

---

**Datum:** 02.12.2020  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 16. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 16 U 96/20  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2020:1202.16U96.20.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 5 O 509/19

---

**Tenor:**

Der Senat weist darauf hin, dass beabsichtigt ist, die Berufung des Klägers gegen das am 19.05.2020 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 5 O 509/19 – nach § 522 Abs. 2 ZPO einstimmig durch Beschluss zurückzuweisen.

Der Kläger erhält Gelegenheit, binnen 3 Wochen ab Zugang dieses Beschlusses zu dem Hinweis Stellung zu nehmen.

---

**Gründe:**

I.

Die Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg, denn das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Dem Kläger stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten iHv 738.352,01 € sowie auf Feststellung der über diesen Betrag hinausgehenden Ersatzpflicht der Beklagten gemäß den §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB weder nach dem Hauptantrag (Zahlung an den Kläger), noch nach dem Hilfsantrag (Zahlung an das Land NRW) zu. Ein vertraglicher Ausgleichsanspruch des Klägers gegen die Beklagte scheidet jedenfalls daran, dass der Kläger keinen Schadenseintritt substantiiert hat.

1. Grundsätzlich können – allein – dem Kläger gegen die Beklagte vertragliche Gewährleistungsansprüche zustehen, denn zwischen den Parteien besteht ein Haupt-/Subunternehmerverhältnis, während das Land NRW als Bauherrin Vertragsansprüche nur gegen den Kläger als ihren Vertragspartner hat.

1

2

3

4

5

- a. Der Kläger hat die Beklagte am 22.02./10.03.2010 (BI 111 ff GA) u.a. mit der örtlichen Bauüberwachung beauftragt. Dabei hat der Kläger jeweils Willenserklärungen im eigenen Namen und für eigene Rechnung abgegeben. Nach § 1 BLB-G kann der Kläger als teilrechtsfähiges Sondervermögen im Rechtsverkehr unter seinem Namen handeln. 6
- Soweit der Kläger gemäß § 3 Nr. 3 des für die Terrassen-Sanierung abgeschlossenen Vertrages zwischen dem Land NRW und dem Kläger vom 21.07.2008 (BI 191 GA) für das Land die Generalplanung, Projektsteuerung und baufachliche Bauherrenaufgaben übernommen hatte und dabei gemäß § 5 des Vertrages vom 21.07.2008 (BI 193 GA) u.a. zum Abschluss von Bauverträgen im Namen und für Rechnung des Landes bevollmächtigt war, hat er von dieser Vertretungsmacht im Verhältnis zur Beklagten keinen Gebrauch gemacht. Insoweit sind auch seitens der Beklagten keine Umstände iSv § 164 Abs. 1 BGB vorgetragen worden, aus denen sich eine – konkludente - Beauftragung im Namen des Landes ergeben könnte. 7
- Durch die Auftragsvergabe im eigenen Namen machte der Kläger in dem streitgegenständlichen Bereich der von ihm auch übernommenen Bauüberwachung von seinen in § 10 Ziffer 4 und § 11 Ziffer 2 des Vertrages vom 21.07.2008 eingeräumten Befugnissen zur Einschaltung von Sub-Überwachern Gebrauch. 8
- Wie bereits das Landgericht erkannt hat (Seite 7 UA), ist der Kläger für das von dem Land als Bauherrin vergebene Gewerk der Bauüberwachung Hauptunternehmer und die Beklagte seine Subunternehmerin. 9
- b. Dieses vertikale Haupt-/Subunternehmer-Verhältnis – in Form einer werkvertraglichen Leistungskette oder Kettenbeauftragung – steht auch einer Bewertung des zwischen den Parteien bestehenden Vertrages als ein solcher zugunsten (§ 328 BGB) oder mit Schutzwirkung für das Land entgegen. Da dem Land aufgrund des mit dem Kläger geschlossenen Vertrages vom 21.07.2008 eigene Gewährleistungsansprüche gegen den Kläger zustehen, bestand bei der Beauftragung der Beklagten durch den Kläger kein Interesse dieser Vertragsparteien, dem Land ein eigenes Forderungsrecht zu verschaffen oder dieses in den Schutzbereich ihres Vertrages einzubeziehen. 10
- c. Zutreffend hat das Landgericht weiter auf den Seiten 6-7 des angegriffenen Urteils ausgeführt, dass kein Fall einer für die klassischen Fallgruppen der mittelbaren Stellvertretung, der obligatorischen Gefahrentlastung und der Obhutspflichtverletzung kennzeichnenden zufälligen Schadensverlagerung (vgl. Oetker in MüKo, BGB, 8. Aufl. 2019, § 249 Rz. 289, 292) vorliegt und damit eine – nach Ansicht des Klägers zulässige – Drittschadensliquidation ausscheidet. Es liegt vielmehr eine Kettenbeauftragung vor, in der vertragliche Ansprüche nur im jeweiligen Vertragsverhältnis (Land-Kläger bzw Kläger-Beklagte) verfolgt werden können. 11
- d. Im Ergebnis ebenfalls zu Recht hat das Landgericht eine im Wege der ergänzenden Auslegung (§§ 133, 157 BGB) des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages vom 22.02./10.03.2010 stillschweigend vereinbarte Befugnis (vgl. dazu allgemein Oetker, a.a.O., Rz. 307 f) des Klägers zur (Drittschadens-)Liquidation des dem Land entstandenen Schadens verneint. 12
- Die Annahme einer in einem Subunternehmervertrag konkludent vereinbarten Möglichkeit der Drittschadensliquidation setzt voraus, dass für den Subunternehmer das Interesse des Hauptunternehmers, Schäden des Bauherrn zu liquidieren, erkennbar war und der Subunternehmervertrag Anhaltspunkte dafür bietet, dass sich der Subunternehmer - trotz der

Gefahr einer Vervielfachung seines Haftungsrisikos - auf dieses Interesse eingelassen hat (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 28.07.2017 - 19 U 27/17 = BauR 2018, 854 ff, Rz. 12; Feudner, [BauR 1984, 257](#), 259).

Für die Beklagte bestanden indes keine hinreichenden Anhaltspunkte, dass der Kläger ein Interesse daran hatte, in ihrem Vertragsverhältnis Schäden des Landes zu liquidieren. 13

(1) Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag vom 22.02./10.03.2010 enthält keine entsprechenden Hinweise auf die Einbeziehung der Landes-Interessen. Der Vertrag (BI 111 GA) verweist mit dem Passus „es gelten die Vertragsbedingungen des Hauptauftrages“ vollständig auf die Regelungen des zwischen den gleichen Parteien geschlossenen Vertrages vom 04./09.06.2009. Vertragsbestandteil dieses Vertrages ist u.a. die Anlage A (BI 84 GA), die „Allgemeine Vertragsbestimmungen zu den Verträgen mit freiberuflich Tätigen für die Durchführung von Bauaufgaben des Landes Nordrhein-Westfalen im Bereich des Bau- und Liegenschaftsbetriebes – AVB“ (BI 85-90 GA) wiedergibt. Diesen AVB ist kein besonderer Hinweis auf das Verhältnis des Klägers zu dem Land zu entnehmen. 14

(2) In dem zwischen dem Land und dem Kläger geschlossen Vertrag vom 21.07.2008 sind zwar Hinweise auf ein Interesse des Klägers, Schäden des Landes zu liquidieren, enthalten. Denn dort heißt es in § 11 Ziffer 2 im Zusammenhang mit den von dem Kläger im eigenen Namen geschlossenen Verträgen mit Ingenieuren: „Insofern haftet der ... [Kläger] wie seine Erfüllungsgehilfen, höchstens jedoch bis zu den Beträgen, die der ... [Kläger] von den Erfüllungsgehilfen erlangt.“ (BI 197 GA). Indes führt der Kläger selbst in der Berufungsbegründung mehrfach ausdrücklich aus, dass der Beklagten der Vertrag zwischen dem Land und dem Kläger vom 21.07.2008 gerade nicht bekannt gewesen ist (BI 319, 327 GA). 15

2. Ob die Beklagte im Vertragsverhältnis zum Kläger ihre Überwachungspflichten verletzt hat, kann dahin stehen, denn der Kläger hat jedenfalls keinen Schadenseintritt substantiiert. 16

a. Grundsätzlich ist der Schaden über eine Vermögensbilanz, also die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der durch das Werk geschaffenen Sache ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel, zu berechnen (s. Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 11. Teil Rz. 732). Diesen Ansatz hat auch das Landgericht in der angegriffenen Entscheidung verfolgt, wenn es auf Seite 6 des Urteils ausführt, der Schaden drücke sich in dem Minderwert der Überwachungsleistung trotz voller Vergütungszahlung aus. Trotz dieses spätestens in dem erstinstanzlichen Urteil erteilten Hinweises hat der Kläger in seiner Berufungsschrift zu einem entsprechenden Minderwert nicht weiter vorgetragen. 17

b. Aber auch wenn man darauf abstellt, die fehlerhafte Bauüberwachung habe sich bereits in dem Werk realisiert, womit als Schaden auf die tatsächlich entstandenen Mängelbeseitigungskosten abgestellt werden könnte, ist dem Kläger kein Schaden entstanden. 18

(1) Nicht der Kläger, sondern das Land hat die streitgegenständlichen Mängelbeseitigungskosten aufgewandt. 19

(2) Zwar könnte ein Schaden des Klägers auch in einer Inanspruchnahme seitens des Landes bestehen. Denn grundsätzlich ist auch die Belastung mit einer Verbindlichkeit ein Schaden (s. Grüneberg in Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 249 Rz. 4 mwN) und gemäß § 11 20

Ziffer 2 des Vertrages zwischen dem Land und dem Kläger vom 21.07.2008 haftet der Kläger dem Land ausdrücklich bis zur Höhe des Betrages, den er von seinen Erfüllungsgehilfen erlangt.

Einen etwaigen Anspruch auf Erstattung der ihm entstandenen Mängelbeseitigungskosten hat das Land gegenüber dem Kläger aber nicht geltend gemacht, so dass in dem hier maßgeblichen Verhältnis des Klägers zu der Beklagten sich eine etwaige Verbindlichkeitsbelastung nicht manifestiert hat. Zudem besteht im Fall einer Verbindlichkeitsbelastung kein Zahlungsanspruch (vgl. Grüneberg, a.a.O.), so dass dieser Schaden jedenfalls nicht das Klagebegehren trägt. 21

II. 22

Auch die weiteren Voraussetzungen, unter denen die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss zurückzuweisen ist, liegen vor. Dem Rechtsstreit kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu; es handelt sich um einen Streit, dessen Tragweite sich im konkreten Einzelfall erschöpft. Auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil. Eine mündliche Verhandlung im Berufungsverfahren ist nicht geboten. 23

III. 24

Auf die gemäß Nr. 1222 GKG-VV gerichtskostenreduzierende Wirkung einer Berufungsrücknahme wird ergänzend hingewiesen. 25