

---

**Datum:** 01.12.2005  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 24. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 24 U 57/05  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2005:1201.24U57.05.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Münster, 2 O 357/04

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten zu 2) gegen das am 21.03.2005 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Beklagte zu 2) trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

- 
- Gründe:** 1
- (Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß 2**
- §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen) 3**
- Die zulässige Berufung der Beklagten zu 2) ist nicht begründet. Der Schadensersatzanspruch der Kläger gegen die Beklagte zu 2) folgt aus den §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB. Die mit der Berufung vorgebrachten Angriffe gegen das landgerichtliche Urteil greifen im Ergebnis nicht durch. 4
- Soweit die Beklagte zu 2) Zulässigkeitsbedenken gegen den Feststellungsantrag geltend macht, kann auf die zutreffenden Ausführungen auf Seite 12 f. des angefochtenen Urteils Bezug genommen werden. Es ist allgemein anerkannt und entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der Feststellungsklage in 5

Baumängelprozessen ein größerer Spielraum einzuräumen ist (vgl. Werner/Pastor Rdnr. 438 ff. m.w.N.). Vorliegend ist aus den im angefochtenen Urteil genannten Gründen unklar, auf welche Höhe genau sich der Schaden der Kläger belaufen wird. Gegen diese Unsicherheit müssen sie sich durch einen Feststellungsantrag absichern können.

Der somit zulässige Feststellungsantrag ist im ausgeurteilten Umfang begründet.

6

Der Schadensersatzanspruch steht nach dem Prozessstoff erster Instanz beiden Klägern zu und nicht nur dem Kläger zu 1). Mit ihrem Vorbringen zur fehlenden Aktivlegitimation der Klägerin zu 2) ist die Beklagte zu 2) in zweiter Instanz ausgeschlossen. Denn die Beklagte zu 2) hat in erster Instanz gemäß § 288 Abs. 1 ZPO zugestanden, dass beide Kläger ihre Vertragspartner waren. Sie hat dergleichen in ihren Schriftsätzen vom 26.08.2004 (Bl. 77 d. A.), vom 27.09.2004 (Bl. 97 d. A.) und vom 01.12.2004 (Bl. 118 d. A.) vorgetragen. Auch die Kläger hatten bereits in der Klageschrift dargelegt, dass sie beide Vertragspartner der Beklagten zu 2) geworden seien. Auf der Grundlage dieses Parteivortrages ist in den landgerichtlichen Terminen vom 04.10.2004 und vom 24.01.2005 verhandelt worden. An das Geständnis ist die Beklagte auch zweitinstanzlich gebunden, § 535 ZPO. Unabhängig davon ist das erstmals in zweiter Instanz erfolgte Bestreiten der Aktivlegitimation der Klägerin zu 2) durch die Beklagte zu 2) auch verspätet und auf einer Nachlässigkeit beruhend, so dass dieser von Klägerseite bestrittene Vortrag jedenfalls gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO wegen Verspätung ausgeschlossen ist.

7

Die Beklagte zu 2) haftet den Klägern nach den oben genannten Vorschriften auf Schadensersatz, weil die von ihr gelieferten Steine einen Sachmangel im Sinne des § 434 BGB aufgewiesen haben.

8

Hierbei kann dahinstehen, ob die Steine deswegen mangelhaft waren, weil in der den Klägern überlassenen Lieferung zu wenige Steine mit weißer Seite waren, um das vertraglich vereinbarte Farbbild zu erreichen. Aus den im angefochtenen Urteil auf den Seiten 25 f. genannten Gründen spricht allerdings eine nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit für einen derartigen Mangel. Auch der Sachverständige I hat im Senatstermin nochmals seine Meinung bekräftigt, dass die Anzahl der hellen Steine nicht ausgereicht habe, um ein Farbbild wie auf der Mustertafel zu erreichen. Es sei zwar möglich, dass die Steine, insbesondere im unteren Teil des Klinkermauerwerks, falsch herum eingebaut worden seien. Aus seiner Sicht sei es aber unwahrscheinlich. Auch im nachträglich errichteten Teil sei nicht das Bild wie auf der Mustertafel erreicht worden. Wollte man diese Frage aufklären, wäre eine nähere Untersuchung des Mauerwerks erforderlich.

9

Eine Sachmangelhaftung der Beklagten zu 2) ergibt sich aber jedenfalls aus § 434 Abs. 2 Satz 2 BGB. Nach dieser Vorschrift liegt ein Sachmangel bei einer zur Montage bestimmten Sache auch dann vor, wenn die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden.

10

Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind gegeben. Bei den Klinkern handelte es sich um zur Montage bestimmte Sachen. Die den Klinkern beigefügte Montageanleitung war mangelhaft. Dies folgt bereits daraus, dass sie nicht in deutscher, sondern in niederländischer und französischer Sprache verfasst war. Im Übrigen wäre sie auch inhaltlich unzureichend gewesen, da es nicht ausreichte, mehrere Pakete gleichzeitig zu verarbeiten und dabei die Außen- und Innensteine der jeweiligen Pakete zu mischen, um das vertraglich vereinbarte Muster zu erreichen. Hierzu wäre es auch erforderlich gewesen, die handgeformten Steine, die beidseitig zu vermauern waren, ggf. zu drehen, um so die gewünschte Farbmischung zu erhalten.

11

Die fehlende Montageanleitung ist auch kausal dafür geworden, dass das äußere Erscheinungsbild des Klinkermauerwerks mangelhaft ist. Die Kläger als Käufer der Steine und Vertragspartner der Beklagten zu 2) sind von dieser nicht darüber aufgeklärt worden, dass es des Mischens der Steine in einer bestimmten Weise bedurfte, um beim Mauern das gewünschte Muster zu erhalten. Die Kläger als Laien mussten dies auch nicht wissen. Sie gingen davon aus, dass beim Vermauern der Steine ohne weiteres das gewünschte Muster erreicht werden würde. Tatsächlich sind die Kläger weder mündlich über die Art und Weise der vorzunehmenden Vermischung aufgeklärt worden, was ausreichend gewesen wäre (vgl. Palandt/Putzo § 434 Rdnr. 48), noch schriftlich. Die schriftlichen Montagehinweise waren vielmehr den Klinkerpacketen beigelegt. Auch dies wäre allerdings ausreichend gewesen, wenn die verarbeitenden Handwerker den Montageanleitungen die erforderlichen Informationen hätten entnehmen können. Dies war indes aus den oben genannten Gründen nicht der Fall. Die Beklagte zu 2) kann sich insoweit auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass es für das ausführende Unternehmen, die Streithelferin der Beklagten zu 1), eine Selbstverständlichkeit hätte sein müssen, die Steine zu mischen, um das gewünschte Bild zu erreichen. Der Sachverständige I hat hierzu in seinem schriftlichen Gutachten vom 28.11.2003 auf Seite 18 ausgeführt, dass nach seiner Auffassung die Lieferung der Verblendziegel mit der Farbseite bzw. der besandeten Seite nach unten lagernd ungewöhnlich gewesen sei und es deswegen eines Verarbeitungshinweises bedurft hätte, dass die Verblendziegel vor dem Vermauern nach der Entnahme aus der Palette gedreht werden mussten. Diese Auffassung hat der Sachverständige im Senatstermin nochmals bekräftigt. Der Senat folgt dieser Auffassung.

12

Die Beklagte zu 2) kann sich auch nicht, wie im Senatstermin geschehen, mit Erfolg darauf berufen, dass die ausführenden Maurer vor dem Beginn der Klinkerarbeiten mit den Klägern hätten sprechen müssen, um die Farbgebung des Mauerwerks mit diesen abzusprechen. Tatsächlich hätte eine derartigen Abstimmung zwar stattfinden müssen, und deren Unterlassen führt zur Haftung der Beklagten zu 1), vgl. die Seiten 17 f. des angefochtenen Urteils. Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Beklagte zu 2) wegen der von ihr begangenen Vertragsverletzung ebenfalls haftet, und zwar aus den oben genannten Gründen. Im Rahmen des zwischen den Beklagten vorzunehmenden Gesamtschuldnerausgleichs (vgl. dazu unten) wird der fehlenden Abstimmung der Streithelferin mit den Klägern allerdings Bedeutung zu kommen.

13

Soweit der Prokurist der Beklagten zu 2) im Senatstermin vorgebracht hat, dass man mit den gelieferten Steinen ein Haus in vielen verschiedenen Farben bauen könne, je nach Wunsch des Bauherren, zeigt dies in besonderer Weise die Wichtigkeit der Erteilung von Montagehinweisen. Gerade dann, wenn die Erzielung völlig unterschiedlicher optischer Erscheinungsbilder mit den gelieferten Steinen möglich war, hätten die Bauherren, die eine Fassade von ganz bestimmter Optik wünschten und dies für die Beklagte zu 2) erkennbar zur Grundlage ihrer Kaufentscheidung gemacht hatten, in ausreichender Weise darüber aufgeklärt werden müssen, dass eine Klinkerfassade mit dem optischen Erscheinungsbild wie auf der Mustertafel nur bei einer bestimmten Mischung der Steine erreicht werden konnte.

14

Die Haftung der Beklagten zu 2) ist auch nicht durch ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen eingeschränkt oder gar ausgeschlossen worden. Dies folgt bereits aus § 475 BGB, wonach sich der Unternehmer auf eine zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443 BGB abweichende Vereinbarung nicht berufen kann. Im übrigen sind die AGB der Beklagten zu 2) nicht wirksam in den Vertrag zwischen den Parteien einbezogen worden. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil auf den Seiten 26 f. Bezug genommen. Der in zweiter Instanz erstmals erfolgte Vortrag der Beklagten zu 2), die

15

AGB seien bereits bei Aushändigung des Angebots an die Kläger deutlich sichtbar im Eingangsbereich ausgehängt gewesen, ist zum einen völlig unsubstantiiert, zum anderen wegen auf Nachlässigkeit beruhender Verspätung gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ausgeschlossen.

Der Schadensersatzanspruch der Kläger ist auch nicht deswegen verwirkt, weil sie, nachdem ein großer Teil der Klinkerfassade bereits fertiggestellt war, die Anweisung erteilt haben, die Arbeiten fortzusetzen. Die Kläger handelten in dem Bestreben, den Schaden gering zu halten und waren verständlicherweise außerdem darum bemüht, das Bauvorhaben möglichst zum Abschluss zu bringen. Sie dürften außerdem gehofft haben, noch ein für sie annehmbares optisches Erscheinungsbild zu erhalten. 16

Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die vom Landgericht im angefochtenen Urteil angenommene Mitverschuldensquote der Kläger. Auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil wird auch insoweit Bezug genommen. Soweit die Beklagte zu 2) im Senatstermin angeführt hat, dass die Mitverschuldensquote dann nicht mehr angemessen sei, wenn ihre Haftung nur aufgrund fehlender Hinweise angenommen werde, so ist sie bereits im Senatstermin darauf hingewiesen worden, dass sie für ein Mitverschulden der Kläger beweispflichtig ist und ihr der Nachweis, dass die gelieferten Steine als solche mangelfrei gewesen seien und mit ihnen ein optisches Erscheinungsbild entsprechend der Mustertafel hätte erreicht werden können, nicht gelungen ist. Eine Äußerung der Beklagten zu 2) zu diesem Thema ist daraufhin nicht mehr erfolgt. 17

Nicht zu beanstanden ist auch die Würdigung des Landgerichts, dass die Beklagte zu 2) mit der Beklagten zu 1) als Gesamtschuldnerin haftet. Auf die zutreffenden Ausführungen der angefochtenen Entscheidung, dort Seiten 27 f., die durch das Berufungsvorbringen nicht erschüttert werden, wird Bezug genommen. 18

Schließlich ist vor dem Hintergrund der gesamtschuldnerischen Haftung beider Beklagten auch die im angefochtenen Urteil vorgenommene Art der Berücksichtigung der von den Klägern vorgenommenen Einbehalte nicht zu beanstanden. 19

Der Berufung der Beklagten zu 2) blieb daher insgesamt der Erfolg versagt. 20

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 21