



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 48/12

Verkündet am:
21. November 2013
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 261 Abs. 3 Nr. 1, § 794 Abs. 1 Nr. 1

- a) Der Rechtsstreit, in dem ein unwirksamer Prozessvergleich geschlossen wurde, ist nur dann fortzusetzen, wenn eine Partei die Wirksamkeit des Prozessvergleichs angreift und damit dessen prozessbeendigende Wirkung in Frage stellt. Dementsprechend ist eine neue Klage, die den Streitgegenstand des ursprünglichen Rechtsstreits umfasst, zulässig, wenn die Parteien die Beendigung des Ursprungsrechtsstreits durch den Vergleich nicht in Frage stellen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 29. Juli 1999 - III ZR 272/98, BGHZ 142, 253, 254; Urteil vom 4. Mai 1983 - VIII ZR 94/82, BGHZ 87, 227, 230; Urteil vom 22. Dezember 1982 - V ZR 89/80, BGHZ 86, 184, 187).
- b) Der Einwand, aufgrund der Unwirksamkeit eines Prozessvergleichs müsse das Ursprungsverfahren fortgesetzt werden, ist eine verzichtbare prozessuale Rüge, die grundsätzlich vor Beginn der Verhandlung zur Hauptsache bzw. im Rahmen einer vom Gericht gesetzten Klageerwiderungsfrist vorzubringen ist.

BGH, Urteil vom 21. November 2013 - VII ZR 48/12 - OLG Hamm
LG Bielefeld

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Dr. Eick, Halfmeier, Kosziol und Prof. Dr. Jurgeleit

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 26. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 17. Januar 2012 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger erwarben von der Beklagten durch notariellen Vertrag vom 24. Juni 1994 einen Anteil an einem Erbbaurecht verbunden mit der Verpflichtung der Beklagten, auf dem Grundstück ein Wohngebäude zu errichten. Die Baumaßnahme wurde von der Beklagten mit der zwischenzeitlich in Insolvenz geratenen D. GmbH geplant und als Bauträger durchgeführt.
- 2 Im Jahr 2000 leiteten die Kläger ein selbständiges Beweisverfahren gegen die D. GmbH ein und verkündeten der Beklagten den Streit. Der gerichtlich bestellte Sachverständige stellte Mängel hinsichtlich der Verklinkerung und des

Fliesenbelages fest, schlug Mängelbeseitigungsmaßnahmen vor und errechnete dafür die wahrscheinlich anfallenden Kosten (5.200 DM zuzüglich Umsatzsteuer betreffend die Verklinkerung und 1.500 DM zuzüglich Umsatzsteuer für die Bodenfliesen).

- 3 Auf dieser Grundlage erhoben die Kläger im Juli 2002 Klage auf Vorschusszahlung und Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Erstattung weiterer Kosten. Dieses Verfahren endete mit dem am 18. November 2002 zwischen den Parteien geschlossenen Prozessvergleich. Dieser Vergleich hat unter anderem folgenden Inhalt:

"I. Die Beklagte verpflichtet sich, folgende, auf Seite 5 der Klageschrift vom 17.07.2002 unter Bezugnahme auf die Feststellungen des Sachverständigen L. in seinem im Verfahren OH /00 erstatteten Gutachten vom 20.11.2000 aufgelisteten Mängel sach- und fachgerecht zu beseitigen:

1. Mangelhafte Verfugung Klinker,

...

6. Bodenfliesen Küche,

7. Bodenfliesen Wohnzimmer,

..."

- 4 Im Anschluss an den Vergleich ließ die Beklagte Mängelbeseitigungsarbeiten durchführen. Inwieweit die Mängelbeseitigungsarbeiten erfolgreich waren, ist zwischen den Parteien streitig.

5 Nachdem Verhandlungen der Parteien gescheitert waren, leiteten die Kläger 2007 ein weiteres selbständiges Beweisverfahren zur Begutachtung von Mängeln hinsichtlich der Verklinkerung und des Fliesenbelages im Küchen- und Wohnzimmerbereich ein. Auf der Grundlage des in diesem Verfahren erstatteten Gutachtens des gerichtlich bestellten Sachverständigen S. haben die Kläger mit beim Landgericht am 25. Februar 2009 eingegangenem Schriftsatz Klage auf Vorschusszahlung im Umfang von 26.800 € (19.800 € Fliesen und 7.000 € Klinker) und Feststellung der Verpflichtung der Beklagten auf Erstattung weiterer Kosten erhoben.

6 Das Landgericht hat der Klage im Umfang von 7.000 € hinsichtlich der Klinkerfassade und insoweit auch dem Feststellungsbegehren stattgegeben. Im Übrigen hat das Landgericht die Klage wegen Verjährung abgewiesen.

7 Gegen das Urteil des Landgerichts haben die Kläger Berufung und hat die Beklagte Anschlussberufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat auf die Anschlussberufung der Beklagten das angefochtene Urteil abgeändert und die Klage als unzulässig abgewiesen. Die Berufung der Kläger hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

8 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision der Kläger führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

10

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Klage sei im Hinblick auf § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO unzulässig. Bereits mit der im Jahr 2002 erhobenen Klage hätten die Kläger Vorschusszahlungen für Mängelbeseitigungskosten hinsichtlich der Klinkerfassade sowie den Fliesen in Küche und Wohnzimmer geltend gemacht. Dieses Verfahren sei entgegen der Auffassung der Kläger durch den protokollierten Vergleich vom 18. November 2002 nicht beendet worden. Nur ein wirksam protokollierter Vergleich könne ein rechtshängiges Verfahren beenden. Da in dem Vergleich die Mängel nur grob skizziert seien, weil im Übrigen zur weiteren Feststellung auf das Gutachten des Sachverständigen L. Bezug genommen werde, sei es zwingend notwendig gewesen, dieses Gutachten als Anlage zu Protokoll zu nehmen und auch mitzuverlesen sowie zu genehmigen. Der Umstand, dass sich der ursprüngliche Mangel an den Fliesen durch die späteren Arbeiten geändert habe, ändere nichts an der rechtlichen Einordnung der doppelten Rechtshängigkeit. Denn nach dem Vortrag der Kläger handele es sich dabei um fehlgeschlagene Mängelbeseitigungsarbeiten, so dass der Fliesenbelag weiterhin mangelbehaftet sei und nicht der vertraglichen Leistungsverpflichtung entspreche. Damit habe sich der ursprüngliche Klagegrund nicht geändert, es bleibe nämlich bei einem Vorschussanspruch wegen der Mängelbeseitigung am Fliesenbelag. Da eine doppelte Rechtshängigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen sei, komme es auch nicht darauf an, ob die Parteien den Vergleich zumindest materiell-rechtlich gewollt hätten, so dass eine Berufung auf dessen Unwirksamkeit als rechtsmissbräuchlich angesehen werden könnte.

II.

11 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die prozessbeendende Wirkung eines Vergleichs sei von Amts wegen unabhängig davon zu prüfen, ob die Parteien die Beendigung des Ursprungsrechtsstreits in Frage stellen, ist unzutreffend.

12 1. Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Rechtshängigkeit einer Streitsache durch einen Prozessvergleich nur entfallen kann, wenn die prozessualen Formvorschriften (§ 160 Abs. 3 Nr. 1, § 162 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3, § 163 ZPO) eingehalten werden. Das folgt aus der Doppelnatur des Prozessvergleiches als einerseits materiell-rechtliches Rechtsgeschäft und andererseits Prozesshandlung (BGH, Urteil vom 10. März 1955 - II ZR 201/53, BGHZ 16, 388, 390; Urteil vom 18. Juni 1999 - V ZR 40/98, BGHZ 142, 84, 88; Beschluss vom 4. Juli 2007 - XII ZB 14/07, NJW-RR 2007, 1451 Rn. 7; Groth in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 162 Rn. 8; Münzberg in Stein/Jonas, aaO, § 794 Rn. 29). Der dementsprechend anzuwendende § 162 Abs. 1 ZPO verlangt, dass das den Vergleichsschluss enthaltende Protokoll den Beteiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen und von diesen zu genehmigen ist. Die Einhaltung dieser Förmlichkeiten muss im Protokoll selbst vermerkt werden. Auf dieser Grundlage entspricht es einer obergerichtlichen Rechtsprechung, dass Unterlagen, auf die in einem Vergleich Bezug genommen wird, als Anlage zum Protokoll zu nehmen, vorzulesen und von den Parteien zu genehmigen sind. Bei Nichteinhaltung dieser Förmlichkeiten genüge der Vergleich nicht den prozessualen Voraussetzungen, sei deshalb unwirksam und beende den Rechtsstreit nicht (OLG Hamm, BauR 2000, 1231, 1232; OLG Naumburg, Beschluss vom 28. November 2001 - 5 W 101/01, juris Rn. 11 f.; Hk-ZPO/Kindl, 5. Aufl., § 794 Rn. 11; Musielak/Lackmann, ZPO, 10. Aufl., § 794 Rn. 10; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 794 Rn. 9;

MünchKommZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl., § 794 Rn. 36). Ob dieser Auffassung zu folgen ist, kann dahinstehen. Dahinstehen kann auch, ob der Vergleich unabhängig davon wirksam ist.

13 2. Denn von Rechtsfehlern beeinflusst ist die Auffassung des Berufungsgerichts, es habe unabhängig vom Parteiwillen von Amts wegen zu prüfen, ob durch den tatsächlich erfolgten Vergleichsschluss die Rechtshängigkeit des Ursprungsprozesses entfallen ist.

14 Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass das Verfahren, in dem der Prozessvergleich geschlossen wurde, nur dann fortzusetzen ist, wenn die Wirksamkeit des Prozessvergleichs angegriffen und damit seine den Prozess beendigende Wirkung in Frage gestellt wird. Dementsprechend ist eine neue Klage, die den Streitgegenstand des ursprünglichen Rechtsstreits umfasst, dann zulässig, wenn die Parteien die Beendigung des Ursprungsrechtsstreits durch den Vergleich nicht in Frage stellen (BGH, Urteil vom 29. Juli 1999 - III ZR 272/98, BGHZ 142, 253, 254; Urteil vom 4. Mai 1983 - VIII ZR 94/82, BGHZ 87, 227, 230; Urteil vom 22. Dezember 1982 - V ZR 89/80, BGHZ 86, 184, 187 f.; Urteil vom 15. April 1964 - Ib ZR 201/62, BGHZ 41, 310, 311; Urteil vom 29. September 1958 - VII ZR 198/57, BGHZ 28, 171; vgl. Urteil vom 29. Juni 1978 - IX ZR 151/74, MDR 1978, 1019). Diese Rechtsprechung findet in der Literatur uneingeschränkte Zustimmung (Münzberg in Stein/Jonas, aaO, § 794 Rn. 58; MünchKommZPO/Wolfsteiner, aaO, § 794 Rn. 76 f.; Musielak/Lackmann, aaO, § 794 Rn. 21; Zöller/Stöber, aaO, § 794 Rn. 15a; Prütting/Gehrlein/Scheuch, ZPO, 5. Aufl., § 794 Rn. 24; Seiler in Thomas/Putzo, ZPO, 34. Aufl., § 794 Rn. 36; Hk-ZPO/Kindl, 5. Aufl., § 794 Rn. 20). Soweit die Revision meint, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei dahingehend auszulegen, dass das Ursprungsverfahren jedenfalls dann fortgeführt werden müsse, wenn die prozessualen Wirksamkeitsvo-

raussetzungen nicht erfüllt seien, ist das unzutreffend. Den Parteien steht es frei, übereinstimmend einen Zivilprozess als durch Vergleich beendet anzusehen unabhängig davon, ob dieser wegen prozessualer oder materiell-rechtlicher Mängel unwirksam ist. Eine Differenzierung danach, auf welcher rechtlichen Grundlage die Unwirksamkeit des Vergleichs beruht, ist nicht gerechtfertigt.

15 Da die Parteien die Beendigung des Ursprungsrechtsstreits durch den am 18. November 2002 geschlossenen Vergleich zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt haben, war es dem Berufungsgericht verwehrt, den Vergleich einer Überprüfung zu unterziehen.

16 3. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), da das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen zur Begründetheit der Klage getroffen hat.

17 Für die neue Verhandlung und Entscheidung weist der Senat auf Folgendes hin:

18 a) Sollte die Beklagte in der neuen Verhandlung die Rechtswirksamkeit des Vergleichs mit dem Ziel in Frage stellen, den Ursprungsrechtsstreit fortzusetzen, dürfte diese Rüge nach § 282 Abs. 3, § 296 Abs. 3, § 532 Satz 2 ZPO nicht mehr zuzulassen sein. Bei dem Einwand der Unwirksamkeit des Vergleichs handelt es sich um eine verzichtbare prozessuale Rüge, die grundsätzlich vor Beginn der Verhandlung zur Hauptsache bzw. im Rahmen einer vom Gericht gesetzten Klageerwiderungsfrist vorzubringen ist.

19 Dementsprechend besteht jetzt für die Beklagte zudem grundsätzlich keine Möglichkeit mehr, im Ursprungsverfahren wegen einer Unwirksamkeit des

Vergleichs die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zu beantragen. Denn das Ursprungsverfahren ist nach dem in der Verhandlung zur Hauptsache in diesem Rechtsstreit zum Ausdruck kommenden übereinstimmenden Willen der Parteien endgültig beendet.

20 b) Soweit das Landgericht die Klage hinsichtlich der Fliesenarbeiten wegen Verjährung abgewiesen hat, ist das nach den bisher festgestellten Tatsachen unzutreffend.

21 Nach § 638 Abs. 1 BGB a.F. verjährten die Mängelansprüche der Kläger hinsichtlich der Fassade und der Bodenfliesen in der Küche und im Wohnzimerbereich innerhalb von fünf Jahren beginnend mit der Abnahme. Die Abnahme fand am 25. Juli 1995 statt. Nach der Beurteilung des Landgerichts, die das Berufungsgericht konsequenterweise nicht überprüft hat, unterbrachen die Kläger die Verjährungsfrist durch die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens am 4. Juli 2000 (§ 639 Abs. 1, § 477 Abs. 2, Abs. 3 BGB a.F.). Die Unterbrechung hatte nach § 217 BGB a.F. zur Folge, dass die bis zur Unterbrechung verstrichene Verjährungszeit nicht in Betracht kam, das heißt nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens eine neue Verjährungsfrist von fünf Jahren begann. Zum 1. Januar 2002 waren daher die Forderungen der Kläger noch nicht verjährt. Dementsprechend bestimmt Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB, dass auf die Forderungen der Kläger die Vorschriften des BGB über die Verjährung in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung Anwendung finden. Durch die Klageerhebung im ersten Klageverfahren am 7. August 2002 wurde die Verjährung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1, § 209 BGB gehemmt. Dieses Verfahren beendeten die Parteien durch den Vergleich vom 18. November 2002, womit die Hemmung nach § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB sechs Monate danach endete. Mit dem Vergleich, in dem sich die Beklagte verpflichtete, Mängel der Fassade und der Bodenfliesen in der Küche und im Wohnzim-

mer zu beseitigen, hat die Beklagte zusätzlich ein Anerkenntnis im Sinne von § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB abgegeben, das zum erneuten Beginn der Verjährung führte. Ein Anerkenntnis im Sinne dieser Vorschrift ist das rein tatsächliche Verhalten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, aus dem sich das Bewusstsein vom Bestehen des Anspruchs unzweideutig ergibt. Das Anerkenntnis ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine geschäftsähnliche Handlung, deren Rechtsfolgen unabhängig vom Willen des Schuldners und einer (wirksamen) gerichtlichen Protokollierung eintreten. Diese Voraussetzungen sind im Rahmen eines Vergleichsangebotes erfüllt (BGH, Urteil vom 11. Mai 1965 - VI ZR 280/63, VersR 1965, 958; Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Aufl., § 212 Rn. 4 a.E.; MünchKommBGB/Grothe, 6. Aufl., § 212 Rn. 18). Der erneute Beginn der Verjährungsfrist umfasste nach § 213 BGB nicht nur den Mängelbeseitigungsanspruch, sondern sämtliche Ansprüche, die aus demselben Grunde wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind und damit zumindest den sich aus § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB ergebenden Vorschussanspruch. Die so neu beginnende Verjährungsfrist haben die Kläger durch die Einleitung des weiteren selbständigen Beweisverfahrens nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB gehemmt. Der Antrag der Kläger vom 15. Mai 2007 auf Durchführung des weiteren selbständigen Beweisverfahrens ging beim Landgericht am 16. Mai 2007 ein. Dieses verfügte die formlose Übermittlung der Abschriften der Antragschrift am 23. Mai 2007. Mit Schriftsatz vom 1. Juni 2007, beim Landgericht am 4. Juni 2007 eingegangen, hat die Beklagte beantragt, den Antrag zurückzuweisen. Damit ist zwar die Voraussetzung des § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB - Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens - nicht erfüllt. Es ist aber Heilung nach § 189 ZPO durch den tatsächlichen Zugang beim Antragsgegner eingetreten (BGH, Urteil vom 27. Januar 2011 - VII ZR 186/09, BGHZ 188, 128 Rn. 33 ff.). In diesem Verfahren wurde das zweite Gutachten des Sachverständigen Ende Oktober 2008 den Parteien zu-

gesandt. Einer Partei wurde Fristverlängerung bis 5. Dezember 2008 zur Stellungnahme gewährt. Danach endete die Verjährungshemmung durch das selbständige Beweisverfahren am 5. Juni 2009 gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB. Vor Ablauf dieser Frist trat weitere Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch die der Beklagten in diesem Rechtsstreit am 18. März 2009 zugestellte Klageschrift ein.

Kniffka

Eick

Halfmeier

Kosziol

Jurgeleit

Vorinstanzen:

LG Bielefeld, Entscheidung vom 28.12.2010 - 9 O 127/09 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 17.01.2012 - 26 U 35/11 -