
Datum: 14.07.1993
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 149/91
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1993:0714.2U149.91.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 18 O 115/88

Tenor:

Auf die Berufungen der Klägerin und der Beklagten wird das am 10. September 1991 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 18 O 115/88 - teilweise geändert und insgesamt wie folgt neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin DM 52.739,99 nebst 8 % Zinsen aus DM 52.309,69 seit dem 19. April 1988 und aus weiteren **DM** 430,30 seit dem 07. August 1988 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Berufungen der Klägerin und der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts vom 10. September 1991 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszuges haben die Beklagte 3/5 und die Klägerin 2/5 zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin zu 44 % und der Beklagten zu 56 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Wert der Urteilsbeschwer übersteigt für beide Parteien jeweils DM 60.000,-- nicht.

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus von der A abgeleitetem Recht auf Schadensersatz in Anspruch.	2
Die Klägerin verlegte im Auftrage der Bundesbaudirektion - beim Neubau des Bundesministeriums der Verteidigung in	3
den Teeküchen und Toilettenanlagen die Fliesen. Diese Arbeiten wurden in sechs Gebäuden - Gebäude Nr. 530, 540, 550, 630, 640 und 650 -.mit jeweils sieben Geschossen ausgeführt. In jedem Geschoß eines jeden Gebäudes wurden jeweils eine Teeküche, eine Damen- und eine Herrentoilette, jeweils mit Vorraum, verflies. Bei einer nach Ausführung der Arbeiten der Klägerin durchgeführten Begehung des Objekts am 03.07.1987, die der Vorbereitung der Abnahme der Arbeiten der Klägerin dienen sollte, wurden von der Bauleitung keine Schäden, insbesondere keine Brandschäden an den Fliesen beanstandet.	4
In demselben Bauobjekt montierte die Beklagte - gleichfalls im Auftrage der Bundesbaudirektion - Stahltürzargen für die Eingangstüren der Toilettenräume und Teeküchen, wobei sie mit der Ausführung dieser Arbeiten auch Subunternehmer, die Zeugen B und C betraute.	5
Nachdem Brandspuren an den von der Klägerin verlegten Fliesen festgestellt worden waren, erstellte der Zeuge D der bei dem mit der Bauleitung des Objekts betrauten Architektenbüro C und Partner beschäftigt war, aufgrund einer Besichtigung der sechs Gebäude vom 21.09.1987 unter dem 28.09.1987 eine Aufstellung, in der er anführte, daß er insgesamt 4.865 durch Brandschäden beschädigte Fliesen gezählt habe, so daß unter Zuschlag von 10 % von einer Beschädigung von insgesamt 5.352 Fliesen auszugehen sei.	6
In der Folgezeit wechselte die Klägerin, deren Gewerk von der Bauleitung noch nicht abgenommen worden war, in erheblichem Umfange Fliesen aus. Eine von der Klägerin vorgelegte, in diesem Zusammenhang erstellte Fotodokumentation zeigt die Wände der Teeküchen und der Toilettenanlagen in dem Zeitpunkt, als die von der Klägerin ausgewechselten Fliesen bereits entfernt, die Ersatzfliesen aber noch nicht eingesetzt waren. Wegen der von ihr behaupteten Kosten dieser Auswechslung nimmt die Klägerin die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch. Mit Erklärung vom 19.06.1989 (Bl. 369 d.A.) trat die A, vertreten durch die Bundesbaudirektion, „ihr Ansprüche auf Schadensersatz wegen Beschädigung der Fliesen im Bauvorhaben Endunterbringung des BMVg - z. Bauabschnitt" gegen die Beklagte und deren Subunternehmer an die Klägerin ab.	7
Die Klägerin hat vor dem Landgericht behauptet, sie habe die Mehrzahl der von ihr ausgewechselten Fliesen deshalb austauschen müssen, weil die Beklagte bzw. deren Subunternehmer bei Schleif- und Schneidearbeiten an den Türzargen die Fliesen nicht durch Abdeckung vor Funkenflug geschützt hätten, so daß die Glasur der Fliesen durch Flug von glühenden Metallspritzern verbrannt sei. Nur die Beklagte und deren Subunternehmer kämen als Verursacher der Brandschäden an den Fliesen in Betracht, weil in der Zeit zwischen der Begehung vom 03.07.1987 und der Schadensfeststellung am 21.09.1987 niemand sonst in den Räumen Schleif- oder Schneidearbeiten ausgeführt habe. Erst nach einer Mängelrüge der Bauleitung vom 31.07.1987 (Bl. 198 d.A.) habe die Beklagte begonnen, mit dem Winkelschleifer, der sog. Flex, die Zargen und die in ihnen vorstehenden Schraubenköpfe abzuschleifen. Bei diesen im Gebäude ausgeführten Arbeiten sei es durch Funkenflug zu den Brandschäden an der Glasur der Fliesen gekommen.	8
Zwar seien einzelne Beschädigungen an Kacheln auch einem anderen Verursacher, nämlich der E "Abhangdecken" anzulasten. Bei den von den Mitarbeitern dieser E herbeigeführten	9

Schäden habe es sich um - durch ein Gerüst verursachte - Schrammstellen an den Fliesen im Bereich von etwa 20 cm unterhalb der Decke und von etwa 20 cm oberhalb des Fußbodens gehandelt. An Hand der Art der jeweiligen Schäden (Schrammspuren bzw. Brandschäden) lasse sich daher der Schaden dem jeweiligen Verursacher, d.h. der E „Abhangdecken“ einerseits und der Beklagten bzw. ihren Subunternehmern andererseits, zuordnen. Bei Feststellung der Schäden am 21.09.1987 habe der Zeuge F als der zuständige Mitarbeiter der Beklagten deren Ersatzpflicht auch eingeräumt.	
Nach der Fotodokumentation sei von einer Beschädigung von insgesamt 10.375 Fliesen auszugehen. Hiervon entfielen auf die Beklagte 83 %, entsprechend 8.577 Fliesen. Auf der Grundlage dieser Zahlen hat die Klägerin gemäß Rechnung vom 13.11.1987 (Bl. 34 d.A.) einen Schaden in Höhe von DM 111.252,65 errechnet.	10
Nach Abschluß ihrer Arbeiten hat die Klägerin den Schaden gemäß Rechnung vom 10.06.1988 (Bl. 223 d.A.) hiervon abweichend mit insgesamt DM 152.473,36 angegeben, von denen auf die Beklagte 83 %, entsprechend DM 144.270,29, abzüglich der hierauf geleisteten Zahlungen des Betriebshaftpflichtversicherers eines Subunternehmers der Beklagten, der Fa. B entfielen. Dieser Haftpflichtversicherer zahlte - unstreitig - an die Klägerin vorprozessual DM 40.000,-- sowie am 19.04.1988 - nach Klageerhebung - weitere DM 10.000,--.	11
Die Klägerin, die behauptet, in einer die Klageforderung übersteigenden Höhe Bankkredit zu den in ihrem Klageantrag bezeichneten Zinssätzen in Anspruch zu nehmen, hat vor dem Landgericht zuletzt beantragt,	12
1. die Beklagte zu verurteilen, an sie, die Klägerin, DM 52.309,69 nebst Zinsen in Höhe von 13,25 % für die Zeit vom 08.12. 1987 bis zum 30.03.1988, 12,5 % für die Zeit vom 01.04. bis zum 24.07.1988, 12,75 % für die Zeit vom 25.07.1988 bis zum 19.01, 1989, 13 % für die Zeit vom 20.01. bis zum 30.01.1929, 13,5 % für die Zeit vom 01.02. bis zum 30.03.1989, 14 % für die Zeit vom 01.04. bis zum 11.09,1989, 14,5 % für die Zeit vom 12.09. bis zum 11.10.1989, 15,5 % für die Zeit vom 12.10.1989 bis zum 15.02. 1990, 15,75 % für die Zeit vom 16.02. bis zum 30.05.1990, 16 % für die Zeit vom 01.06. bis zum 19.09.1990, 16,5 % für die Zeit vom 20.09.1990 bis zum 16.02.1991, 17 % für die Zeit vom 23.02. bis zum 26.02.1991 und 16 % seit dem 27.02.1991; abzüglich am 19.04.1988 gezahlter DM 10.000,--, zu zahlen,	13
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie, die Klägerin, weitere DM 51.960,60 nebst Zinsen in Höhe von 12.75 % für die Zeit vom 07.08.1988 bis zum 19.01.1989, 13 % für die Zeit vom 20.01. bis zum 30.01.1989, 13,5 % für die Zeit vom 01.02. bis zum 30.03.1989, 14 % für die Zeit vom 01.04. bis zum 11.09.1989, 14,5 % für die Zeit vom 12.09. bis zum 11.10.1989, 15,5 % für die Zeit vom 12.10,1989 bis zum 15.02.1990, 15,75 % für die Zeit vom 16.02. bis zum 30.05.1990, 16 % für die Zeit vom 01.06. bis zum 19.09.1990, 16,5 % für die Zeit vom 20.09.1990 bis bis zum 16.02.1991,	14
17 % für die Zeit vom 23.02. bis zum 26.02. 1991 und 16 % seit dem 27.02.1991, zu zahlen.	15
Wegen und in Höhe des am 19.04.1988 gezahlten Betrages von DM 10.000,-- haben die Parteien den Rechtsstreit vor dem Landgericht übereinstimmend für in der Hauptsache erledigt erklärt.	16
Im übrigen hat die Beklagte im ersten Rechtszug Klageabweisung beantragt.	17
Die Beklagte hat die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten. Sie habe zu keiner Zeit eine Schadensverursachung bzw. eine Ersatzpflicht anerkannt, auch nicht durch den zu derartigen	18

Erklärungen ohnehin nicht bevollmächtigten Zeugen F. Sie, die Beklagte, oder ihre Subunternehmer hätten die von der Klägerin angeführten Fliesenschäden nicht verursacht. Die von der Bauleitung mit Schreiben vom 31.07.1987 geforderte Nachbesserung der Zargen habe sich lediglich auf das Entfernen von Farbresten bezogen. Dies sei mittels Schleifpapier erledigt worden.

Nachdem die Beklagte im ersten Rechtszug zunächst behauptet hatte, daß ihr Fliesenschäden in Räumen angelastet würden, insbesondere im Bauteil Nr. 530, wo noch überhaupt keine Türzargen montiert und Schleifarbeiten ausgeführt worden seien, hat sie später behauptet, daß am 31. 07.1987 bereits alle Zargen montiert und alle Schrauben abgeschliffen gewesen seien. Später hat sie - gleichfalls im ersten Rechtszug - unter Bezugnahme auf ihr ursprüngliches Vorbringen - wieder vorgetragen, daß die Klägerin ausweislich ihrer Regieberichte in einigen Anlagen Fliesen ausgetauscht habe und dies ihr, der Beklagten, anlaste, obwohl in diesen Bereichen noch keine zum Auftrag der Beklagten gehörenden Zargen montiert gewesen seien. Schließlich hat sie im ersten Rechtszug nochmals behauptet, daß alle Arbeiten an den Türzargen bereits Ende Juli 1987 abgeschlossen worden seien. 19

Die Beklagte hat ferner behauptet, auch von den Mitarbeitern der E „Abhangdecken“ seien bei der Montage der Decken Schleiflexe eingesetzt worden. Dieser E seien dahernicht nur Schrammspuren, sondern auch Brandschäden anzulasten. Die Klägerin habe zudem Fliesen ausgetauscht, die schon vor dem Einbau Glasurschäden aufgewiesen hätten, und laste dies nun ihr, der Beklagten, an. 20

Zur Höhe ist die Beklagte dem Vorbringen der Klägerin zu den abgerechneten Arbeitsstunden und Fahrzeiten, zum Zinssatz und zur Inanspruchnahme von Bankkredit entgegen getreten. 21

Das Landgericht hat mit dem aus den Sitzungsniederschriften vom 06.09.1988, 22.05. und 30.10.1990 sowie vom 06.01. und vom 09.07.1991 und aus den schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. G vom 29.06.1989 und vom 10.12.1990 ersichtlichen Ergebnis Beweis erhoben. 22

Durch Urteil vom 10.09.1991 hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, an die Klägerin DM 35.863,83 nebst Zinsen seit dem 08.12.1987 abzüglich am 19.04.1988 gezahlter DM 10.000,-- zu zahlen. Wegen der Einzelheiten des Zinsausspruchs wird auf die Urteilsformel der Entscheidung vom 10.09.1991 Bezug genommen. Die weitergehende Klage hat das Landgericht abgewiesen. Es hat ausgeführt, die Beklagte hafte deshalb auf Schadensersatz, weil sie und ihre Subunternehmer Flexarbeiten ohne die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen ausgeführt hätten und es hierbei zur Beschädigung der von der Klägerin zuvor verlegten Fliesen gekommen sei. Davon sei die Kammer nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme überzeugt. Der aus dieser Beschädigung resultierende Schadensersatzanspruch der A gegen die Beklagte sei durch Abtretung auf die Klägerin übergegangen. Bei der Schätzung der Schadenshöhe ist die Kammer von der Aufstellung des Zeugen D am 28.09.1987 ausgegangen, weil es sich bei ihr um die am zeitnächsten zur Feststellung der Brandschäden erstellte Dokumentation handele. Allerdings sei der in dieser Aufstellung genannte Zuschlag von 10 % nicht gerechtfertigt, so daß von einer Beschädigung von 4.855 Fliesen auszugehen sei. Hiernach errechne sich ein Schaden von DM 75.863,83, so daß nach Abzug vorprozessual gezahlter DM 40.000,--noch ein Betrag von DM 35.863,83 offenstehe, während die weitere, nach Rechtshängigkeit erfolgte Zahlung von DM 10.000,-- gemäß § 367 BGB vorrangig auf die Zinsen zu verrechnen sei. 23

Gegen dieses beiden Seiten am 17.09.1991 zugestellte Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Klägerin hat ihre am 15.10.1991 eingelegte Berufung nach wiederholter Verlängerung der Frist zur Berufungsbegründung bis zum 16.02.1992 durch einen am Montag, dem 17.02.1992, bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 28.01.1992 begründet. Die Berufung der Beklagten ist am 16.10.1991 eingelegt worden. Sie hat ihr Rechtsmittel nach wiederholter Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 16.01.1992 durch einen an diesem	
Tage bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 15.01.1992 begründet.	25
Die Beklagte tritt unter Wiederholung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens den Ausführungen des angefochtenen Urteils und dem Vortrag der Klägerin zu Grund und Höhe des geltend gemachten Anspruchs entgegen. Sie rügt, das Landgericht habe verfahrensfehlerhaft bei seiner Beweiswürdigung auch auf den persönlichen Eindruck der Zeugen B, H, I und C abgestellt, obwohl die Besetzung der Richterbank in der Zeit zwischen der Vernehmung dieser Zeugen und dem Erlaß des angefochtenen Urteils teilweise gewechselt habe, so daß beim Erlaß des Urteils nur ein Richter mitgewirkt habe, der auch bei der Vernehmung dieser Zeugen zugegen gewesen sei.	26
Es sei nicht erwiesen, daß sie, die Beklagte, bzw. ihre Subunternehmer durch Schleifarbeiten an den Befestigungsschrauben der Türzargen den behaupteten Schaden verursacht hätten. Sämtliche Arbeiten der Beklagten - einschließlich des Abschleifens der Befestigungsschrauben - seien spätestens am 13.07.1987 angeschlossen gewesen. Die Arbeiten der Beklagten am Bauteil 650 seien schon im Zeitpunkt der Begehung vom 03.07.1987 fertiggestellt gewesen, weshalb sie für die behaupteten Schäden bei diesem Bauteil überhaupt nicht in Anspruch genommen werden könne. Das Schreiben der Bauleitung vom 31.07.1987 befasse sich nur mit der „Oberfläche der Stahlzargen“, womit nicht das Vorstehen von Schraubköpfen gemeint sei, betreffe zudem nur einen Teil der von der Beklagten eingebauten Zargen. Schleifarbeiten seien auch von der E „Abhangdecken“ sowie vom Rohbaununternehmer ausgeführt worden. Selbst wenn die Klägerin den von ihr behaupteten Aufwand zur Schadensbeseitigung tatsächlich gehabt habe, entfalle jedenfalls ein Teil auf die Nachbesserung eigener mangelhafter Leistungen.	27
Ein Anspruch auf Ersatz der Mehrwertsteuer stehe der Klägerin nicht zu, weil es sich bei Schadensersatzleistungen nicht um ein mehrwertsteuerpflichtiges Geschäft handle. Zinsen könne die Klägerin erst vom Zeitpunkt der Abtretung am 19.06.1989 an beanspruchen. Die Zinshöhe bestimme sich allein aus der Position des 2edenten.	28
Die Beklagte beantragt,	29
unter entsprechender Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Klägerin insgesamt mit der Klage abzuweisen.	30
Die Klägerin beantragt,	31
das angefochtene Urteil teilweise abzuändern und in vollem Umfang nach ihrem - der Klägerin- Schlußantrag erster Instanz zu erkennen.	32
Beide Parteien beantragen im übrigen jeweils,	33
das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen.	34
	35

Die Klägerin wiederholt und ergänzt ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie pflichtet den Ausführungen des landgerichtlichen Urteils zum Grunde des geltend gemachten Anspruchs bei, wendet sich aber gegen die Ausführungen der Kammer zur Höhe des Schadens.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, daß die Beklagte und ihre Subunternehmer durch unvorsichtiges Arbeiten die von der Klägerin verlegten Fliesen und damit das Eigentum der A beschädigt hätten. Bei der Schätzung der Schadenshöhe sei zu berücksichtigen, daß die Bauleitung die Verantwortlichkeit der Beklagten einerseits und der E "Abhangdecken" und des Rohbauunternehmers andererseits gegeneinander abgegrenzt und genau darauf geachtet habe, daß der Beklagten nur das angelastet wurde, was von ihr zu vertreten sei. Auch habe die Bauleitung genau kontrolliert, welche Arbeiten durchgeführt worden seien. Der gesamte in Rechnung gestellte Aufwand sei zur Behebung der von der Beklagten verschuldeten Mängel erforderlich gewesen.

Der Zeuge D habe die beschädigten Fliesen, ehe sie abgeschlagen wurden, erneut durchgezählt und dabei festgestellt, daß ca. 8.000 Platten vom Funkenflug beschädigt worden seien. Erst danach sei die Fotodokumentation erstellt worden.

Die Klägerin führt aus; zum Vorsteuerabzug sei die A, deren Schaden sie, die Klägerin, hier geltend mache, nicht berechtigt. Die Bundesrepublik sei ihr, der Klägerin, gegenüber in Verzug geraten und schulde deshalb die im Klageantrag bezeichneten Zinsen, welche die Beklagte aufgrund der Abtretung der Klägerin zu erstatten habe.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien in beiden Rechtszügen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Die Akten 7.0 62/89, Landgericht Bonn, waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat.

Der Senat hat mit dem aus den Sitzungsniederschriften vom 26.10.1992 und vom 18.01.1993 ersichtlichen Ergebnis durch Vernehmung von Zeugen Beweis erhoben. Der Sachverständige Dipl.-Ing. G hat im Termin vom 18.01.1993 vor dem erkennenden Senat seine schriftlichen Gutachten erläutert und ergänzt. Wegen seiner Ausführungen wird

sowie auf die von dem Sachverständigen im Termin vom 18.01.1993 zur Akte gereichte Berechnung (Bl. 1179 d.A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufungen beider Parteien sind zulässig, insbesondere in rechter Form und Frist eingelegt und begründet worden.

Die Berufung der Klägerin ist nur zum Teil begründet.

Das Rechtsmittel der Beklagten hat lediglich hinsichtlich eines Teils der der Klägerin im angefochtenen Urteil zuerkannten Zinsen Erfolg. Im einzelnen gilt Folgendes:

1. Die Berufung der Beklagten beanstandet zu Recht, daß dem Landgericht ein Verfahrensfehler unterlaufen ist. Das Landgericht hat einen persönlichen Eindruck verwertet, den nicht alle bei der Urteilsberatung beteiligten Richter gewonnen haben können. Im Urteil vom 10.09.1991 hat das Landgericht zur Begründung seiner Beweiswürdigung u.a. ausgeführt, die Zeugen B, H, I und „C“ - gemeint ist hier ersichtlich der Zeuge C - hätten bei ihrer Vernehmung auf die Kammer insgesamt persönlich einen wenig günstigen Eindruck gemacht. Das Landgericht hat sie als nicht glaubwürdig angesehen. Zwei der drei Mitglieder

der Kammer, die das Urteil gefällt haben, waren indes bei der Vernehmung dieser vier Zeugen nicht zugegen. Die vier Zeugen H, H, I und E sind im ersten Rechtszug im Termin vom 06.01.100l vernommen worden. In diesem Termin war die Richterbank des Landgerichts mit den Richtern J, K und L besetzt. Die mit der Berufung angefochtene Entscheidung vom 10.09.1991 ist dagegen von den Richtern N, K und Frau M getroffen worden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH NJW 1991, 1302; vgl. auch BGH NJW 1991, 3234) darf das Kollegialgericht einen persönlichen Eindruck, den ein Zeuge gemacht haben soll, indes nur dann verwerten, wenn es entweder diesen Eindruck in der Besetzung gewonnen hat, die auch die hierauf gestützte Entscheidung fällt, oder wenn der persönliche Eindruck - etwa im Sitzungsprotokoll - aktenkundig festgehalten und den Parteien rechtzeitig vor der letzten mündlichen Verhandlung in der Instanz bekannt gegeben worden ist. Beides war hier nicht der Fall.

Dies bedarf hier indes keiner Vertiefung. Denn der Verfahrensfehler des Landgerichts ist jetzt 47 dadurch geheilt, daß der erkennende Senat die erstinstanzliche Beweisaufnahme wiederholt und dabei einen eigenen Eindruck von den Zeugen - einschließlich der Zeugen B, H, I und C - gewonnen hat. Der Senat nimmt den angeführten Verfahrensfehler daher nicht zum Anlaß, den Rechtsstreit nach § 539 ZPO an das Landgericht zurückzuverweisen, sondern entscheidet gemäß § 540 ZPO in der Sache selbst.

2. Die Klage ist überwiegend begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte - aus von der 48 A abgeleitetem Recht - ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der Beschädigung der Fliesen im Bereich der Toilettenanlagen und Teeküchen beim Bauvorhaben Neubau des Bundesverteidigungsministeriums durch die Beklagte und deren Subunternehmer zu.

a) Die Beklagte haftet aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung des zwischen 49 ihr und der A geschlossenen Werkvertrages. Die Beklagte hat dafür einzustehen, daß sie bzw. ihre Subunternehmer bei der Ausführung von Schleifarbeiten bei diesem Bauvorhaben die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen außer acht gelassen und hierdurch Brandschäden durch Funkenflug an den bereits zuvor von der Klägerin verlegten – und mit dieser Verlegung gemäß §§ 93, 94 Abs. 1 u. 2, 946 BGB durch Einbau in das Eigentum der A übergegangenen - Fliesen verursacht haben. Dabei haftet die Beklagte für das Verschulden ihrer Subunternehmer und ihrer Leute nach § 278 Satz 1 BGB, da sie sich dieser Personen zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gegenüber ihrem Vertragspartner, der A, bedient hat.

Davon, daß die geltend gemachten Brandschäden durch die von der Beklagten bzw. von 50 deren Subunternehmern ausgeführten Schleifarbeiten verursacht worden sind, ist nach dem Ergebnis der im zweiten Rechtszug durchgeführten (wiederholten) Beweisaufnahme auch der erkennende Senat überzeugt.

Dabei sieht es der Senat zunächst - in Übereinstimmung mit dem Landgericht - als erwiesen 51 an, daß die von der Klägerin verlegten Wandfliesen bei Abschluß der Arbeiten der Klägerin und bis zum 03.07.1987 keine Brandschäden aufwiesen, so daß diese an ihnen später festgestellten Beschädigungen nach dem 03.07.1987 entstanden sein müssen. Dies folgt aus dem der Klägerin mit Schreiben des Architekturbüros O und Partner vom 07.07.1987 übersandten Protokoll der Begehung vom 03.07.1987 in Verbindung mit den-Bekundungen der Zeugen P, D, Q und R. Wie der Zeuge P ausgesagt hat, hat er diese Vorbegehung zusammen mit dem Geschäftsführer der Klägerin durchgeführt und dabei keine Brandschäden an den Fliesen festgestellt. Der Senat hat keinen Zweifel an der Richtigkeit dieser Bekundung. Ein eigenes Interesse des Zeugen am Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits, das ihm hätte Anlaß geben können, seine Aussage vor dem erkennenden Senat und die hiermit übereinstimmende Bekundung vor dem Landgericht zu färben, ist nicht

ersichtlich. Der Zeuge P hatte andererseits seinerzeit, im Zeitpunkt der Begehung, Anlaß, die Arbeiten der Klägerin genau in Augenschein zu nehmen, weil seine Feststellungen als Grundlage für die der Klägerin noch aufzugebenden Nachbesserungsarbeiten dienen sollen. Ausweislich der Anlage zum Schreiben vom 07.07.1987 ist das geschehen. Hier sind Mängel der Arbeiten der Klägerin festgehalten, z.B. Teerflecken. Wären im Zeitpunkt der Begehung vom 03.07.1987 die später festgestellten Brandschäden bereits vorhanden gewesen, so hätten sie dem Zeugen P auffallen und in seiner Aufstellung festgehalten werden müssen. Daß dies nicht geschehen ist, beweist daher, daß solche Brandschäden damals noch nicht vorhanden sind.

Dabei mindert es den Beweiswert der Aussage des Zeugen P nicht, daß er sich - mit Rücksicht auf die seither verflossene Zeit verständlicherweise - im Termin vor dem erkennenden Senat am 26.10.1992 nicht mehr an das genaue Datum der Begehung hat erinnern können. Dieses Datum ist zudem - durch das zeitnah zur Begehung erstellte Schreiben vom 07.07.1987 - urkundlich belegt.

52

Die Aussage des Zeugen P wird zudem durch die Bekundungen der Zeugen D, Q und R bestätigt; Zwar hat keiner dieser drei Zeugen an der Begehung vom 03.07.1987 teilgenommen. Alle drei Zeugen haben indes übereinstimmend bekundet, daß sie die Arbeiten der Klägerin zuvor - während des Zeitraums ihrer Durchführung - wiederholt gesehen haben und daß dabei keine Brandschäden an den von der Klägerin verlegten Fliesen festzustellen waren. Damit erweist sich, zugleich der Einwand der Beklagten als nicht berechtigt, daß die Maßnahmen, deren Bezahlung die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit verlangt, jedenfalls teilweise auch dadurch veranlaßt gewesen seien, daß die Klägerin zunächst auch Fliesen mit produktionsbedingten Brandflecken verlegt habe. Daß es auch bei der Herstellung der Fliesen zu Beschädigungen kommen kann, besagt nichts dafür, daß die Klägerin solche beschädigte Fliesen verlegt hätte. Vielmehr entspricht es - wie sich von selbst versteht, aber auch von dem Sachverständigen G ausdrücklich hervorgehoben worden ist - ordnungsgemäßer Handhabung, daß etwa beim Produktionsvorgang beschädigte Fliesen vor dem Verlegen ausgesondert werden. Daß die Klägerin hier so verfahren ist und keine Fliesen mit Brandschäden verlegt hat, folgt - wie angeführt - aus den Bekundungen der Zeugen P, D, Q und R in Verbindung mit der von dem Zeugen P gefertigten Aufstellung.

53

Seine Feststellung, daß die somit erst nach dem 03.07.1987 entstanden Schäden an den Fliesen durch Arbeiten der Beklagten bzw. ihrer Subunternehmer verursacht worden sind, stützt der erkennende Senat - auch insoweit in Übereinstimmung mit dem Landgericht - zunächst auf die Aussage des im zweiten Rechtszug erneut vernommenen Zeugen S Dieser Zeuge hat vor dem erkennenden Senat überzeugend und plastisch - und in Übereinstimmung mit seiner von dem Landgericht protokollierten Aussage im ersten Rechtszug - geschildert, daß er wiederholt beobachtet hat, wie bei Schleifarbeiten an den Türzargen der Eingangstüren zu den Toilettenräumen und zu den Teeküchen durch Funkenflug Beschädigungen (Brandschäden) an den bereits verlegten Fliesen in diesen Räumen hervorgerufen wurden, und daß er davon der Bauleitung berichtet hat. Bei den Türzargen dieser Eingangstüren handelte es sich um das Gewerk der Beklagten; dort ausgeführte Nachbesserungsarbeiten fielen in ihren Aufgabenkreis.

54

Der Senat sieht keinen Anlaß, an der Richtigkeit dieser Bekundung des Zeugen S zu zweifeln. Die ihm gestellten Fragen - hat der Zeuge S offen und freimütig beantwortet. Für ein eigenes Interesse dieses Zeugen an einem der Klägerin günstigen, der Beklagtenungünstigen Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits spricht - hier wie schon im Zeitpunkt seiner Aussage vor dem Landgericht - nichts. Es ist daher kein Anlaß dafür

55

ersichtlich, daß der Zeuge S die Beklagte und ihre Subunternehmer zu unrecht belasten könnte. Auch für einen Irrtum des Zeugen S fehlt jeder Anhaltspunkt. Denn der Zeuge S hat seiner jetzigen Schilderung entsprechende Angaben nicht erst bei seiner Vernehmung im vorliegenden Rechtsstreit, sondern schon - im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Ausführung der von ihm wahrgenommenen Arbeiten der Beklagten und ihrer Subunternehmer - während der Errichtung des Baus gegenüber der Bauleitung gemacht, wie nicht nur er selbst bekundet, sondern auch der Zeuge D bestätigt hat.

Daß der Zeuge S nach den insoweit übereinstimmenden Angaben der Zeugen S und B nicht mit dem Zeugen B gesprochen und ihn auch nicht als einen derjenigen Mitarbeiter identifiziert hat, die die in Rede stehenden Schleifarbeiten ausgeführt haben, nährt bereits deshalb keinen Zweifel an der Richtigkeit der Bekundung des Zeugen S, weil der Zeuge B seiner eigenen Aussage zufolge selbst keine Schleifarbeiten ausgeführt, sondern dies seinen Mitarbeitern überlassen hat. Den Zeugen H, einen dieser Mitarbeiter, hat der Zeuge S wieder erkannt, ohne allerdings angeben zu können, ob H es war, dem er, S, wegen des Funkenfluges Vorhaltungen gemacht hatte. 56

Daß es Schleifarbeiten an den von der Beklagten bzw. ihren Subunternehmern montierten Türzargen waren, die durch Funkenflug die Beschädigungen der von der Klägerin verlegten Fliesen verursacht haben, wird zudem durch die von dem Zeugen B unterzeichnete Schadensanzeige vom 08.10.1987 an den haftpflichtversicherer der Fa. B die Versicherungsbank, belegt. In dieser Erklärung hat der Zeuge B gegenüber dem Haftpflichtversicherer ausdrücklich angegeben, daß es beim Glattschleifen der Schraubeköpfe zum Funkenflug gekommen sei, wodurch Fliesen beschädigt worden seien. Wie schon das Landgericht im angefochtenen Urteil zutreffend herausgestellt hat, hat der Zeuge B sodann die (weitere) Frage des Schadensformulars, ob er glaube, zum Schadensersatz verpflichtet zu sein, dort ausdrücklich mit „ja“ beantwortet und hinzugesetzt: "wegen Beschädigung". Eine plausible Erklärung, weshalb er dies hätte tun sollen, wenn - seiner jetzigen Darstellung entsprechend - diese Angaben unzutreffend waren, hat der Zeuge B auch auf Vorhalt nicht geben können. Seiner Einlassung, er sei damals -im Anschluß an die Erklärungen der Bauleitung davon ausgegangen, zum Schadensersatz verpflichtet zu sein, und habe erst geraume Zeit später, als die T Versicherungsbank bereits Schadensersatzleistungen erbracht hatte, durch Befragen seiner Leute festgestellt, daß diese vor Beginn der Schleifarbeiten die zum Schutz der Fliesen erforderlichen Maßnahmen getroffen hätten, vermag der Senat nicht zu glauben. Gegen ihre Richtigkeit spricht schon, daß der Zeuge B dann, wenn ihm bei Erstellung der Schadensanzeige nicht bekannt gewesen wäre, ob und weshalb die Mitarbeitern des Unternehmens seiner Ehefrau ein Verschulden an der Entstehung des Schadens traf, allen Anlaß gehabt hätte, dies gegenüber dem Haftpflichtversicherer zu erklären statt, wie indes geschehen, die Verantwortlichkeit des Unternehmens seiner Ehefrau einzuräumen. Hinzu kommt, daß die Erklärung des Zeugen bei seiner Vernehmung vor dem erkennenden Senat, erst im Nachhinein von den Schutzmaßnahmen seiner Mitarbeiter gehört zu haben, in Widerspruch steht zu seiner vor dem Landgericht protokollierten Aussage, derzufolge diese Schutzmaßnahmen in seiner Gegenwart getroffen worden seien. Wenn der Zeuge B - wie er vor dem Landgericht bekundet hat - festgestellt hat, daß die erforderliche Abdeckung zum Schutz vor Funkenflug vorgenommen wurde, wäre unerklärlich, weshalb er diesen Funkenflug in seiner Erklärung vom 08.10.1987 als Schadensursache bezeichnen konnte. Seine Aussage, erst im Nachhinein von der Durchführung der erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Funkenflug erfahren zu haben, kann der Senat daher vor dem Hintergrund seiner erstinstanzlichen Aussage wie vor dem Hintergrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme im übrigen nur als Schutzbehauptung werten, die in der Absicht aufgestellt ist, den sonst eklatanten 57

Widerspruch zwischen seinen angeblichen eigenen Feststellungen bei der Ausführung der Arbeiten und dem Inhalt der Erklärung gegenüber dem Haftpflichtversicherer abzumildern. Der Senat ist somit von der Richtigkeit der Darstellung -in der Schadensanzeige von 08.10.1987 überzeugt. Eine plausible Erklärung dafür, daß der Zeuge B an ihr im Prozeß nicht mehr festhält, kann darin liegen, daß er bei der Unterzeichnung dieser Anzeige noch davon ausgegangen ist, daß der angemeldete Schaden auch der Höhe nach im vollen Umfang von der bestehenden Haftpflichtversicherung gedeckt sei, während er jetzt weiß, daß die von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzansprüche die Höhe der Deckungssumme dieser Haftpflichtversicherung überschreiten. Die Deckungssumme der Versicherung der Fa. B beträgt nämlich nach den Angaben des Zeugen B nur um 50.000,-- pro Schadensfall. Diesen Betrag hat die T Versicherungsbank inzwischen - unstreitig - auf den hier in Rede stehenden Schadensersatzanspruch gezahlt.

Das vorstehend dargestellte Ergebnis steht auch im Einklang mit dem Vermerk der Bauleitung vom 21.09.1987 über eine nach der Feststellung der Schäden durchgeführte Begehung, an der (auch) der Zeuge F als Mitarbeiter der Beklagten teilgenommen hat. In diesem Vermerk wird u.a. festgehalten, daß die Schäden durch die Klägerin zu Lasten der Beklagten beseitigt würden und daß Herr F den Schaden seiner Versicherung melden werde. Dies belegt, daß damals - zeitnah zum Schadenseintritt - unter den Beteiligten weder Zweifel noch Streit hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Beklagten bestanden. Aus der Aussage des Zeugen F ergibt sich nichts anderes. Er hat vor dem erkennenden Senat bekundet, er habe seinerzeit den eingetretenen Schaden bedauert, wisse aber nicht mehr, ob er die Regulierung des Schadens zugesagt habe. Es kann hier dahinstehen, ob dem Zeugen F geglaubt werden kann, daß er sich tatsächlich an den Kern des Gesprächs nicht mehr erinnert. Denn jedenfalls ist seine Aussage nicht geeignet, die Feststellungen des Vermerks in Zweifel zu ziehen. Darauf, ob der Zeuge F die Beklagte rechtsgeschäftlich vertreten konnte, kommt es hier nicht an. Denn auch wenn dies nicht der Fall war, stützt der Inhalt des Vermerks indiziell den Vortrag der Klägerin.

58

Die von der Beklagten, bzw. ihren Subunternehmern ausgeführten Schleifarbeiten waren auch objektiv geeignet, die mit der Klage geltend gemachten Schäden zu verursachen. Wie der Sachverständige G in seinem für das Landgericht erstatteten Gutachten vom 29.06.1989 im Anschluß an von ihm, dem Sachverständigen, durchgeführte Versuche überzeugend ausgeführt hat, entsteht beim Abschleifen von vorstehenden Schraubenköpfen ein Funkenflug, wobei schon ein Bruchteil von Funkenflug zu Beginn der Schleifarbeiten -bei Ansatz des Geräts - genügt, um Schäden an den den Schleifarbeiten gegenüberliegenden (zugewandten) Fliesenflächen auch in der hier in Rede stehenden Entfernung entstehen zu lassen. Dies gilt, wie schon das Landgericht ausgeführt und auch die Erläuterung des Gutachtens im Termin vom 18.01.1993 vor dem erkennenden Senat ergeben hat, auch dann, wenn bei den Arbeiten der Beklagten bzw. ihrer Subunternehmer kleinere Geräte als das größere der beiden von dem Sachverständigen bei seinen Versuchen eingesetzten Geräte verwendet worden sein sollten. Daß sich die Schäden, wegen derer die Klägerin Ersatz verlangt, nicht nur an den der Tür gegenüberliegenden Flächen zeigen, spricht entgegen der Auffassung der Beklagten nicht dagegen, daß die Schäden durch die Arbeiten ihrer Subunternehmer verursacht worden sind: Wie der Sachverständige als Ergebnis seiner Versuche im Gutachten vom 29.06.1989 festgestellt hat, waren vom Funkenflug nicht nur die gegenüberliegenden Wandflächen, sondern auch seitliche Wandbereiche betroffen.

59

Den vorstehend wiedergegebenen Feststellungen steht der Einwand der Beklagten, daß sie und ihre Subunternehmer die in Rede stehenden Schäden nicht verursacht haben könnten, weil ihre Arbeiten vor den maßgeblichen Zeitraum bereits abgeschlossen gewesen seien,

60

nicht entgegen. Denn dieser Einwand ist nicht richtig.

Darauf, wann die einzelnen Rechnungen der Beklagten erstellt und bezahlt worden sind, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Wie der Zeuge R erläutert hat, sind Teilrechnungen der Beklagten als Akontorechnungen behandelt und bezahlt worden, so daß sich aus der Bezahlung dieser Rechnungen nicht auf eine Abnahme des Gewerks oder entsprechender Teile des Gewerks - mit der Folge, daß dort Nachbesserungsarbeiten der Beklagten nicht mehr in Betracht gekommen wäre - schließen läßt. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob das Schreiben der Bauleitung vom 31.07.1987 das Abschleifen der Schraubenköpfe zum Gegenstand hatte oder ob sich dieses Schreiben auf andere Mängel bezieht.

61

Denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats jedenfalls aus folgenden Gründen fest, daß die Schleifarbeiten der Beklagten bzw. ihrer Subunternehmer - Abschleifen der Schraubenköpfe - in der Zeit nach dem 03.07.1987 durchgeführt worden sind. Wie die Zeugen P und R übereinstimmend bekundet haben, ist der Beklagten das Abschleifen der vorstehenden Schraubenköpfe aufgegeben worden. Die Bekundung des Zeugen H, daß die entsprechenden Arbeiten nicht erst auf Rüge, sondern schon bei der Montage der Türzargen erfolgt seien, ist nicht geeignet, die Aussage der Zeugen P und R in Zweifel zu ziehen. **Denn der Zeuge H war** als bei einer Subunternehmerin der Beklagten beschäftigter Schlosser nicht der Ansprechpartner der Bauleitung für etwaige Rügen gegenüber der Beklagten, so daß ihm aus eigener Kenntnis von solchen Rügen nichts bekannt sein kann. Daß auch bei der Montage von Zargen Schleiferarbeiten vorgenommen worden sind, schließt zudem nicht aus, daß gleichwohl anschließend Unebenheiten gerügt wurden und deshalb nachzuarbeiten war.

62

Daß diese Arbeiten nach dem 03.07.1987 durchgeführt wurden, ergibt sich zum einen aus der Bekundung des Zeugen D, zum anderen aus der Aussage des Zeugen U und den schon in ersten Rechtszug vorgelegten Arbeitsberichten der E „Malerarbeiten“. Wie der Zeuge U unter Hinweis auf seine Arbeitsberichte überzeugend bekundet hat, sind die Türzargen zwar in der Zeit zwischen dem 27. und dem 31.07.1987 abgelautet worden, konnten aber damals wegen vorstehender Schraubenköpfe noch nicht lackiert werden. Dies belegt, daß die entsprechenden Schleifarbeiten der Beklagten erst zu einem späteren Zeitpunkt und damit nach dem 03.07.1987 ausgeführt worden sind. Der Senat trägt keine Bedenken, den - auf schriftliche Unterlagen gestützen - Bekundungen des Zeugen U zu folgen. Ein eigenes Interesse am Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits hat dieser Zeuge ersichtlich nicht. Mit seiner Bekundung steht es zugleich im Einklang, daß in der von dem Zeugen B - unterzeichneten Haftpflicht-Schadensanzeige vom 08. 10.1987 als Zeitraum, in den sich der Schadensfall ereignet hat, die Zeit „Juli/August 1987“ angegeben ist. Diese zeitnah zum Schadensfall gemachte Angabe widerlegt in Verbindung mit der Aussage des Zeugen U zugleich die gegenteilige Bekundung des Zeugen B, daß alle Arbeiten schon zu einem früheren Zeitpunkt erledigt worden seien.

63

Auch die Nachbesserungsarbeiten des Zeugen C sind nach der Überzeugung des Senats nach dem 03.07.1987 ausgeführt worden. Dieser Zeuge hat bei seiner Vernehmung vor dem erkennenden Senat angegeben, sich hinsichtlich des Zeitpunkts der Durchführung der einzelnen Arbeiten „nicht mehr auf Monate festlegen“ zu können. Daraus, daß die Rechnungen des Zeugen C betreffend den Einbau der Türzargen ausweisen, daß seine entsprechenden Arbeiten Ende Mai, Anfang Juni beendet waren, wie er bekundet hat, folgt nicht notwendig etwas für den Zeitpunkt späterer, nicht von der Beklagten als seinem Auftraggeber, sondern erst von der Bauleitung verlangter Nachbesserungsarbeiten. Vielmehr

64

ist davon auszugehen, daß die aufgrund entsprechender Rüge der Bauleitung gegenüber der Beklagten ausgeführten Nachbesserungsarbeiten (Schleifarbeiten) ihrer Subunternehmer in etwa zeitgleich verlangt und ausgeführt worden sind.

Davon, daß die Brandschäden an der Glasur der Fliesen durch Arbeiten anderer Beteiligter als der Beklagten und ihrer Subunternehmer verursacht worden sind, kann der Senat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht ausgehen. Wie zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits außer Streit steht, ist zwar auch der E "Abhangdecken" die Beschädigung von - zuvor von der Klägerin verlegten - Fliesen anzulasten. Dabei handelt es sich jedoch, wie der mit der Aufnahme des Schadens befaßte Mitarbeiter der Bauleitung, der Zeuge D, anschaulich und überzeugend geschildert hat, um ihrer Art nach andere Beschädigungen, nämlich um - vom Gerüst verursachte - Scheuerspuren im Bereich der Aussparungen, so daß insoweit anhand des Schadensbildes eine eindeutige Zuordnung der jeweiligen Schäden hinsichtlich des jeweiligen Verursachers möglich war. 65

Die Zeugen S, R und D haben schon im ersten Rechtszug bekundet, daß die E „Abhangdecken“ im hier maßgeblichen Zeitraum keine Flexarbeiten an Stahlträgern durchgeführt hat, bei denen es zu einem entsprechenden Funkenflug gekommen sein könnte. Aus ihren Bekundungen vor dem erkennenden Senat ergibt sich nichts anderes. Der von der Beklagten zu dieser Frage benannte Zeuge H hat ihre Behauptung, daß auch andere Unternehmen oder Arbeitsgemeinschaften solche Flexarbeiten durchgeführt hätten, nicht bestätigt. Aus der Bekundung des Zeugen B betreffend die Arbeiten der Fa. V ergibt sich nicht, daß dieses Unternehmen entgegen der Aussage der Zeugen S, R und D Schleifarbeiten durchgeführt hätte, bei denen es zu Funkenflug mit den hier streitigen Folgen gekommen sein könnte. Der Zeuge B hat zwar weiter ausgesagt, daß während der Durchführung der Arbeiten des Unternehmens seiner Ehefrau auch noch Leute der Rohbaufirma in den hier in Frage stehenden Räumen gearbeitet und dabei Bodenabschlußwinkel mit einer Flexe abgeschliffen hätten, wobei es zu Funkenflug gekommen sei. Diese Aussage ist indes aus doppeltem Grunde nicht geeignet, die Aussagen der Zeugen S, R und D in Zweifel zu ziehen. Zum einen hat der Zeuge B - anders als diese Zeugen - ein erhebliches eigenes Interesse an einem der Beklagten günstigen Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits, weil er befürchten muß, daß die Beklagte andernfalls bei dem Unternehmen seiner Ehefrau Rückgriff nimmt, ohne daß der Haftpflichtversicherer eintritt, nachdem die Deckungssumme überschritten ist. Seine Aussage widerspricht zudem - wie angeführt - in mehreren Punkten der zeitnah zum Schadensereignis erstellten, von ihm am 08.10.1987 unterzeichneten Schadensanzeige. Dies bedarf im hier gegebenen Zusammenhang indes keiner Vertiefung. Denn der Zeuge B stellt gerade - wenn auch zu Unrecht - in Abrede, daß er und seine Leute im hier maßgeblichen Zeitraum noch Schleifarbeiten durchgeführt hätten. Seine Arbeiten seien im wesentlichen Ende Juni 1987 abgeschlossen gewesen. Daß der Rohbaununternehmer bis zu diesem Zeitpunkt - nach den Worten des Zeugen B „während unserer Zeit“ noch Schleifarbeiten durchgeführt haben mag, ist hier indes ohne Belang, weil die in Rede stehenden Schäden - wie angeführt - erst nach dem 03.07.1987 entstanden sein können. 66

Der Senat ist schließlich auch davon überzeugt, daß Ursache der Schäden fehlende Schutzmaßnahmen der Beklagten bzw. ihrer Subunternehmer gegen Funkenflug waren. Der Zeuge S hat dies anschaulich und überzeugend geschildert und zugleich dargelegt, daß auch seine, des Zeugen, Vorhaltungen nichts fruchteten. Seine Aussage widerlegt zugleich die gegenteiligen Bekundungen der Zeugen B, I und C. Dem Zeugen I vermag der Senat bereits deshalb nicht zu folgen, weil er schon in Abrede stellt, bei den Schleifarbeiten der Fa. B überhaupt Funkenflug gesehen zu haben. Da nach den Feststellungen des Sachverständigen 67

bei den Schleifarbeiten solcher Funkenflug entsteht, wie auch durch die seinem Gutachten beigegebenen Bilder augenfällig dokumentiert wird, und solcher Funkenflug nach den Bekundungen der Zeugen H, B und C auch entstanden ist, kann die abweichende Bekundung des Zeugen I keinen Funkenflug beobachtet zu haben, nicht richtig sein. Der Zeuge G hat im ersten Rechtszug bekundet, selbst gesehen zu haben, daß seine Leute zum Schutz vor Funkenflug bei den Schleifarbeiten Abdeckungen aufgestellt hätten. Dies steht indes in unüberbrückbarem Gegensatz zu seiner - im Zusammenhang mit der Frage nach der Erstellung der Schadensanzeige vom 08.10.1987 gemachten – Bekundung vor dem erkennenden Senat, erst zu einem weit späteren Zeitpunkt seine Leute befragt zu haben, ob sie denn diese Schutzmaßnahme getroffen hätten. Die entsprechende Bekundung des Zeugen H kann angesichts der Aussage des Zeugen S aber auch angesichts des Umstandes, daß es zu dem hier in Rede stehenden Schaden gekommen ist und eine andere Schadensursache ausscheidet, nur als Schutzbehauptung gewertet werden. Nichts anderes gilt für die Bekundung des Zeugen, soweit sein Gewerk betroffen ist, zumal das einheitliche Schadensbild auch für eine einheitliche Schadensursache spricht.

b) Dem hieraus resultierenden Schadensersatzanspruch der A wegen der Beschädigung der bereits in ihr Eigentum übergegangenen Fliesen steht es nicht entgegen, daß die Vergütungsgefahr für die Werkleistung der Klägerin mangels Abnahme nach §§ 640, 644 BGB noch bei der Klägerin gelegen hat. Denn in einem solchen Fall des Auseinanderfallens von Rechtsposition und Risiko (§ 644 BGB) steht dem Besteller als Eigentümer der beschädigten Sachen und Vertragspartner des verantwortlichen Schädigers hier: der A - Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt der Drittschadensliquidation zu (vgl. BGH NJW 1970, 39, 41), der an den wirtschaftlich Geschädigten - hier: die Klägerin - abgetreten werden kann. 68

Eine solche Abtretung ist im Streitfall erfolgt, wie die Beklagte im Berufungsrechtszug nicht mehr in Zweifel zieht und zudem durch die Abtretungserklärung vom 19.06.1989 bewiesen wird. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, war die Bundesrepublik bei dieser Abtretung auch wirksam vertreten. Der Senat nimmt auf die entsprechenden Darlegungen des angefochtenen Urteils, denen die Beklagte im Berufungsrechtszug nichts entgegen gesetzt hat, hiermit gemäß § 543 Abs. 1 ZPO auch zur Begründung der vorliegenden Entscheidung Bezug. 69

3. Die Beklagte weist im Ausgangspunkt zutreffend darauf hin, daß die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe des geltend gemachten Schadens die Klägerin als Anspruchstellerin trägt. Diese Beweislast wird indes durch die Regelung des § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO gemindert. Nach dieser Vorschrift entscheidet, wenn - wie hier - unter den Parteien streitig ist, wie hoch der zu ersetzende Schaden ist, das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. 70

Bei dieser Schadensschätzung konnte der Senat weder die erste, vom Zeugen D erstellte Liste noch das auf der Auswertung der später erstellten Fotodokumentation beruhende Zahlenwerk der Klägerin zugrunde legen. Die von dem Zeugen D erstellte erste Liste berücksichtigt, wie der Zeuge glaubhaft bekundet hat, noch nicht, daß außer den ursprünglich durch Funkenflug beschädigten Fliesen weitere Fliesen deshalb ausgewechselt werden mußten, weil sie beim Auswechseln der durch Funkenflug beschädigten Fliesen mit beschädigt wurden. Dies steht in Einklang mit den Darlegungen des Sachverständigen G, denen zufolge eine solche Beschädigung weiterer Fliesen im Zuge der Ausbesserungsarbeiten in gewissem Umfang auch bei sorgfältigem Arbeiten unvermeidbar ist, und den Bekundungen des Zeugen W, denen zufolge es gelegentlich zu solchen 71

Beschädigungen gekommen ist.

Andererseits kann sich der Senat auch nicht auf die Fotodokumentation und ihre Auswertung durch den Zeugen D stützen. Denn in dieser Fotodokumentation ist das Stadium nach dem Entfernen der einzelnen Fliesen ausgewiesen. Daß und warum die einzelne Fliese tatsächlich ausgewechselt werden mußte, wird durch die Fotodokumentation selbst also nicht belegt. An Einzelheiten des Schadensbildes konnte sich der Zeuge D verständlicherweise nicht erinnern. Allein damit, daß neben den ursprünglich beschädigten Fliesen auch weitere, erst bei ihrem Auswechseln in Mitleidenschaft gezogene Nachbarfliesen mit ausgewechselt werden mußten, läßt sich die Abweichung der zweiten von der ersten Schadensaufstellung nicht erklären. 72

Der Senat legt deshalb der Schadensschätzung nicht eine dieser beiden Aufstellungen, sondern gemäß § 287 Abs. 1 ZPO die Schätzwerte des Sachverständigen Peters zugrunde, die dieser unter Berücksichtigung der Streubreite des Funkenfluges ermittelt und in einer zur Vorbereitung des Termins vom 18.01.1993 erstellten und den Parteien in diesem Termin übergebenen und vom dem Sachverständigen erläuterten handschriftlichen Berechnung niedergelegt hat. Der Sachverständige ist hier zu dem Ergebnis gelangt, daß der Beklagten insgesamt die Beschädigung von 8.052,66 Fliesen - entsprechend 183,02 m² - anzulasten ist. 73

Der Richtigkeit dieser Schätzung, die auf den Annahme einer Beschädigung von rund 2 m² Fliesen pro Toilettenanlage und rund 1 m² pro Teeküche beruht und die als Zuschlag für unvermeidbare Schäden bei Ausstemmarbeiten 5 % ansetzt, kann die Beklagte nicht entgegen halten, daß damit entgegen ihrem erstinstanzlichen Vorbringen auch Schäden an Seitenwänden Berücksichtigung gefunden hätten, die ihr nicht nachweisbar zuzurechnen seien. Denn wie oben bereits dargestellt, hat der Sachverständige Peters bereits in seinem Gutachten vom 29. 06.1989 überzeugend dargelegt, daß nicht nur an der der Türöffnung gegenüberliegenden Wand, sondern auch an den Seitenwänden nach dem Ergebnis seiner Versuche Schäden durch Brandspuren eingetreten sind. 74

Hiernach errechnen sich bei einem geschätzten Zeitaufwand von 8,5 min pro Fliese und einem Stundensatz 75
von DM
51,58 die Lohnkosten mit
netto DM 58.841,95

und die Materialkosten (einschließlich 76

Kilometergeld, jedoch ohne Arbeitslohn 77

für die An- und Abfahrt und ohne die Kosten 78

der auszutauschenden Fliesen) mit netto 79
DM 8.750,78.

Hinzuzurechnen sind - wie die Erörterung 80

mit dem Sachverständigen ergeben hat ? 81

die Materialkosten für die Fliesen, bei 82

83

8.053 Fliesen ä DM 0,80	
also	DM 6.442,40
sowie der Arbeitslohn für die An- und Ab?	84
fahrt der Mitarbeiter der Klägerin während	85
der Dauer der Reparaturarbeiten. Der Se?	86
nat schätzt die tägliche Fahrzeit auf	87
1 Std. je Hin- oder Rückfahrt, so daß	88
sich bei insgesamt 143 Arbeitnehmer-Beschäf?	89
tigungstagen weitere Lohnkosten in Höhe von 286 h x DM 51,58/h	90
= <u>DM 14.751,88</u>	
ergeben. Der Schaden- beträgt somit insgesamt	91
netto <u>DM 88.787,01</u>	
Ihm ist - entgegen der Auffassung der Be-klagten - die Mehrwertsteuer von (damals) 14 %	92
mit <u>DM 12.217,19</u>	
hinzuzurechnen, so dgß sich der, der Klägerin aus von der A abgeleiteten Recht zu	93
ersetzende Schaden auf brutto	94
<u>DM 101.217,19</u>	
beläuft.	95
Der Schaden der A besteht in Höhe des Betrages; den sie für die Schadensbeseitigung	96
aufwenden muß. Er schließt die von ihr an einen mit der Schadensbeseitigung beauftragten	
Werkunternehmer zu entrichtende Mehrwertsteuer ein. Denn die A ist als juristische Person	
des öffentlichen Rechts nach § 2 Abs. 3 UStG nur im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art	
umsatzsteuerpflichtig und dann zum Vorsteuerabzug berechtigt (vgl. Bunjes/Geist, UStG, 4.	
Aufl. 1993, § 2, Anm. 41). Um einen solchen Betrieb handelt es sich im Streitfall nicht.	
Der Hinweis der Beklagten, daß das Angebot der Klägerin für ihre ursprünglich ausgeführten	97
Fliesenarbeiten deutlich niedriger kalkuliert sei als die vorstehende Berechnung, veranlaßt	
keine abweichende Schätzung. Die Beklagte übersieht, worauf der Sachverständige bereits	
zutreffend hingewiesen hat, daß hier zum einen mit dem Entfernen und Neuverlegen von	
Kacheln ein gegenüber dem bloßen Verlegen erweiterter Leistungsgegenstand in Rede steht	
und daß zum anderen daß Herausschlagen einzelner Kacheln einen vergleichsweise	
erheblichen Zeitaufwand verursacht.	
Von dem der Klägerin hiermit insgesamt geschuldeten Betrag von DM 101.217,19 sind die	98
vom Haftpflichtversicherer der Fa.Br geleisteten Zahlungen abzusetzen.	
Vorprozessual hat der Haftpflichtversicherer an die Klägerin zunächst DM 40.000,-- gezahlt.	99
Hiernach verblieb ein restlicher Schaden in Höhe von (DM 101,217,19 - DM 40.000,--) DM	
61.217,19.	

Die von dem Haftpflichtversicherer erst während des vorliegenden Rechtsstreits gezahlten weiteren DM 10.000,-- sind gemäß § 367 Abs. 1 BGB mangels gegenteiliger Zahlungsbestimmung vorrangig auf die bis dahin aufgelaufenen Zinsen und erst mit dem überschießenden Betrag auf die Hauptsumme des Schadensersatzanspruchs zu verrechnen.

Der Klägerin steht aus dem Gesichtspunkt des Verzuges (§§ 284, 286, 288 Abs. 2 BGB) auf Grund ihrer Mahnung ein Anspruch auf Zahlung von Zinsen auf DM 52.309,39 seit dem 08.12.1987 zu. Bei der Berechnung des Zinsschadens ist jedoch nur ein Zinsfuß von 8 % anzusetzen. Denn die Klägerin klagt - worauf der Senat hingewiesen hat - aus abgetretenem Recht. Die Höhe des Zinsschadens bemißt sich daher nicht nach dem Zinsfuß, zu dem sie, die Klägerin, nach ihrer Behauptung Kredit in Anspruch nimmt, sondern nach den Zinsen, die die Zedentin zu entrichten hat. Im Falle eines Anspruchs der öffentlichen Hand ist der Nachweis, daß der Gläubiger wegen der in Rede stehenden Forderung Kredit aufgenommen hat, nicht zu fordern (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 52. Aufl. 1993, § 288, Rdn. 6 mit weit. Nachw.). Vielmehr ist hier der durchschnittliche Zinssatz der von dem Gläubiger im maßgeblichen Zeitraum aufgenommenen Anleihen zugrunde zu legen. Gerichtsbekannt (vgl. Die Welt vom 10.07.1993, S. 17) hat der Bund in der Zeit seit Ende 1987 Anleihen mit Zinssätzen zwischen 6,75 % und 9 % ausgegeben. Der Senat schätzt daher den Zinsschaden auf 8 %.

Davon, daß die A ihrerseits gegenüber der Klägerin in Verzug geraten und deshalb mit höheren Zinsen belastet wäre, kann der Senat nicht ausgehen.

Der Werklohnanspruch des der Klägerin erteilten Auftrages wurde erst mit der Nachbesserung durch Beseitigung der in Rede stehenden Brandschäden fällig. Dafür, daß die A danach mit seiner Erfüllung in Verzug geraten wäre, ist nichts dargetan.

Wegen und in Höhe der Klageforderung bestand und besteht kein Anspruch der Klägerin gegen die A, mit der diese hätte in Verzug geraten können. Denn die Klägerin war aufgrund des ursprünglichen Vertrages verpflichtet, ihr Gewerk mangelfrei zu erstellen (wiederherzustellen).

Zur Verrechnung nach § 367 Abs. 1 BGB sind daher dem Schadensbetrag von DM 61.217,19 8 % Zinsen aus DM 52.309,69 für die Zeit vom 08.12.1987 bis zum -19.04.1988, entsprechend DM 1.522,80 hinzuzurechnen. Zieht man von der Summe von DM 62.739,99 die am 19.04.1988 gezahlten DM 10.000,-- ab, so verbleibt eine offene Hauptsumme von DM 52.739,99 zu deren Zahlung die Beklagte deshalb unter entsprechender Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen ist. Sie ist in Höhe eines Teilbetrages von DM 52.309,69 seit dem 19.04.1988, im übrigen seit dem 07.08.1988 (Mahnung vom 22.07.1988) jeweils mit 8 % zu verzinsen.

4. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91 a, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO (Kosten) §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO (vorläufige Vollstreckbarkeit) und § 546 Abs. 2 ZPO (Festsetzung des Wertes der Urteilsbeschwer).

Berufungsstreitwert:

112

a)	für	die	Berufung der	Klägerin:	DM	66.193,-?
b)	für	die	Berufung der	Beklagten-:	DM	<u>27.578,71</u>
c)	für	den	Berufungsrechtszug insgesamt:		DM	93.771,71

113