Aufwendungen und Schäden, die derzeit noch nicht voraussehbar waren. Ob die nunmehr geltend gemachten Sanierungskosten hierunter fallen, braucht im vorliegenden Verfahren nicht entschieden werden, da es sich hierbei gerade nicht um nicht vorhersehbare, aber später angefallene Aufwendungen und Schäden handelt. 40

Soweit der Kläger darauf abstellt, dass ihm eine Durchführung der Arbeiten vor Sicherstellung der Zahlung wegen des erheblichen Unterschiedes des Leistungsumfanges und der bekundeten Zahlungsunfähigkeit der Beklagten nicht zumutbar sei, rechtfertigt diese keine Durchbrechung der Rechtskraft. Selbst ein sachlich unrichtiges Urteil besitzt eine materielle Rechtskraft. Diese verbietet es gerade, die Frage der Richtigkeit oder Unrichtigkeit erneut aufzuwerfen. Die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens gebietet die Rechtsbeständigkeit des Abschlusses von Rechtsstreitigkeiten. Rechtsfriede und Rechtssicherheit sind so hohe Rechtsgüter, dass um ihretwillen die Möglichkeit einer im Einzelfall unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden muss. 41

**C.** 42

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 709 Satz 2, § 711 Satz 1 und 2 ZPO. 43

**D.** 44

Die Revision war nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, § 543 Abs. 2 ZPO. 45

|  |  |  |
|--|--|--|
|  |  |  |
|--|--|--|

 46

