
Datum: 27.03.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 87/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0327.20U87.08.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 2 O 57/07

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 10.04.2008 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 122.937,28 € (in Worten einhundertzweiundzwanzigtausendneuhundertsiebenunddreißig Euro und achtundzwanzig Cent) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.03.2007 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin auch insoweit bedingungsgemäß Deckungsschutz zu gewähren, als die Klägerin auf weiteren Schadensersatz im Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung an der Trinkwasserinstallation im Bereich des Gebäudeteils Y in Anspruch genommen wird (Ziffer 2. des Tenors des Urteils Landgericht Köln vom 02.12.2005 AZ: 89 O 62/00).

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Berufung der Beklagten gegen das am 10.04.2008 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen zu 4 % die Klägerin und zu 96 % die Be-klagte zu einem Streitwert von 138.444,70 €.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicher-heitsleistung in Höhe von 110 % des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, falls nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % der beizutreibenden Beträge leistet.

G r ü n d e :	1
I.	2
Die Klägerin betreibt ein Unternehmen, das Sanitär- und Heizungsinstallationen ausführt.	3
Die Klägerin unterhielt bis zum 01.01.2004 bei der Beklagten eine Betriebshaftpflichtversicherung für die die allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB) Stand 1/95 und die besonderen Bedingungen, Risikobeschreibungen und Zusatzbedingungen A 137 und A 111 der Beklagten gelten. Die besonderen Bedingungen sind in A. allgemeine Vertragsbestimmungen, B. Betriebsstätten-Risiko, C. Produkt-Risiko und D. Umwelthaftpflicht-Basisversicherung gegliedert. Wegen der weiteren Einzelheiten des Versicherungsvertrages wird auf den ergänzten Versicherungsschein vom 16.01.1997 mit der Nr. ##### nebst den besonderen Bedingungen der Beklagten verwiesen (Anlage K 0 zur Klageschrift).	4
Die Klägerin erhielt im Sommer 1993 von der Firma C3 GmbH den Auftrag, die sanitäre Installation in dem von ihr betriebenen Krankenhaus gemäß dem Angebot vom 29.04.1993 zu sanieren. Die Arbeiten wurden bis März 1995 fertiggestellt. Im Zuge der Arbeiten führte die Klägerin sowohl Kaltwasserleitungen wie auch Warmwasserleitungen im Hartlötverfahren aus, obwohl das von einem Ingenieurbüro erstellte Leistungsverzeichnis für diese Leitungen das Weichlötverfahren vorsah.	5
Nach Fertigstellung nahm die Auftraggeberin die Klägerin auf Mängelbeseitigung wegen zahlreicher Rohrbrüche in Anspruch. Die Klägerin zeigte der Beklagten mit Formular vom 20.11.1998 den Schaden an (vgl. Anlage K 11). Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 31.03.1999 (Anlage K 12) unter Hinweis auf § 4 I 6 Abs. 3 AHB Deckung ab.	6
Die Firma C3 GmbH erhob gegen die Klägerin vor dem Landgericht Köln zum Az.: 89 O 62/00 Zahlungs- und Feststellungsklage. Die Beklagte trat der Klägerin nach Streitverkündung bei. Nach Einholung mehrerer Gutachten wurde die Klägerin durch Urteil vom 02.12.2005 (vgl. Anlage K 8) verurteilt, der Firma C GmbH 212,781,14 € nebst	7

gestaffelter Zinsen zu zahlen. Ferner wurde festgestellt, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Auftraggeberin auch den über den in Ziffer 1 genannten Betrag hinaus anfallenden materiellen Schaden zu ersetzen, der der Auftraggeberin im Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung an der Trinkwasserinstallation im Bereich des Gebäudeteils Y noch entstehen wird. Zur Begründung führte die Kammer aus, dass die Klägerin der Auftraggeberin die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten im Wege des Schadensersatzes gem. § 13 Nr. 7 VOB/B zu erstatten hat. Die tenorierte Höhe des Anspruchs ermittelte der Sachverständige Z, der in seinem Gutachten vom 10.02.2005 (vgl. Anlage K 13) den Kostenaufwand für den Austausch der Kaltwasserleitungen und der Warmwasserleitungen mit Kaltwassercharakteristik mit dem Durchmesser bis 28 mm auf insgesamt 212.781,18 € ermittelte. Für den sog. "Hochbau" (Wanddurchbrüche, Wandschlitze, Deckendurchbrüche, Fliesen abschlagen und neu verlegen, Malerarbeiten etc.) ermittelte er Kosten in Höhe von 110.262,59 € netto.

Die Klägerin legte dieses Urteil Berufung ein. Diese nahm sie in der mündlichen Verhandlung vom 20.07.2006 (Anlage K 10) zurück, nachdem die Firma C3 GmbH den Zahlungsantrag in Höhe von 7.158,09 € zurückgenommen hatte. 8

Mit der Klage begehrt die Klägerin die Zahlung der vom Sachverständigen Z ermittelten Kosten für Hochbau in Höhe von 110.262,59 € sowie 18.182,11 € der Gerichts- und Vollstreckungskosten des Haftpflichtprozesses. 9

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, bei Mängelbeseitigung wieder herzustellende Gebäudeteile, die nicht Teil der Werkleistung seien, seien über den Vertrag der Parteien versichert. 10

Es seien 27 Rohrbrüche sukzessive im C3 entstanden, die beseitigt worden seien. Die Einzelschäden seien in der Klage vor dem Landgericht Köln nicht dargelegt worden, da die Auftraggeberin einen abstrakten Vorschussschaden geltend gemacht habe. 11

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ein Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellungsanträge bestehe wegen des Feststellungsausspruches des Landgerichts Köln. Ihre handwerklichen Fehler könnten nach wie vor zu Rohrbrüchen im Bereich der Wasserinstallation führen und eine konkrete Abrechnung der Mängelbeseitigungskosten durch die Firma C3 GmbH die abstrakt errechneten und ausgeurteilten Kosten übersteigen. 12

Die Beklagte hat behauptet, die Klägerin sei im Vorprozess vor dem Landgericht Köln nicht wegen eines eingetretenen Sachschadens, sondern wegen der Herstellung einer mangelhaften Sache in Anspruch genommen worden. Grundlage der Klage seien nicht Kosten für die Beseitigung aufgetretener Rohrbrüche, sondern Mängelbeseitigungskosten, die erforderlich gewesen seien, um die mangelhafte Werkleistung der Klägerin zu sanieren und einen vertragsgerechten Zustand herzustellen. Diese Kosten seien nicht versichert. 13

Da die Durchführung des Berufungsverfahrens von vornherein aussichtslos gewesen sei, seien entsprechende Verfahrenskosten von ihr nicht zu übernehmen. Zudem werde mit Nichtwissen bestritten, dass der Kostenfestsetzungsbeschluss des Ausgangsverfahrens ausgeglichen worden sei. 14

Das **Landgericht** hat der Klage weitgehend stattgegeben. 15

Die Zahlungsklage sei hinsichtlich der geltend gemachten 110.262,59 € in vollem Umfang, hinsichtlich der geltend gemachten Kosten des Haftpflichtprozesses in Höhe von 7.838,25 € 16

unter Abzug der in Ziffer A.5 der besonderen Bedingungen vereinbarten Selbstbeteiligung von 500,00 € begründet.

Der Klägerin stehe aus dem Versicherungsvertrag i. V. m. B.2.01 (1) besondere Bedingungen gegen die Beklagte ein Zahlungsanspruch in Höhe der festgestellten Kosten für den Hochbaubereich sowie anteilige Rechtsverfolgungskosten zu. 17

Der Anspruch der Klägerin sei nicht durch § 4 I Nr. 6 b AHB ausgeschlossen. Es handle sich hier nicht um einen Sachschaden, sondern um einen Vermögensschaden. Der Ausschluss erfasse aber nur Sachschäden. 18

Ebenso sei der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch nicht durch § 4 I Nr. 6 Abs. 3 AHB ausgeschlossen. Zwar sei danach die Erfüllung von Verträgen und die an die Stelle der Erfüllungsleistung tretende Ersatzleistung nicht Gegenstand der Haftpflichtversicherung. Diese Klausel erstrecke sich auch auf Vermögensschäden. In der Rechtsprechung würden jedoch als Erfüllungssurrogat die Schadensersatzansprüche bezeichnet, die durch das Vertragserfüllungsinteresse gekennzeichnet seien. Aus Sicht eines verständigen Versicherungsnehmers seien die fiktiven Hochbaukosten, die nicht Inhalt der Werkleistung des Versicherungsnehmers seien, keine an die Stelle der Erfüllungsleistung tretende Ersatzleistungen, sondern darüber hinaus zu erbringende Leistungen. 19

Auch ein Ausschluss nach Ziffer B 2.01 (2) e) der besonderen Bedingungen komme nicht in Betracht. Danach seien Haftpflichtansprüche und Vermögensschäden aus Nichteinhalten von Fristen, Terminen, Vor- und Kostenanschlägen ausgeschlossen. Hier sei jedoch der Schaden durch die mangelhafte Herstellung der Rohrleitungen eingetreten. Ein etwaiges, zeitlich nachfolgendes, Fristversäumnis der Klägerin habe sich nicht mehr auf den bereits eingetretenen Schaden auswirken können. 20

Hinsichtlich der Rechtsverfolgungskosten sei die anteilige Quote der Beklagten auf 35,25 % zu kürzen. Da der Feststellungsanspruch des Haftungsverfahrens sich ausschließlich auf entgangenen Gewinn bezogen habe, sei er nicht von der Deckungsverpflichtung der Beklagten erfasst. Bei einem Gesamtstreitwert im Haftungsprozess von 312.781,14 € errechne sich bei einem begründeten geltend gemachten Deckungsanspruch in Höhe von 110.262,59 € die obige Quote. Im Einzelnen seien anteilige Erstattungsansprüche betreffend den Gutachtervorschuss in Höhe von 2.556,46 €, die erstinstanzlichen Anwaltskosten in Höhe von 8.390,38 €, die Anwaltskosten zweiter Instanz in Höhe von 7.786,27 € sowie zwei Gebühren gemäß KV 1220 aus der Gerichtskostenrechnung vom 03.04.2006 für die zweite Instanz in Höhe von 4.112,00 € begründet. Die darüber hinaus geltend gemachten zwei Gebühren seien nach Berufungsrücknahme gem. KV 1222 zu erstatten. Soweit die Klägerin Kosten des Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 11.09.2006 geltend mache, sei die Klage abzuweisen. Trotz Bestreitens der Zahlung habe sie keinen zulässigen Beweis für die Erfüllung angetreten. Die Beklagte habe sich also anteilig mit 7.838,25 € an den Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 22.236,18 € zu beteiligen. 21

Die Feststellungsanträge seien unbegründet. Soweit sie sich auf etwaige Ansprüche der Auftraggeberin wegen entgangenen Gewinn bezögen, stehe der Klägerin kein Deckungsschutz zu. Der entgangene Gewinn sei Bestandteil des unmittelbar vertraglichen Erfüllungsinteresses der Auftraggeberin. Die Beklagte könne sich insoweit auf den Ausschluss nach § 4 I Nr. 6 Abs. 3 AHB berufen. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, dass der Auftraggeberin noch weitere Ansprüche gegen die Klägerin zustehen könnten, nachdem durch das Urteil im Vorprozess sämtliche fiktiven Schadensbeseitigungskosten zugesprochen worden seien. 22

Beide Seiten greifen die vorskizzierte Entscheidung an.	23
Die Klägerin wendet sich zunächst gegen die Kürzung der von ihr geltend gemachten Rechtsverfolgungskosten.	24
Dabei vertritt sie die Auffassung, im Rahmen des Versicherungsvertragsverhältnisses stehe ihr grundsätzlich ein Anspruch auf uneingeschränkte Übernahme von Rechtsverfolgungskosten zu. Es sei daher nicht entscheidend, dass im Haftungsprozess auch solche Ansprüche von der Firma C3 GmbH geltend gemacht worden seien, die von vornherein nicht von dem Versicherungsschutz aus dem Versicherungsvertrag der Parteien abgedeckt seien. Das Landgericht sei auch unrichtigerweise davon ausgegangen, dass der in dem Haftungsprozess geltend gemachte Feststellungsanspruch sich ausschließlich auf entgangenen Gewinn der Firma C2 GmbH bezogen habe. Das Landgericht habe daher die Quote falsch berechnet. Auch sei die Auffassung des Landgerichts unrichtig gewesen, die Forderung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 11.09.2006 sei mangels Beweisantritt unberechtigterweise geltend gemacht worden. Vielmehr sei ein entsprechender Beweisantritt durch das Angebot erfolgt, den Geschäftsführer der Klägerin eidlich als Partei zu vernehmen.	25
Des weiteren rügt die Klägerin die Abweisung ihrer Feststellungsanträge. Es sei bereits im Zusammenhang mit der Berechnung der Quote des Vorprozesses darauf hingewiesen worden, dass sich ein etwaiger Schadensersatzanspruch der Auftraggeberin nicht nur auf Nutzungsausfall, sondern auch auf die vorbehaltenen, konkreten Abrechnung der Mängelbeseitigungsmaßnahmen beziehe.	26
Die Klägerin beantragt,	27
1.	28
unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils	29
a)	30
die Beklagte zu verurteilen, an sie 128.444,70 € nebst 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 05.03.2007 zu zahlen;	31
b)	32
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin aus dem Auftrag vom 09.08.1993 gegenüber der Fa. C3 GmbH solche Schäden auszugleichen, die der Fa. C3 GmbH im Zusammenhang mit der Mangelbeseitigung an der Trinkwasserinstallation im Bereich des Gebäudes Y zukünftig entstehen werden, und zwar auch soweit die Fa. C3 GmbH weiterhin unmittelbar Ansprüche auf Schadensersatz gem. § 13 Nr. 5 und 7 VOB/B oder nach vergleichbaren Anspruchsgrundlagen geltend macht, ohne dass die Klägerin	33
	34
	35
	36
	37
	38
	39
	40
	41
	42

auf Ersatz einzelner Folgeschäden möglicher zukünftiger Rohrbrüche in	
Anspruch genommen wird, und zwar soweit es sich hierbei ausdrücklich	43
nicht um solche Schäden handelt, die das vertraglich Erfüllungsinteresse	44
betreffen, und soweit es sich hierbei um solche Schäden handelt, die	45
aufgrund des Hartlötens der Klägerin entstanden sind;	46
hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin aus	47
dem Auftrag vom 09.08.1993 gegenüber der Fa. C3 GmbH	48
solche Schäden auszugleichen, die der Fa. C3 GmbH im	49
Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung an der Trinkwasserinstallation	50
im Bereich des Gebäudes Y zukünftig entstehen werden, soweit	51
es sich hierbei ausdrücklich nicht um solche Schäden handelt, die das ver-	52
tragliche Erfüllungsinteresse betreffen, und soweit es sich hierbei um solche	53
Schäden handelt, die aufgrund des Hartlötens der Klägerin entstanden sind.	54
2.	55
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	56
Die Beklagte beantragt,	57
1.	58
unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen;	59
2.	60
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.	61
Die Beklagte vertritt die Auffassung, die Firma C3 GmbH habe durch die mangelhafte	62
Werkleistung der Klägerin keinen Vermögensschaden i. S. v. § 1 Abs. 3 AHB, Ziffer B.2.01	
besondere Bedingungen erlitten. Die Auftraggeberin sei zwar in ihrem Wunsch, ein	
mangelfreies Gewerk zu erhalten, durch die Klägerin enttäuscht worden. Diese Enttäuschung	
stelle auch eine empfindliche Störung des Äquivalenzinteresses dar, jedoch keinen	
Haftpflichtschaden. Unter einem Schaden könne nur die Verschlechterung der	
Vermögenslage des angeblich Geschädigten verstanden werden. Hier habe die	
Auftraggeberin vor den Arbeiten durch die Klägerin kein Gewerk gehabt. Mit den Arbeiten der	
Klägerin habe sie ein mangelhaftes Gewerk erlangt. Zwar habe sich dadurch ihre	
Vermögensposition nicht erheblich verbessert, allerdings habe sie auch keinen Schaden	
erlitten.	
Gänzlich verfehlt seien die Ausführungen des Gerichts zu § 4 Abs. 1 Nr. 6 Abs. 3 AHB.	63
Dieser Ausschluss würde greifen. Bei den von der Klägerin begehrten 110.262,59 € handele	

es sich um Kosten, die ausweislich der Aufschlüsselung des Sachverständigen Z notwendig seien, um das mangelhafte Gewerk zu erneuern. Insbesondere müssen die Wände durchbrochen bzw. aufgeschlitzt und anschließend wieder geschlossen, Fliesen abgeschlagen sowie Einbauteile und Schränke abgebaut und wieder aufgebaut werden. Bei diesen als "Hochbau"-Kosten bezifferten Positionen handele es sich um Arbeiten, die Teil des Ursprungsgewerks der Klägerin seien (Beweis: Sachverständigengutachten). Jedenfalls gehörten zum Erfüllungsbereich i. S. d. § 4 Abs. 1 Nr. 6 Abs. 3 AHB auch solche Schäden, die dem Besteller zur Beseitigung eines Werkmangels an seinen Rechtsgütern zugefügt werden müssen. Auch wenn man also davon ausginge, dass für die Nachbesserung der Rohre andere Gegenstände (insbesondere Wände) des Auftraggebers beschädigt werden müssten, um die Nacherfüllung zu ermöglichen, würde es sich insoweit um den Erfüllungsbereich zugehörige "Mangelnebenkosten" handeln. Dies sei herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung.

Auch die Ausführungen des Gerichts zur Erstattungsfähigkeit der Rechtsverfolgungskosten gingen fehl. Selbst wenn man von einem Deckungsanspruch der Klägerin ausginge, seien die Anwaltskosten zweiter Instanz sowie die Gerichtsgebühren zweiter Instanz nicht erstattungsfähig. Die Klägerin habe das Berufungsverfahren im Haftpflichtprozess nicht durchgeführt, sondern vorzeitig und zu einem Zeitpunkt abgebrochen, zu dem bereits erhebliche Anwaltskosten angefallen seien. Diese Kosten seien als nicht erforderlich i.S.v. § 150 Abs. 1 VVG a.F. anzusehen. 64

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und der zu den Akten gereichten Anlagen verwiesen. 65

II. 66

Die Berufung der Klägerin hat teilweise Erfolg, die Berufung der Beklagten bleibt erfolglos. 67

1. 68

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung der Kosten für den sog. "Hochbau" in Höhe der vor dem Landgericht Köln festgestellten 110.262,59 €. 69

Die Anspruchsgrundlage ergibt sich aus §§ 1 Abs. 1 S. 1, 149 VVG a.F. (vgl. Art. 1 Abs. 2 EGVVG) in Verbindung mit dem Versicherungsvertrag der Parteien und § 1 Nr. 3 AHB und B. 2.01. der Besonderen Bedingungen. 70

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der vereinbarte Versicherungsschutz in B. 2.01 der Besonderen Bedingungen auf Vermögensschäden ausgedehnt worden ist. Dort heißt es: 71

"2. Erweiterungen des Versicherungsschutzes 72

2.01 Vermögensschäden 73

(1) Mitversichert ist im Rahmen des Vertrages die gesetzliche Haftpflicht wegen Vermögensschäden im Sinne des § 1 Ziff. 3 AHB aus Schadenereignissen, die während der Wirksamkeit der Versicherung eingetreten sind." 74

Danach sind in den Versicherungsvertrag der Parteien Vermögensschäden einbezogen, die weder Personen- noch Sachschäden sind. 75

Unstreitig ist hier die Verlötung der Kaltwasserleitungen und der Warmwasserleitungen mit Kaltwassercharakteristik jeweils bis 28 mm Außendurchmesser mangelhaft gewesen. Mit der Herstellung der mangelhaften Sache hat die Auftraggeberin der Klägerin, die Firma C3 GmbH, einen Vermögensschaden erlitten, jedoch keinen Sachschaden. Das Landgericht hat in dem angefochtenen Urteil zutreffend darauf hingewiesen, dass im Haftungsrecht allgemein anerkannt ist, dass die mangelhafte Herstellung einer Sache keine Verletzung des Eigentums an ihr, sondern einen Vermögensschaden darstellt, den der Eigentümer erlitten hat.	
Auch die Beklagte selbst geht davon aus, dass die Klägerin im Vorprozess vor dem Landgericht Köln nicht für die Kosten der durch Rohrbruch eingetretenen Sachschäden an ihrem Eigentum, sondern für die Mängelbeseitigungskosten in Anspruch genommen worden ist, die erforderlich sind, um die mangelhafte Werkleistung der Klägerin zu sanieren und einen vertragsgerechten Zustand herzustellen.	77
Dabei sind beide Parteien darüber einig, dass der Versicherungsvertrag der Parteien nicht die Kosten deckt, die für den Austausch des mangelhaften Gewerkes als solches anfallen.	78
Vorliegend geht es vielmehr um die Kosten, die entstehen, um den Austausch des mangelhaften Werkes überhaupt vornehmen zu können wie z.B. Wand- und Deckendurchbrüche etc. (sog. "Hochbau").	79
Diese Kosten sind durch B. 2.01 der Besonderen Bedingungen als versichertes Risiko in den Versicherungsvertrag der Parteien einbezogen worden.	80
a) Unzutreffend ist die Auffassung der Beklagten, die Auftraggeberin der Klägerin habe durch das mangelhafte Werk der Klägerin keinen Vermögensschaden i.S.v. Ziffer B. 2.01 Besondere Bedingungen erlitten.	81
Durch die mangelhaften Arbeiten der Klägerin hat die Auftraggeberin zunächst keine Verbesserung ihrer Vermögensposition erlangt. Denn das mangelhafte Werk war ausweislich der Beweisaufnahme im Haftpflichtprozess - derart untauglich, dass es weitgehend ausgetauscht bzw. erneuert werden musste (vgl. Gutachten Dipl.-Ing. Y vom 03.02.2001 und Gutachten Dr. Q vom 14.04.2003 Anlage zur Beiakte Bd. II). Das bedeutet, dass mangelbehaftete Gewerk der Klägerin war letztendlich nichts wert.	82
Darüber hinaus erlitt die Auftraggeberin aber auch einen Vermögensschaden, weil zum Austausch des mangelbehafteten Gewerks (also im Rahmen der Mangelbeseitigung) Eingriffe in die vorhandene, unbeschädigte Gebäudesubstanz vorgenommen werden (Durchbrüche, Schlitze etc.) und sodann wieder beseitigt werden mussten. Diese, die eigentliche Mangelbeseitigung, vor- und nachbereitenden Arbeiten verschlechterten die Vermögensposition der Auftraggeberin und führten zu einem Vermögensschaden.	83
b)	84
Zudem stellen die Kosten für den sog. "Hochbau" entgegen der Argumentation der Beklagten keine Erfüllungsleistung und/oder die an ihre Stelle tretende Ersatzleistung dar. Es handelt sich bei den als "Hochbau"-Kosten bezifferten Positionen im Gutachten Z vom 10.02.2005 (Anlage K 13) eindeutig nicht um Arbeiten, die Teil des Ursprungsgewerkes der Klägerin sind. Die Beklagte erkennt an dieser Stelle den tatsächlichen Sachverhalt, obwohl sie den Haftpflichtprozess vor dem Landgericht Köln nicht nur als Versicherer, sondern auch als Streitverkündete begleitet hat. Aus den dort überreichten Auftragsunterlagen (Vertragsbedingungen und Leistungsverzeichnis), geht insbesondere aus Ziffer 10.20	85

Besondere Vertragsbedingungen hervor, dass alle erforderlichen größeren Schlitzte und Durchbrüche für die technische Installation durch eine Baufirma nach Angaben des Auftragnehmers (Firma T3 GmbH & Co. KG) zu erstellen gewesen sind. Lediglich kleinere Schlitzte und Durchbrüche sind mit den Einheitspreisen der entsprechenden Positionen für Unterputzinstallation abgegolten gewesen. Dem entspricht auch das Leistungsverzeichnis der Klägerin und die üblichen Gepflogenheiten an derartigen Baustellen. Bei den im Gutachten Z aufgeführten Positionen handelt es sich im Wesentlichen nicht um kleinere Schlitzte oder Durchbrüche. Vielmehr geht es dort um 38 Wanddurchbrüche durch Mauerwerk bis 50 cm Wandstärke, 145 m Wandschlitzte, 105 Deckendurchbrüche, um 159 qm abzuschlagende Fliesen die im Dünnbettverfahren neu zu verlegen und zu verfugen sind, um 247 qm Unterdecke, die aufzunehmen und neu einzubauen ist, um den Ab- und Wiederaufbau von Schränken und anderen Einbauteilen sowie Malerarbeiten und Tapezierarbeiten. Diese Leistungspositionen gehören nicht zum Ursprungsgewerk der Klägerin.	
c)	86
Auf die Hilfsargumentation der Beklagten zu § 4 I Nr. 6 b) AHB kommt es nicht an. Die Beklagte muss dazu unterstellen, dass wegen der mangelhaften Werkleistung der Klägerin ein Sachschaden auf Seiten der Auftraggeberin eingetreten sei. Es wird diesseits jedoch von einem Vermögensschaden ausgegangen (s.o.). Auf Vermögensschäden ist § 4 I Nr. 6 b) AHB nicht anwendbar.	87
d)	88
Auch die Argumentation der Beklagten über § 4 I Nr. 6 Abs. 3 AHB hilft ihr nicht weiter.	89
Die Klausel greift nicht, weil ihr B. 2.01 der Besonderen Bedingungen als speziellere vertragliche Regelung vorgeht. Dies ergibt sich aus §§ 1 Nr. 3, 4 I AHB.	90
§ 1 Nr. 3 AHB sieht vor, dass der Versicherungsschutz durch besondere Vereinbarung auf die gesetzliche Haftpflicht wegen Vermögensschädigung ausgedehnt werden kann. In § 4 I 1. Abs. AHB ist ausdrücklich bestimmt, dass die dort aufgeführten Ausschlüsse nur dann greifen, wenn nicht im Versicherungsschein ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist. Wie bereits oben dargelegt, ist aber in B. 2.01 Besondere Bedingungen die Mitversicherung wegen Vermögensschäden i.S.d. § 1 Nr. 3 AHB ausdrücklich aufgeführt worden.	91
Der Anspruch auf Zahlung der Kosten für den sog. "Hochbau" in Höhe von 110.262,59 € netto ist mithin vollumfänglich begründet.	92
2.	93
Der Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Gerichts- und Vollstreckungskosten betreffend das Verfahren gegen die Firma C3 GmbH vor dem Landgericht bzw. Oberlandesgericht Köln ist nur teilweise nämlich in Höhe von 12.930,33 € begründet.	94
Anspruchsgrundlage sind §§ 1 Abs. 1 S. 1, 150 VVG a.F. in Verbindung mit dem Versicherungsvertrag der Parteien.	95
a)	96
Die Firma C3 GmbH hat die Klägerin in dem Rechtsstreit vor dem Landgericht Köln (AZ: 89 O 62/00) auf Erstattung der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten gem. § 13 Nr. 7 VOB/B in Höhe von 212.781,14 € nebst Zinsen in Anspruch genommen.	97

Zudem hat sie die Feststellung beantragt, dass die Firma T3 GmbH & Co. KG ihr über den o.g. Betrag hinaus anfallende materielle Schäden zu ersetzen hat, die ihr im Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung an der Trinkwasserinstallation im Bereich des Gebäudeteils Y noch entstehen werden. 98

Es sind dabei folgende Schadenspositionen geltend gemacht worden: 99

- Kosten für den Austausch des mangelhaften Gewerkes daselbst; 100
- Kosten um den Austausch des mangelhaften Gewerkes überhaupt vornehmen zu können (Wand- und Deckendurchbrüche etc., sog. "Hochbau");
- Folgeschäden durch Erlösausfall (entgangener Gewinn durch Nutzungsausfall), während der Arbeiten zum Austausch der mangelhaften Rohrleitungen.

Die Kosten für den Austausch des mangelhaften Gewerkes daselbst sind eindeutig nicht durch die Versicherung abgedeckt, was unstreitig ist. 101

Macht der Dritte wie in dem Vorprozess die Firma T geltend, von denen die eine versichert ist und die andere nicht, so haftet der Versicherer nur anteilig für die entsprechenden Kosten des Rechtsschutzes (vgl. Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl. § 150, Rdn. 11). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den von der Klägerin in ihrer Berufungsbegründung zitierten Urteilen der Oberlandesgerichte Celle und Schleswig. 102

Bei der Quotenbildung hat das Landgericht allerdings übersehen, dass sich der Feststellungsanspruch des Haftpflichtverfahrens **nicht** ausschließlich auf entgangenen Gewinn (also den Nutzungsausfallschaden) bezog, sondern auch auf den ggf. die abstrakt berechneten Kosten der Mängelbeseitigung übersteigenden konkreten Kostenaufwand der Mängelbeseitigung. Dies ergibt sich aus der entsprechenden Klageerweiterung der Firma C3 GmbH nebst ihrer Begründung vom 02.04.2001 im Haftpflichtprozess, vgl. Bl. 203 ff, **205**). Dort heißt es u.a.: 103

"Die Klägerin wird insoweit nach Durchführung der Austauscharbeiten die hierfür tatsächlich entstandenen Kosten spitzgenau abrechnen. Sie muss daher, wenn die tatsächlich zur Erneuerung angefallenen Kosten feststehen, diese auch geltend machen können, wenn sie den unter Ziffer 1) beantragten Betrag überschreiten." 104

Dieser Angriff der Klägerin gegen die Berechnung der Quote ist mithin berechtigt. Die Quote muss neu berechnet werden: 105

Das Landgericht Köln hat für den Feststellungsantrag im Haftpflichtprozess einen Streitwert von **100.000,00 €** festgesetzt (vgl. Bl. 508 BA). Geht man von einer Drittelung entsprechend den oben dargestellten Schadenspositionen aus (Austausch des mangelhaften Gewerks, Durchführungskosten und Nutzungsausfallschaden) und lässt die Kosten für den Austausch der mangelhaften Werkleistung außer Betracht, ergibt sich folgende Quote: 106

110.262,59 € + 66.666,66 € = 56,6 % 107

312.781,14 € (Streitwert insgesamt) 108

(statt wie vom Landgericht angenommen 35,25 %). 109

b) 110

111

Zu den Schadenspositionen im Einzelnen gilt Folgendes:

Nicht mehr im Streit sind folgende in erster Instanz berücksichtigte Positionen:	112
• Gerichtskostenvorschuss für das Gutachten des Materialprüfungsamtes NRW 2.556,46 € • Kosten für die Rechtsanwälte erster Instanz gemäß Rechnung vom 15.11.2005 8.390,38 €.	113
Im Streit sind die Kosten der Berufungsinstanz:	114
• Kosten der Rechtsanwälte gemäß Rechnung vom 05.09.2006 7.786,27 € • Gerichtskostenrechnung des OLG Köln vom 03.04.2006 in Höhe von 8.224,00 €.	115
Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das Landgericht die Anwaltskosten zweiter Instanz in der angegebenen Höhe sowie zwei Gebühren gem. KV 1220 aus der Gerichtskostenrechnung vom 03.04.2006 für die zweite Instanz in Höhe von 4.112,00 €	116
zu Recht in die Berechnung eingestellt. Die darüber hinaus geltend gemachten zwei Gebühren sind nach Berufungsrücknahme gem. KV 1222 zu erstatten.	117
Es ist nicht zutreffend, dass diese Kosten im Ergebnis nicht als erforderlich i.S.d. § 150 Abs. 1 VVG a.F. angesehen werden müssen. Zum einen hatte die Berufung der Klägerin, wenn auch nur in geringem Umfange, Erfolg. Zum anderen hat die Beklagte noch im vorliegenden Verfahren die Auffassung vertreten, dass der Firma C2 GmbH durch die mangelhafte Werkleistung der Klägerin ein Vermögensschaden nicht entstanden sei. Auf der Grundlage dieser Argumentation vermag die Beklagte der Klägerin daher nicht vorzuwerfen, ihre Berufung im Haftpflichtprozess sei von vornherein aussichtslos und die dort entstandenen Kosten nicht erforderlich gewesen.	118
Schließlich sind streitig die Kosten gemäß Kostenfestsetzungsbeschluss vom 18.09.2006 in Höhe von 7.177,34 €.	119
Diese hat das Landgericht zutreffend nicht in die Berechnung eingestellt, da trotz Bestreitens kein Beweis für die Erfüllung angetreten worden ist.	120
Dem Beweisantritt der Klägerin, ihren Geschäftsführer als Partei zu vernehmen, brauchte nicht nachgegangen werden, da das Einverständnis der Beklagten nicht vorlag, § 447 ZPO. Das Landgericht ist nicht verpflichtet gewesen, auf eine ausdrückliche Erklärung der Beklagten zu dem Antrag nach § 447 ZPO hinzuwirken (vgl. Zöller-Greger, 27. Aufl., § 747, Rdn. 2).	121
c)	122
Danach belaufen sich die zu berücksichtigenden Rechtsverfolgungskosten auf insgesamt 22.845,11 €.	123
22.845,11 € x 56,6 % = <u>12.930,33 €</u> .	124
3.	125
Die Beklagte hat daher an die Klägerin zu zahlen	126

• Kosten Hochbau 110.262,59 € • Kosten Rechtsverfolgung 12.930,33 €	127
./i. Selbstbeteiligung gem. A. 5. der Besonderen Bedingungen (500,00 DM statt 500,00 €) <u>255,64 €</u>	128
insgesamt 122.937,28 €.	129
Der Zinsanspruch ist aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB begründet. Ein höherer Zinsschaden ist nicht dargetan.	130
4.	131
Der Feststellungsantrag der Klägerin und insoweit auch ihre Berufung ist aus den Gründen unter II. 2. a) begründet.	132
Die Klägerin benötigt die beantragte Feststellung, weil ihre Auftraggeberin, die Firma C3 GmbH, eine entsprechende Feststellung im Haftpflichtverfahren gegen sie erstritten hat. Diese bezieht sich nicht nur auf etwaige Nutzungsausfallschäden, sondern auch auf die tatsächlich zur Mängelbeseitigung anfallenden Kosten, wenn sie den ausgerichteten Zahlungsbetrag überschreiten.	133
Die Formulierung des Feststellungstenors ist jedoch dem Feststellungsausspruch, wie er von der Auftraggeberin der Klägerin vor dem Landgericht Köln erstritten worden ist, anzupassen gewesen.	134
III.	135
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 und 713 ZPO.	136
Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst (§ 543 ZPO).	137