
Datum:	23.06.2009
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	23. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	I-23 U 140/08
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2009:0623:I23U140.08.00

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers wird das am 30.7.2008 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 400.979,27 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 37.163,16 € und Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 363.816,11 € jeweils seit dem 23.5.2007 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Entscheidung über die Aufrechnung der Beklagten mit einer Scha-densersatzforderung in Höhe von 44.423,08 € wegen durch 14-tägiger Bauzeitverlängerung entstandener Beschleunigungskosten bleibt dem Nachverfahren vorbehalten.

Die Kosten der ersten Instanz tragen die Beklagte zu 80 % und der Klä-ger zu 20 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagte zu 96 % und der Kläger zu 4 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Parteien wird gestattet, eine Vollstreckung des jeweiligen Gläubigers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aus dem Urteil gegen sie vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden

Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

I.	1
Der Kläger verlangt aus einem vorzeitig beendeten Projektsteuerungsvertrag vom 11.5.2005 über den Bau der A A Vergütung für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen in Höhe von insgesamt 489.283,34 €.	2
Der Projektsteuerungsvertrag wurde vor Abschluss der von dem Kläger zu erbringenden Leistungen von der Beklagten am 20.3.2007 gekündigt. Der Kläger geht davon aus, dass Werkvertragsrecht Anwendung findet und sich die geltend gemachten Ansprüche gemäß §§ 631, 649 BGB ergeben. Die Beklagte vertritt demgegenüber die Ansicht, dass Dienstvertragsrecht anwendbar sei mit der Folge, dass der Vertrag gemäß § 627 BGB kündbar gewesen sei; im Übrigen lägen aufgrund eines illoyalen Verhalten des Klägers und weiterer in seiner Sphäre begründeten Umstände auch Gründe für eine außerordentliche Kündigung eines etwaigen Werkvertrages vor. Hilfsweise rechnet die Beklagte mit Schadensersatzansprüchen in Höhe von 59.551,21 € auf. Gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts in dem angegriffenen Urteil Bezug genommen.	3
Das Landgericht hat durch ein Vorbehaltsurteil die Beklagte zur Zahlung von 404.806,99 € verurteilt und die Aufrechnung der Beklagten wegen Beschleunigungskosten von 44.423,08 € aufgrund einer 14tägigen Bauzeitverlängerung dem Nachverfahren vorbehalten. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt:	4
Das Vertragsverhältnis der Parteien unterliege dem Werkvertragsrecht. Dies ergebe sich aus dem Inhalt der Vereinbarung unter Berücksichtigung der einzelnen von dem Kläger zu erbringenden Leistungen. Die Leistungspflichten seien erfolgsbezogen und die Parteien selbst hätten auf das Werkvertragsrecht verwiesen. Für erbrachte Leistungen stehe dem Kläger gemäß § 631 BGB eine restliche Vergütung von 37.163,16 € zu. Das Honorar für die insgesamt erbrachten Leistungen betrage 533.729,55 €. Wegen nicht erbrachter Teilleistungen seien 5.957,73 € in Abzug zu bringen. Abzüglich der Abschlagszahlungen von 502.500 € ergebe sich die zuerkannte Restforderung. Wegen der nicht erbrachten Leistungen könne der Kläger gemäß § 649 Satz 2 BGB die vereinbarte Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen, die nach dem Zugeständnis des Klägers 10 % des Honorars ausmachten, verlangen. Die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung der Beklagten hätten bei Kündigungserklärung am 20.3.2007 nicht vorgelegen. Das Schreiben des Klägers vom 9.3.2007 an die Architektenkammer habe dazu gedient, eine Eskalation mit dem von der Beklagten beauftragten Architekten W zu vermeiden, und sei nicht Ausdruck eines illoyalen Verhaltens. Die Behördenkontakte des Klägers und seine Stellungnahme zu dem neuen Organisationsaufbau könnten ebenfalls nicht als ausreichender Kündigungsgrund gewertet werden. Die im April 2007 verfassten Schreiben des Klägers könnten die bereits zuvor ausgesprochene Kündigung nicht rückwirkend begründen. Soweit die Beklagte sich auf eine nicht weitergeleitete Ordnungsverfügung berufe, handele es sich um einen weit zurückliegenden Vorwurf, den die Beklagte schon wegen des Zeitablaufs nicht mehr zur Begründung der vorzeitigen Vertragsbeendigung heranziehen könne. Die übrigen geltend	5

gemachten Gründe der Beklagte seien weder gewichtig im Sinne einer Gefährdung des Vertragszweckes noch habe die Beklagte den Kläger abgemahnt. Die Kündigung vom 20.3.2007 habe das Vertragsverhältnis beendet. Dabei könne letztlich dahin stehen, ob die als außerordentlich erklärte Kündigung als freie Kündigung zu werten sei, denn jedenfalls sei einvernehmlich der Vertrag nicht fortgesetzt worden, so dass sich der Vergütungsanspruch aus § 649 Satz 2 BGB ergebe. Die im Mai 2007 zusätzlich erklärte Kündigung gehe ins Leere, hierauf komme es nicht mehr an. Das Honorar für nicht erbrachte Leistungen betrage netto 421.049,16 €. Wegen der ersparten Aufwendungen reduziere sich der Anspruch um 38.277,20 €. Umsatzsteuer sei nicht zu berechnen. Der Anspruch sei infolge der Aufrechnung um 15.128,13 € zu kürzen, denn der Kläger habe die Pegelbohrungen zur Erfüllung der Auflagen im Rahmen der Grundwasserüberwachung nicht ordnungsgemäß überprüft. Der daraufhin verordnete Baustopp habe bei der Beklagten Kosten für das Umsetzen eines Baugerätes verursacht. Ob darüberhinaus wegen des Baustopps der Beklagten weitere Kosten von 44.423,08 € als Beschleunigungsschaden entstanden seien, bedürfe der weiteren Nachprüfung im Nachverfahren.

Die Beklagte greift das Urteil mit ihrer Berufung an. Die Klägerin hat sich dem Rechtsmittel 6
angeschlossen.

Die Beklagte trägt unter Bezugnahme auf ihren Vortrag aus der ersten Instanz zur 7
Begründung ihres Rechtsmittels vor:

Das Landgericht habe nicht durch Vorbehaltsurteil entscheiden dürfen, dieses sei unzulässig. 8
Ein Vorbehaltsurteil dürfe nicht ergehen, wenn, wie hier, zwischen Forderung und Gegenforderung ein enger Zusammenhang bestehe. Ihr sei ein Schaden wegen einer fehlerhaften Leistung des Klägers, für die er eine Vergütung verlange, entstanden. Ihre Schadensersatzforderung beruhe unmittelbar auf der Schlechtleistung des Klägers. Selbst wenn man ihren Schaden als Mangelfolgeschaden bewerten wolle, sei die Ermessenausübung des Landgerichts fehlerhaft. Denn die Interessen und Schutzbedürfnisse beider Parteien seien zu berücksichtigen. Dabei müsse beachtet werden, dass der Kläger durch eine Bürgschaft nach § 648a BGB gesichert sei, während ihre Schadensersatzforderungen ungesichert seien. Zudem habe das Landgericht zutreffend bereits die Voraussetzungen ihres Schadensersatzanspruches bejaht. Das Urteil des Landgerichts sei auch materiell-rechtlich unrichtig. Wegen der nicht erbrachten Leistungen vor Kündigung sei ihr Vortrag, diese seien mit 50.000 € zu bewerten, angesichts der Darlegungs- und Beweislast des Klägers ausreichend. Dabei sei zu berücksichtigen, dass unstreitig die Leistung Projekthandbuch auf 1/10 des marktüblichen Umfangs reduziert worden sei. Die Annahme, es sei Werkvertragsrecht anzuwenden, sei falsch. Der Vertrag beurteile sich vielmehr nach Dienstvertragsrecht. Das Urteil lasse eine umfassende Analyse der vertraglichen Leistungspflichten vermissen. Der Schwerpunkt der geschuldeten Leistungen betreffe Dienste und sei nicht erfolgsbezogen. Daraus folge, dass der Kläger ein Honorar nur für tatsächlich erbrachte Leistungen verlangen könne. Selbst wenn man Werkvertragsrecht anwenden wollte, sei ihre Kündigung als außerordentliche Kündigung begründet. Die Anforderungen des Landgerichts an die Kündigungsgründe seien überspannt. Die persönlichen Bindungen der Vertragspartner und die notwendige gegenseitige Loyalität seien zu wenig berücksichtigt. Das Schreiben des Klägers an die Architektenkammer habe ihr Vertrauensverhältnis zum Kläger nachhaltig gestört, zumal der Kläger ihr darin unberechtigterweise Vertragsbruch vorwerfe. Sie werde als durch das Architektenbüro W manipulierbar dargestellt. Das Schreiben habe nicht der Deeskalation gedient, denn wenn der Kläger das gewollt hätte, hätte er sie unmittelbar ansprechen können und müssen. Die späteren Schmähschreiben des Klägers nach Ausspruch der Kündigung machten offenbar,

dass es ihr nicht zumutbar gewesen sei, den Vertrag fortzusetzen. Diese Schreiben bestätigten die im Zeitpunkt der Kündigungserklärung vorzunehmende Prognose. Der Kläger, der kein Recht gehabt habe, für sie, die Beklagte, Behördenkontakte vorzunehmen, habe sich entgegen ihrer Weisung nicht daran gehalten. Er habe sich gerade nicht mit ihr abgestimmt und dadurch bei der Behörde interne Kompetenzkonflikte offenbart. Der Kläger habe gegenüber der Behörde vertragswidrig seine Zuständigkeit als Vertreter der Beklagten behauptet. Auch dieser Vertrauensbruch sei bei der Bewertung der Kündigungsgründe maßgeblich zu berücksichtigen. Das Landgericht habe das Verhalten des Klägers, das zum Baustopp geführt hatte, zu Unrecht nicht als Kündigungsgrund berücksichtigt. Denn von dem Verhalten des Klägers habe sie erst im Februar 2007 erfahren. Die Email vom 13.2.2007 und das Schreiben vom 9.3.2007 seien konkrete Abmahnungen wegen der Vertragsverstöße des Klägers. Auch mit den weiteren Pflichtverletzungen des Klägers, die sie für die Begründung ihrer Kündigung herangezogen habe, hätte sich das Landgericht inhaltlich auseinandersetzen müssen. Das gelte für die Nichtüberprüfung der Möglichkeit eines Folienkissendaches, die Weigerung des Klägers, indikative Preisangaben einzuholen oder zu erarbeiten, sowie die unzumutbaren Vertragsentwürfe des Klägers. Jedenfalls in ihrer Gesamtheit seien die Gründe ausreichend gewesen, um die sofortige Vertragsbeendigung zu rechtfertigen. Letztlich enthalte die Entscheidung des Landgerichts wegen der ersparten Kosten einen Rechenfehler. Die Anschlussberufung sei unbegründet. Die ausführende Bauunternehmerin habe sich korrekt verhalten und nicht unnötige Kosten durch ein "Vorpellen" ohne Teilbaugenehmigung verursacht. Den Verschuldensvorwurf habe der Kläger nicht ausgeräumt.

Die Beklagte beantragt,

9

1. unter Aufhebung des angefochtenen Urteils den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen; 10
2. im Falle einer eigenen Sachentscheidung das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen. 11
3. die Anschlussberufung zurückzuweisen. 12

Der Kläger beantragt,

13

1. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen; 14
2. der Klage in Höhe von weiteren 11.300,41 € sowie Zinsen auf die gesamte Klageforderung in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.5.2007 stattzugeben. 15

Der Kläger trägt zur Erwiderung auf die Berufung der Beklagten und zur Begründung seines Anschlussrechtsmittels unter Bezugnahmen auf seinen Vortrag aus der ersten Instanz vor: 16

Das Landgericht habe sein Ermessen zutreffend angewandt und zu Recht ein Vorbehaltsurteil erlassen. Der zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch stehe dem nicht entgegen. Anders als bei Mangelbeseitigungs- oder Fertigstellungsansprüchen gehe es hier nicht um eine Forderung, auf die die Beklagte eine Leistungsverweigerung stützen könne. Zudem müsse der im Vergleich zur Klageforderung geringe Wert der Aufrechnung ebenso berücksichtigt werden wie der Umstand, dass die Aufrechnungsforderung unsubstantiiert sei. Angesichts des Umstandes, dass er, der Kläger, mit der hier streitigen Forderung maßgeblich seinen Lebensunterhalt bestreite, sei ein Vorbehaltsurteil vielmehr geboten. Die materiell-rechtlichen Einwände der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil 17

seien unberechtigt. Die Abzüge für bis zur Kündigung nicht erbrachte Teilleistungen seien zutreffend berechnet. Auf das Projekthandbuch sei einvernehmlich verzichtet worden. Die gesamten Vertragsleistungen verdeutlichten, dass der Kläger erfolgsorientierte Leistungen geschuldet habe und das Landgericht deshalb zu Recht von der Anwendbarkeit des Werkvertragsrecht ausgegangen sei. Die von der Beklagten vorgeschobenen Gründe rechtfertigten eine außerordentliche Kündigung nicht. Das Schreiben an die Architektenkammer enthalte nur eine standesrechtliche Auseinandersetzung zwischen ihm und dem Architektenbüro W, verletze aber nicht das Vertrauensverhältnis zur Beklagten. Die von der Beklagten herangezogenen angeblichen Schmähschreiben seien als nachträgliche Schreiben unbeachtlich. Weisungswidrige Behördenkontakte hätten tatsächlich nicht vorgelegen. Er habe keine Angaben zu dem Baustopp verheimlicht, sondern sei davon ausgegangen, dass der Beklagten alle Details bekannt gewesen seien. Es gelinge der Beklagten nicht, die fehlenden Abmahnungen nachträglich zu konstruieren. Die weiter vorgeworfenen Pflichtverletzungen lägen nicht vor und würden selbst im Falle ihrer Verwirklichung eine außerordentliche Kündigung nicht rechtfertigen. Hinsichtlich der ersparten Aufwendungen liege zwar ein Rechenfehler vor. Den überschießenden Betrag lasse er sich anrechnen im Rahmen der Berechnung der Anschlussberufungsforderung. Die vom Landgericht berücksichtigte Aufrechnung von 15.128,13 € sei unberechtigt. Die Anschlussberufung berechne er aber nur in Höhe von 11.300,41 €. Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches wegen der unzureichenden Bohrungen habe das Landgericht zu Unrecht bejaht. Verursacht worden seien Mehrkosten allenfalls durch das Verhalten des bauausführenden Unternehmers, der vorzeitig mit Arbeiten begonnen habe. Ein Verschuldensvorwurf könne ihm unter Berücksichtigung des Bauablaufs nicht gemacht werden. Fehlerhaft und im Wege der Anschlussberufung zu korrigieren sei letztlich auch der vom Landgericht berücksichtigte Zinssatz, da er Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verlangen könne.

II. 18

Die Berufung und die Anschlussberufung sind zulässig und teilweise begründet. 19

A. 20

Es ist nicht zu beanstanden, dass das Landgericht durch ein Vorbehaltsurteil entschieden und der Klage unter Vorbehalt einer Klärung der zur Aufrechnung gestellten Forderung stattgegeben hat. Es steht im Ermessen des Gerichts, ob es von der in § 302 ZPO eingeräumten Möglichkeit zum Erlass eines Vorbehalts im Falle einer Aufrechnung des Beklagten gegen eine entscheidungsreife Klageforderung Gebrauch macht. Die Ermessenentscheidung ist in der Berufungsinstanz nur auf Ermessensfehler und auf Nichtgebrauch des Ermessens überprüfbar (Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Auflage 2009, § 302 Rn. 6 und 8). Bei der Überprüfung der Ermessenentscheidung darf der Senat nur das Vorliegen der Voraussetzungen für das Vorbehaltsurteil nachprüfen, nicht die Angemessenheit des Vorbehaltsurteils (vgl. dazu Baumbach/Lauterbach/Albers/ Hartmann, § 302 Rn. 11). Ermessensfehler, die eine Änderung der Entscheidung des Landgerichts erforderlich machen würden, liegen nicht vor. 21

Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen hat zu einer Änderung des § 302 ZPO geführt. Danach kann ein Vorbehaltsurteil anders als nach der früheren Rechtslage auch ergehen, wenn die Aufrechnung mit solchen Ansprüchen erklärt wird, die mit der in der Klage geltend gemachten Forderung in rechtlichem Zusammenhang stehen. Demzufolge ist ein Vorbehaltsurteil an sich auch dann möglich, wenn gegen den Werklohn mit einem auf Zahlung gerichteten Mängelanspruch aufgerechnet wird. Der Auftragnehmer hat jedoch kein 22

schützenswertes Interesse an einem schnellen Titel, wenn er mangelhaft geleistet hat (vgl. dazu Kessen BauR 2005, 1691, 1695). Denn dann hat er die Gegenleistung für die verlangte Vergütung noch nicht erbracht. Der Bundesgerichtshof hat dem durch § 302 Abs. 1 ZPO dem Gericht eingeräumten Ermessen unter diesem Aspekt Grenzen gesetzt. Ein Vorbehaltsurteil ist danach grundsätzlich als ermessenfehlerhaft ausgeschlossen, wenn der Auftraggeber gegenüber der Werklohnforderung mit einem Anspruch aus demselben Vertragsverhältnis auf Ersatz der Kosten der Mängelbeseitigung oder der Fertigstellung aufrechnet. Dies ist damit begründet, dass den Zahlungsansprüchen ein Leistungsverweigerungsrecht vorausgeht, das, solange es besteht, ein Zurückbehaltungsrecht ausschließt. Geht das Leistungsverweigerungsrecht in einen Zahlungsanspruch über, weil der Unternehmer nicht erfüllt und zudem auch die Frist zur Nacherfüllung hat verstreichen lassen, wäre es unbillig, diesen bezüglich der Möglichkeit des Vorbehaltsurteils besser zu stellen. Denn die aufgerechneten Gegenansprüche dienen ebenso wie das Leistungsverweigerungsrecht dazu, das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung herzustellen. Die Unsicherheit, ob der geltend gemachte Anspruch besteht, fällt wie bei der Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts dem Unternehmer zur Last (BGH, Urt. v. 24.11.2005, VII ZR 304/04, BGHZ 165, 134 = BauR 2006, 411; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage 2008, 20. Teil, Rn. 61 ff).

Vorliegend ist, anders als bei der vorstehend dargelegten Entscheidung des Bundesgerichtshofs, das Ermessen des Gerichts nicht wegen der synallagmatischen Verbindung Leistung und Gegenleistung reduziert. Der zur Aufrechnung gestellte Anspruch betrifft einen Behinderungsschaden. Die Störung des synallagmatischen Verhältnisses, steht bei einem derartigen Schaden nicht in Rede. In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof auch bei Mangelfolgeschäden, die unabhängig von einer Nachbesserung eintreten, entschieden und ausgeführt, dass bei Mangelfolgeschäden, die mit dem Werklohnanspruch nicht in synallagmatischer Verbindung stehen, die einschränkenden Grundsätze für das Vorbehaltsurteil nicht gelten (BGH, Urt. v. 27.9.2007, VII ZR 80/05, NJW-RR 2008, 31). Das Vorbehaltsurteil hat, weil der Architekt bei eingetretenen Schäden infolge mangelhafter Tätigkeit nur Schadensersatz und nicht Mängelbeseitigung schuldet, im Architektenrecht seine besondere Bedeutung (vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2000, 21 U 38/00, BauR 2001, 290; ebenso Kuffer/Wirth/Neumeister, Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, 2. Auflage 2008, Kapitel D Rn. 326; Kniffka/Koeble, a.a.O. 12. Teil Rn. 387).

23

Ein Vorbehaltsurteil ist allerdings ausgeschlossen, wenn auch die zur Aufrechnung gestellte Forderung entscheidungsreif ist. Das ist hier jedoch jedenfalls wegen der Höhe des Schadensersatzanspruches nicht der Fall (siehe dazu unten).

24

Das Landgericht hat unter Abwägung der beiderseitigen Interessen, insbesondere dem Interesse des Klägers an einer zügigen Erledigung seines entscheidungsreifen Anspruches und dem durch § 707 ZPO gewährten Vollstreckungsschutz der Beklagten sein Ermessen zu Gunsten eines Vorbehaltsurteils ausgeübt. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Das Gericht hat die gewichtigen Interessen des Klägers an einem Zahlungstitel berücksichtigt und demgegenüber die Interessen der Beklagten abgewogen. Dabei hat es beachtet, dass ohne Berücksichtigung der Aufrechnungserklärung die Klage entscheidungsreif wäre und der Rechtsstreit durch ein Urteil zu Gunsten des Klägers abgeschlossen würde. Deshalb kann regelmäßig das Interesse des Klägers an einer raschen Entscheidung seiner sonst entscheidungsreifen Klage Vorrang beanspruchen (Musielak ZPO, 6. Auflage 2008, § 302 Rn. 7). Hierbei hat das Landgericht die Schutzinteressen der Beklagten durch den gesetzlichen Vollstreckungsschutz als gewahrt angesehen. Der Umstand, dass die

25

Vergütungsforderung durch eine Bürgschaft gemäß § 648a BGB gesichert ist, rechtfertigt nicht die Annahme, die Überlegungen des Landgerichts seien ermessenfehlerhaft. Denn der wirtschaftlichen Verfügungsbefugnis über eine derart hohe Vergütungsforderung, die ersichtlich dem Lebensunterhalt des Klägers (mit)dient, steht eine bloße Absicherung von Ansprüchen nicht gleich. Das gilt gerade auch unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Höhe der wechselseitig geltend gemachten Forderungen.

B.	26
Dem Kläger steht gegen die Beklagte für erbrachte Leistungen ein Vergütungsanspruch gemäß § 631 BGB in Höhe von 37.163,16 € zu.	27
1.	28
Der zwischen den Parteien des Rechtsstreits geschlossene Vertrag ist ein Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB.	29
Die rechtliche Einordnung des Projektsteuerungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertrags- oder Werkvertragscharakter entscheidet sich danach, worin der Schwerpunkt der Leistungspflichten des Projektsteuerers liegt (BGH, Urt. v. 10.6.1999, VII ZR 215/98, NJW 1999, 3118; BGH, Beschluss v.25.1.2007, VII ZR 112/06, BauR 2007, 724). Die Projektsteuerung betrifft regelmäßig Beratungs-, Koordinations- und Kontrollleistungen. Damit sind sowohl dienstvertragliche als auch werkvertragliche Elemente Gegenstand der Leistungspflichten. Durch Auslegung des Vertrages ist festzustellen, ob die erfolgsorientierten Leistungspflichten oder die rein tätigkeitsbezogenen Aufgaben des Projektbetreuers den Vertrag prägen. Wird dem Projektsteuerer die Ermittlung von Vorgaben für die Projektbeteiligten sowie deren Überwachung auf Einhaltung und gegebenenfalls ein steuerndes Eingreifen bei einem Bauprojekt übertragen, wird in aller Regel das werkvertragliche Element den Vertrag prägen. Denn Ziel ist ein erfolgreicher Projektabschluss und damit ein werkvertraglicher Leistungserfolg (Locher/Koeble/Frik, HOAI, 9. Auflage 2005, § 31 Rn. 19 mit weiteren Nachweisen). Von daher wird der Projektsteuerungsvertrag nur im Ausnahmefall als Dienstvertrag anzusehen sein (Korbion/Mantscheff/Vygen/Seifert, HOAI, 7. Auflage 2009, § 31 Rn. 5; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage 2008, 12. Teil Rn. 356, 357; Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, Privates Baurecht, 2008, B, Rn. 2; 15). Insbesondere dann, wenn Kontroll- und Überwachungspflichten geschuldet werden, ist der Vertrag als Werkvertrag zu klassifizieren (ausführlich Thode/Wirth/Kuffer, Praxishandbuch Architektenrecht, § 19 Rn. 55 ff). Überwachungsaufgaben des Projektsteuerers, insbesondere die technische Überwachung, ist eine erfolgsbezogene und damit werkvertragliche Angelegenheit. Überwachung und Steuerung sind werkvertragliche Kardinalpflichten des Projektsteuerers (Korbion/Mantscheff/Vygen/Seifert, HOAI, 7. Auflage 2009, § 31 Rn. 5).	30
Der Schwerpunkt der vertraglichen Leistungspflichten des Klägers war nach Maßgabe der vorstehenden Grundsätze erfolgsbezogen. In Ziffer 3.2 des Vertrages sind als Leistungspflichten festgehalten: die Vorbereitung der Beantragung der Baugenehmigung, die Erstellung der Projekt-Statusdokumentation, die Abstimmung mit dem Auftraggeber wegen des zu verwirklichenden Projektprogramms zu Qualitäten, Quantitäten, Kosten, Termine und Wirtschaftlichkeit, die Vorbereitung der stufenweisen Beauftragung der an der Planung fachlich zu Beteiligten sowie die Steuerung der Projektbeteiligten während der Fertigung der für die Beantragung der Baugenehmigung unerlässlichen Objektunterlagen. Die Leistungen dienten danach der weitgehenden Entlastung des Auftraggebers und der	31

Sicherung und Steuerung von Kosten, Terminen und Qualitäten sowie die Koordinierung des Ablaufs. Derartige Koordinierungs-, Steuerungs- und Kontrollleistungen sind typische erfolgsorientierte Leistungen (vgl. auch OLG Naumburg, Urt. v. 14.3.2008, 10 U 64/07, IBR 2009; OLG Frankfurt, Urt. v. 24.4.2006, 8 U 131/05, BauR 2007, 1107 [Leitsatz], IBR 2007, 317; OLG Dresden, Urt. v. 21.6.2001, 16 U 3229798; OLG Hamburg, Urt. v. 3.9.2002, 9 U 8/02, NJW-RR 2003, 1670). Der Beklagten als Auftraggeberin kam es auf das Arbeitsergebnis an, das mit Hilfe der Steuerung des Klägers erreicht werden sollte. Sie wollte, dass als Erfolg die kostengünstige und gleichzeitig qualitätswahrende Umsetzung ihrer Vorstellungen erbracht wird. Der Auftragnehmer seinerseits versprach die Erzielung dieses Erfolges. Da er die Vorgaben der Auftraggeberin kannte und die Möglichkeiten der Umsetzung abzuschätzen vermochte, übernahm er eine kalkulierbare Erfolgshaftung. Der erfolgreiche Projektabschluss und damit ein Werkerfolg war nach dem Verständnis der Vertragspartner Ziel der Leistungen des Klägers. Dies wird durch die Beschreibung der Einzelleistungen in der Anlage 1 des Vertrages noch verdeutlicht. Darin sind die einzelnen Leistungsbilder verschiedenen Handlungsbereichen zugeordnet. Neben unterstützender, mitwirkender und vorbereitender Tätigkeit ist zum Leistungsbild "Organisation, Information, Koordination und Dokumentation" unter anderem festgehalten, dass der Kläger die Koordination, die Dokumentation, die Qualitätskontrolle, die Statusermittlung und -bewertung, die Kosten- und Terminkontrolle sowie die Erstellung eines Berichts als Grundlage für die Abstimmung im Hinblick auf die weitere Projektentwicklung schuldet. Im Handlungsbereich "Qualitäten und Quantitäten" übernahm der Kläger unter anderem die Mitwirkung bei der Auswahl von Planern, die Einholung, Prüfung und Bewertung von Angeboten, schriftliche Vergabeempfehlungen einschließlich Vertragsvorschlag mit Begründung, Prüfung der Arbeitsergebnisse der Planer mit Einbeziehung sachgerechter Varianten, Kontrolle der Vorgehensweise der Planer bei der Prüfung von Angeboten und die Kontrolle der Planer im Hinblick auf die sachgerechte Objektüberwachung. Im Handlungsbereich "Kosten und Finanzierung" übernahm der Kläger unter anderem die Planung und Fortschreibung von Mittelbedarf und Mittelabfluss, die Prüfung von Zahlungsfreigaben, die Kostenkontrolle und Kostensteuerung, Kontrolle der von den Planern vorzunehmenden Rechnungsprüfung sowie die Freigabe von Sicherheitsleistungen. Im Handlungsbereich "Termine und Kapazitäten" oblag es dem Kläger den Rahmenterminplan für das Gesamtprojekt sowie Teilterminpläne und Feinterminpläne zu erstellen und fortzuschreiben sowie den Ablauf des Bauvorhabens zu steuern. Alle diese aufgeführten Tätigkeiten, die den Kernbereich der jeweiligen Handlungsbereiche ausmachen, sind Tätigkeiten, bei denen der Kläger den Erfolg seiner Leistungen und nicht nur die Dienstleistung als solche schuldet. Auch in sonstigen Bereichen der Leistungspflichten, z.B. im Rahmen der Prüfung und der Erstellung von Vorgaben für den Versicherungsschutz, bezogen sich die Aufgaben des Klägers auf den Leistungserfolg. Die dienstvertraglichen Elemente in den einzelnen Handlungsbildern, etwa die Teilnahme an Besprechungen und Beratungen, sind dagegen von untergeordneter Bedeutung. Die Vertragspartner haben zudem auch in den Regelungen des Vertrages zur Haftung deutlich gemacht, dass die Leistungen des Klägers hinsichtlich der Gewährleistung und Schadensersatzhaftung an dem geschuldeten Erfolg zu messen waren. Denn in der Anlage 2 des Vertrages heißt es unter Ziffer 9, dass der Auftragnehmer die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik schuldet und verlangen kann, ihm die Mangelbeseitigung zu übertragen. Der Kläger und die Beklagte haben damit die Erfolgshaftung, die maßgebliches Kennzeichen des Werkvertrages ist, ausdrücklich vereinbart.

Unabhängig von der Frage, ob die Beklagte zur Kündigung berechtigt war, steht dem Kläger für die bis zur Vertragsbeendigung erbrachten Leistungen eine Vergütung zu. Die berechtigte Kündigung aus wichtigem Grund wirkt nur für die Zukunft. Dem Unternehmer bleibt daher – ebenso wie bei der unberechtigten bzw. freien Kündigung – grundsätzlich der Anspruch auf Vergütung für die bisher erbrachten Leistungen erhalten, deren Umfang er auf der Grundlage des Werkvertrages berechnen kann (BGH, Urt. v. 26.7.2001, X ZR 162/99, NZBau 2001, 621, 622; BGH, Urt. v. 10. Mai 1990 - VII ZR 45/89, NJW-RR 1990, 1109). Der Vergütungsanspruch auch für die erbrachten Leistungen entfällt bei einer berechtigten außerordentlichen Kündigung nur dann, wenn die erbrachten Teilleistungen insgesamt unbrauchbar sind oder selbst bei Mangelfreiheit der erbrachten Teilleistungen deren Verwertung dem Auftraggeber aus sonstigen Gründen nicht zugemutet werden kann (BGH, Urt. v. 5.6.1997, VII ZR 124/96, BGHZ 136, 33, 38 = NJW 1997, 3017, 3018; Prütting/Wegen/Weinreich/ Leupertz, BGB, 4. Auflage 2009, § 649 Rn. 20). Dass ein derartiger Ausnahmefall eines Wegfalls des Vergütungsanspruches für erbrachte Leistungen hier vorläge, behauptet die Beklagte nicht. Der von beiden Parteien vorgetragene Sachverhalt bietet für eine solche Annahme keine Grundlage.

Das Landgericht hat den unter Berücksichtigung der Abschlagszahlungen sich ergebenden restlichen Honoraranspruch des Klägers für erbrachte Leistungen zutreffend mit 37.163,16 € berechnet. Auf die Ausführungen des Landgerichts in dem angegriffenen Urteil wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. Die Beklagte greift diese Berechnung nur insoweit an, als nach ihrer Auffassung der Abzug für die nicht gefertigten Projektstandberichte – das Landgericht hat den vom Kläger in Abzug gebrachten Betrag von 5.957,73 € zugrunde gelegt – zu gering ist. Der Einwand der Beklagte ist im Ergebnis nicht berechtigt.

34

Es ist unstreitig, dass diese Leistungen bis zum Kündigungszeitpunkt bereits erbracht sein mussten. Es handelt sich daher nicht um Leistungen, die infolge der Kündigung nicht mehr zu erbringen waren und unter dem Aspekt des § 649 Satz 2 BGB zu prüfen sind. Die nicht erbrachten fällig gewordenen Teilleistungen rechtfertigen eine Minderung des Honorars. Haben die Parteien vereinbart, dass der Projektsteuerer bestimmte Leistungen als Teilerfolge der Gesamtleistung zu erbringen hat, die in bestimmten Zeiträumen zu erbringen sind und deren Nachholung für den Auftraggeber ohne Interesse ist, ist die Vergütung zu mindern. Dies entspricht der vom Bundesgerichtshof entwickelten Rechtsprechung zur Minderung des Architektenhonorars im Falle geschuldeter, aber nicht erbrachter Teilleistungen (BGH, Urt. v. 11.11.2004, VII ZR 128/03, BauR 2005, 400; BGH, Urt. v. 24.6.2004, VII ZR 259/02, BGHZ 159, 376 = BauR 2004, 1640). Die Höhe der Minderung muss, da die Kürzung auf Leistungsstörungenrecht bzw. Gewährleistungsrecht beruht - im Streitfall der Auftraggeber beweisen, wobei es zunächst dem Auftragnehmer im Rahmen einer sekundären Darlegungslast obliegt, die auf die nicht erbrachten Teilleistungen entfallenden Vergütungsanteile darzulegen. Dieser sekundären Darlegungslast ist der Kläger nachgekommen. Er hat detailliert erläutert, wie die Vergütung für das nicht erstellte Projekthandbuch, Projektberichte, Leistungs- und Risikoanalysen zu berechnen sind. Hierzu hat er den Umfang der geschuldeten, aber nicht erbrachten Teilleistungen dargelegt und diesen in das Verhältnis zu den Gesamtleistungen gesetzt. Daraus ergibt sich, dass die bis zur Kündigung geschuldeten, aber nicht erbrachten Leistungen eine Kürzung des Honorars um 0,55 % rechtfertigen. Mit diesen Ausführungen hat sich die Beklagte nicht konkret auseinandergesetzt, sondern lediglich pauschal "ins Blaue hinein" behauptet, das Honorar sei um 50.000 € zu kürzen, dies sei angemessen. Ihr Vortrag ist, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, unzureichend und rechtfertigt weitere Beweiserhebungen nicht.

35

C.

Soweit der Kläger infolge der vorzeitigen Vertragsbeendigung keine Leistungen mehr erbringen musste, steht ihm ein Anspruch gemäß § 649 Satz 2 BGB in Höhe von 378.944,24 € zu. 37

1. 38

Der Vergütungsanspruch für nicht erbrachte Leistungen unter Abzug ersparter Aufwendungen ist nicht aufgrund einer berechtigten außerordentlichen Kündigung der Beklagten entfallen. Kündigt der Besteller aus wichtigem Grund, gilt § 649 Satz 2 BGB nicht, wenn der Auftragnehmer den Kündigungsgrund verschuldet hat. In einem solchen Fall kann der Unternehmer eine Vergütung für noch nicht erbrachte Leistungen nicht verlangen (BGH, Urt. v. 15.2.2005, X ZR 47/03, BGHReport 2005, 887; BGH, Urt. v. 12.2.2003, X ZR 62/01, BauR 2003, 880; BGH, Urt. v. 25.3.1993, X ZR 17/92, WM 1993, 1474; Korbion/Mantscheff/Vygen/Wirth, a.a.O. Einf. Rn. 167). Das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ist für den Werkvertrag auch nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes für den Werkvertrag anwendbar (BGH, Beschl. v. 27.11.2008, X ZR 202/07, ZfBR 2009, 241 [ohne weitere Begründung]; BGH, Urt. v. 26.3.2008, X ZR 70/06, NJW-RR 2008, 1155 [unter Anwendung der Grundsätze des § 314 BGB]; Messerschmidt/Voit/Oberhauser, Privates Baurecht, § 649 Rn. 60 mit weiteren Nachweisen). Auch wenn es sich bei einem Bauvertrag nicht um ein eigentliches Dauerschuldverhältnis im Sinne des § 314 BGB handelt, ist die gewohnheitsrechtlich für den Bauvertrag als Langzeitvertrag anerkannte Kündigung aus wichtigem Grund unter Anwendung der Grundsätze des § 314 BGB weiterhin anzuerkennen (vgl. dazu ausführlich Kniffka, Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 26.5.2009, § 649 Rn. 5 ff). 39

Ein wichtiger Kündigungsgrund lag entgegen der Ansicht der Beklagten jedoch nicht vor. Der Auftraggeber ist zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt, wenn Vertragsverletzungen des Auftragnehmers von solchem Gewicht vorliegen, dass eine Fortsetzung des Vertrages für den Auftraggeber unzumutbar ist (BGH, Urt. v. 12.2.2003, X ZR 62/01, BauR 2003, 880; BGH, Urt. v. 11.9.2002, VII ZR 344/01, NJW-RR 2003, 13; BGH, Urt. v. 4.5.2000, VII ZR 53/99, NJW 2000, 2988; BGH, Urt. v. 23.5.1996, VII ZR 140/95, BauR 1996, 704). An das Vorliegen eines vom Projektsteuerer zu vertretenen wichtigen Grundes sind strenge Anforderungen zu stellen (Kniffka/Koeble, a.a.O. 12. Teil Rn. 109 zur Kündigung des Architektenvertrages). Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist der Zeitpunkt der Kündigung. Besteht der Grund für die Kündigung in einer Vertragsverletzung, ist gem. § 314 Abs. 2 BGB zudem grundsätzlich eine Fristsetzung zur Abhilfe oder eine erfolglose Abmahnung Voraussetzung für die Kündigung (BGH, Urt. v. 26.3.2008, X ZR 70/06, NJW-RR 2008, 1155). Die von der Beklagten erhobenen Vorwürfe rechtfertigen weder jede für sich, noch in ihrer Gesamtheit die außerordentliche Kündigung vom 20.3.2007. 40

a) 41

Dass der Kläger sich mit Schreiben vom 9.3.2007 an die Architektenkammer gewandt und gegen den von der Beklagten beauftragten Architekten W "Anzeige wegen berufsschädigenden Verhaltens und vorsätzlicher Unkollegialität" erhoben hat, rechtfertigt eine außerordentliche Kündigung nicht. Mit seinem Schreiben wendet sich der Kläger nur gegen das Verhalten des Architekten. Der Kläger weist in dem Schreiben ausdrücklich darauf hin, dass er die Entscheidung der Beklagten, das Architekturbüro als Projektleitung und Ansprechpartner der Bauherrin einzusetzen, als sachgerecht einschätzt. Aus seiner Sicht, so 42

der Kläger in diesem Schreiben, benutze der Architekt W seine Stellung dazu, in das Vertragsverhältnis zwischen ihm, dem Kläger, und der Beklagten einzugreifen, was letztlich das Projektziel gefährden könne. Zwar führt der Kläger in dem Schreiben auch aus, dass die Beklagte eklatant in sein Vertragsverhältnis eingegriffen habe. Dieser Hinweis erfolgt jedoch zur Begründung des behaupteten unkollegialen Verhaltens des Architekten W, der nach Auffassung des Klägers diesen Eingriff in die Vertragsstruktur veranlasst hatte. Im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung des Schreibens, kann diese Ausführung des Klägers nicht als Affront gegen die Beklagte und erheblichen Vertrauensbruch gewertet werden. Das Schreiben enthält entgegen der Auffassung der Beklagten weder eine Rufschädigung noch wird sie als manipulierbar dargestellt. Allein die Schilderung, dass der Architekt W die Beklagte davon überzeugt habe, die Vertragsstrukturen zu ändern, lässt bei verständiger Würdigung nicht den Schluss zu, die Beklagte sei manipulierbar im Sinne von beherrschbar oder lenkbar bzw. fremdgesteuert. Eine Zusammenarbeit mit dem Kläger, der seine vertraglich vereinbarten Rechte durch das Eingreifen eines Dritten gefährdet sah und sich gegen den Dritten wendet, war für die Beklagte dadurch nicht unzumutbar geworden.

b) 43

Die Beklagte beruft sich in dem Erläuterungsschreiben ihrer Prozessbevollmächtigten zur Kündigungserklärung darauf, dass der Kläger am 26.2.2007 weisungswidrig Behördenkontakte gepflegt habe, wodurch auf Seiten der Behörde Irritationen über den Ansprechpartner und die Verlässlichkeit des Bauherrn entstanden seien. Dies rechtfertigt die außerordentliche Kündigung aus mehreren Gründen nicht. 44

aa) 45

Selbst wenn man unterstellt, dass der Kläger nicht berechtigt war, gegenüber Behörden für die Beklagte aufzutreten und Erklärungen abzugeben, und weisungswidrig handelte, hätte das Verhalten des Klägers nur dann eine Kündigung gerechtfertigt, wenn der Kläger dieses Verhalten trotz Abmahnung fortgesetzt hätte (zur Notwendigkeit der Abmahnung als Kündigungsvoraussetzung siehe BGH, Urt. v. 26.3.2008, X ZR 70/06, NJW-RR 2008, 1155; BGH, Urt. v. 23.5.1996, VII ZR 140795, NJW 1996, 1108; Kniffka, Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 26.05.2009, § 649 Rn. 40; Messerschmidt/Voit/Oberhauser a.a.O. § 649 Rn. 64 mit weiteren Nachweisen). Das Projektziel war durch das Auftreten des Klägers, der sich zu sachlichen Fragen an die Behörde gewandt hat, nicht in einer Weise gefährdet, dass eine sofortige Vertragsbeendigung ohne Abmahnung wegen einer überaus schwerwiegenden Vertragsverletzung möglich gewesen wäre. Das Abmahnschreiben der Beklagten vom 20.2.2007 betrifft nur Fragen der Dokumentation und Vertragsgestaltung wegen einer Preisgleitklausel des Rohbauvertrages. Das hier streitige Verhalten des Klägers ist darin nicht angesprochen. Sonstige Abmahnungen bezüglich des Auftretens gegenüber Behörden trägt die Beklagte nicht vor. 46

bb) 47

Das Auftreten des Klägers gegenüber dem Bauamt bedeutet keine schwerwiegende Verletzung des Vertrauensverhältnisses zur Beklagten. Zu den Leistungspflichten des Klägers gehörte es unter anderem, den Auftraggeber im Rahmen von Verhandlungen gegenüber Behörden zu unterstützen (Ziffer 1.1.3 der Anlage 1 zum Projektsteuerungsvertrag –), an Besprechungen mit Genehmigungsbehörden teilzunehmen (Ziffer 1.1.5 der Anlage 1 zum Projektsteuerungsvertrag Leistungsbild Organisation, Information, Koordination), beim Einholen der erforderlichen bauordnungsrechtlichen Auskünfte und Genehmigung mitzuwirken (Ziffer 1.3.1 der Anlage 1 zum Projektsteuerungsvertrag Handlungsbereich 48

Recht). In der Anlage 2 des Vertrages heißt es in Ziffer 3.1. ausdrücklich: "Der Auftragnehmer ist zur Wahrung der Rechte und Interessen des Auftraggebers im Rahmen der ihm übertragenen Leistungen berechtigt." Auch wenn der Kläger nach dieser Regelung keine rechtsgeschäftliche Vollmacht hatte, so konnte er doch aus dieser Formulierung schließen, dass er berechtigt war, gegenüber den Behörden die Rechte und Belange der Beklagten wahrzunehmen. Dies wird bestätigt durch die Regelung in Ziffer 11 der Anlage 1 zum Projektsteuerungsvertrag unter "Allgemeine Leistungspflichten", wonach der Kläger jegliche Verhandlungen mit Behörden und in deren Auftrag tätige Institution vorab zeitlich und inhaltlich mit der Beklagten abstimmen musste. Daraus folgt zwangsläufig, dass der Beklagte zur Führung der Verhandlungen berechtigt war, sich aber vorab abstimmen musste. Es bedarf hier keiner Erörterung, ob die Beklagte dem Kläger das Recht, Gespräche mit der Behörde zu führen, einseitig im Rahmen eines Weisungsrechts entziehen konnte, wie die Beklagte meint, oder ob dies im Wege der Teilkündigung hinsichtlich dieser Leistungspflichten des Klägers möglich war. Selbst wenn die Beklagte dem Kläger anlässlich der Besprechung am 5.2.2007 untersagt hat, weiterhin Behördenkontakte wahrzunehmen, und der Kläger gegen diese Weisung verstoßen hat, folgt daraus nicht zwangsläufig eine schwerwiegende Vertragsverletzung. Zu Recht hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass der Kläger bei der Wahrnehmung dieses Kontakts mit der Behörde nicht gegen die Interessen der Beklagten gehandelt, sondern im Hinblick auf eine Verwirklichung des Projektziels tätig war, selbst wenn er sich als der wahre Ansprechpartner bezeichnet und die Befugnisse des Architekten Wiese damit in Zweifel gezogen hat. Dass sich seitens der Behörde konkrete Irritationen hinsichtlich der Beklagten ergeben hätten oder Zweifel an deren Seriosität, trägt die Beklagte nicht vor. Der bloße Umstand, dass nunmehr zwei Architektenbüros tätig waren, war ersichtlich für die Behörde kein Grund, dem entsprechend der Pläne der Beklagten verwirklichten Projekt Bedenken oder Einwände entgegen zu setzen. Es wäre seitens des Klägers zwar geboten gewesen, wegen der Zweifel an seiner Befugnis Rücksprache mit der Beklagten zu nehmen; das gebietet die Kooperationspflicht der Baubeteiligten. Ein einmaliger, folgenlos gebliebener Verstoß rechtfertigt aber noch nicht die Kündigung. Anders würde es sich nur dann verhalten, wenn der Kläger sich nach einer Abmahnung weiterhin über Vorgaben der Beklagten hinweggesetzt hätte. Das ist aber nicht der Fall.

c)

49

Ein berechtigter Grund zur Kündigung ergibt sich nicht daraus, dass der Kläger wichtige Vorgänge im Zusammenhang mit dem angeordneten Baustopp verschwiegen hätte. Regelmäßig ist ein Kündigungsgrund allerdings zu bejahen, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber wesentliche Anordnungen und Vorgaben der Behörde verheimlicht. Denn bei einem solchen Vorgehen fehlt die Vertrauensbasis für die zukünftige Zusammenarbeit. Die Zusammenarbeit zur Verwirklichung des Projektziels erfordert, dass sich der Auftraggeber darauf verlassen kann, der Projektsteuerer werde als sein "verlängerter Arm", als Vermittler und Bindeglied zwischen den Projektbeteiligten, den Planern, Unternehmen und Behörden in seinem, des Auftraggebers, Interesse tätig. Dem Kläger kann jedoch nicht vorgeworfen werden, er habe wichtige Entscheidungen der Behörde verheimlichen wollen. Unstreitig ist, dass der Kläger am 26.1.2007 von dem bauleitenden Architektenbüro eine Kopie der an die Beklagte gerichteten und adressierten Ordnungsverfügung vom 24.1.2007 erhielt. Zwangsläufig konnte und musste der Kläger davon ausgehen, dass der Beklagten der Erlass der Verfügung bekannt war. Zudem war dem Kläger das Schreiben des bauleitenden Architekten an die untere Wasserbehörde bekannt, aus dem sich ergab, dass bereits Gespräche mit der Behörde eingeleitet worden waren. Von daher liegt die Annahme fern, der Kläger habe der Beklagten etwas verheimlichen wollen. Soweit der Kläger im Rahmen seiner

50

Leistungspflichten wegen des Baustopps nach Absprache mit der Beklagten und/oder dem Architekten hätte tätig werden müssen, ist dies eine Schlechterfüllung der Leistungspflichten, die ein Recht zur außerordentlichen sofortigen Vertragsbeendigung nicht rechtfertigt.

d) 51

Soweit sich die Beklagte auf die Schreiben des Klägers vom 3.4.2007 an die Hausverwaltung R und 9.4.2007 an die Architektenkammer N-W beruft, rechtfertigen diese schon deshalb nicht die Kündigung, weil maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen des Kündigungsgrundes der Zeitpunkt der Kündigung ist. Nachträgliche Ereignisse können die Kündigung nicht rechtfertigen. Es kommt vielmehr darauf an, ob im Zeitpunkt der Kündigung objektiv ein Grund zur außerordentlichen Kündigung bestand (BGH, Urt. v. 25.3.1993 - X ZR 17/92, BauR 1993, 469, 471; BGH, Urt. v. 22.10.1981, VII ZR 310/79, BauR 1982, 79, 82; BGH, Urt. v. 26.11.1959, VII ZR 120/58, BGHZ 31, 224, 229). 52

Das nachträgliche Verhalten des Klägers kann auch nicht als Indiz dafür gewertet werden, dass das Vertrauensverhältnis infolge eines Verschuldens des Klägers bereits im Zeitpunkt der Kündigungserklärung zerstört war. Dass der Kläger sich ungehalten äußerte und offensiv auf die Vorgehensweise der Beklagten reagierte, lässt nicht den Schluss zu, dies gebe seine bereits im Zeitpunkt der Kündigung vorhandene Einstellung gegenüber der Beklagten wieder. 53

e) 54

Die Beklagte wirft dem Kläger ferner vor, er habe die Realisierung eines Foliendaches über dem Bereich der Ladengasse nicht geprüft, keine indikativen Preisangaben eingeholt und Verträge mit Planern und ausführenden Bauunternehmen unzweckmäßig gestaltet. Es kann dahin stehen, ob diese Vorwürfe einer mangelhaften Leistung zu Recht erhoben werden. Dagegen spricht, dass der Kläger wegen der Folienkissen-Überdachung die Firma F beauftragt hatte, hierzu ein Angebot zu erstellen. Auch wenn dies erst auf Drängen der Beklagten geschah, kann von der behaupteten Untätigkeit des Klägers nicht ausgegangen werden. Hinsichtlich der unterlassenen Einholung von indikativen Preisangaben fehlt es an einer ausreichenden Darlegung der Beklagten dafür, dass sie dies verlangt und der Kläger die Befolgung des Verlangens grundlos verweigert hätte. Zweifelhaft ist, ob dem Beklagten ein Vorwurf hinsichtlich der juristischen Gestaltung von Verträgen überhaupt gemacht werden kann. Die bloße behauptete Unzweckmäßigkeit von Verträgen lässt den Schluss auf eine mangelhafte Leistung nicht zu. Selbst wenn die erhobenen Vorwürfe aber zutreffen, verhalten sie sich bei einem derart großen Bauvorhaben in dem Rahmen, der Mängelrechte rechtfertigen kann, nicht aber die sofortige Vertragsbeendigung. 55

f) 56

Soweit die Beklagte in erster Instanz weitere mangelhafte Leistungen behauptet hat, hat das Landgericht zu Recht ausgeführt, dass diese nicht derart gravierend sind, dass eine sofortige Vertragsbeendigung gerechtfertigt gewesen wäre. Hierzu wäre erforderlich, dass die mangelhaften Leistungen den Vertragserfolg derart gefährden, dass der Auftraggeber, will er das Bauvorhaben nach seinen Vorstellungen zu Ende führen, den Projektleiter austauschen muss. Derartige den Vertragszweck gefährdende Umstände ergeben sich aber nicht. Dies gilt auch dann, wenn man die vorstehend erörterten Kündigungsgründe bei einer Gesamtschau aller Umstände gemeinsam bewertet. 57

2. 58

59

Es kann dahin stehen, ob die unberechtigte außerordentliche Kündigung der Beklagten als freie Kündigung auszulegen ist. Da der Kläger nach der Kündigung die Arbeiten eingestellt und abrechnet hat, ist in jedem Fall die Berechnung des Zahlungsanspruches für nicht erbrachte § 649 Satz 2 BGB anzuwenden (ständige Rechtsprechung des BGH: BGH, Urt. v. 8.2.1996, VII ZR 219/94, ZfBR 1996, 200; BGH, Urt. v. 10.10.1996, VII ZR 250/94, BauR 1997, 157; BGH, Urt. v. 24.6.1999, VII ZR 196/98, BauR 1999, 1319; BGH, Urt. v. 8.7.1999, VII ZR 237/98, BauR 1999, 1234). Das ist deshalb sachgerecht, weil der Vertrag nicht mehr weitergeführt wird, die Parteien also genau so stehen, als hätte der Besteller frei gekündigt.

3. 60

Der Restvergütungsanspruch für nicht erbrachte Leistungen beläuft sich auf 378.944,24 €. Soweit das erstinstanzliche Gericht dennoch im Tenor der Entscheidung einen weitergehenden Betrag von 382.771,96 berücksichtigte, ist das Urteil auf die Berufung der Beklagten zu korrigieren. Die Berechnungen des Landgerichts zur Höhe der richtigen Forderung von 378.944,24 € werden von den Prozessparteien zu Recht akzeptiert. Das Landgericht hat diese Forderung im Einzelnen erläutert. Diese Ausführungen treffen zu. 61

D. 62

Das Landgericht hat zu Recht die Aufrechnung der Beklagten mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 15.128,13 € als begründet angesehen. Die Anschlussberufung des Klägers hat insoweit keinen Erfolg. Die, sich nach den Ausführungen unter B. und C. ergebende Gesamtforderung in Höhe von 37.163,16 € + 378.944,24 € = 416.107,40 € reduziert sich daher gemäß §§ 387, 389 BGB auf 400.979,27 €. 63

Der Beklagten steht gegen den Kläger ein aufrechenbarer Schadensersatz wegen einer Schlechtleistung des Klägers in Höhe von 15.128,13 € zu, §§ 633, 634, 281 BGB. 64

1. 65

Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass der Kläger seine Leistungspflichten mangelhaft ausgeführt hat. Er hätte überprüfen müssen, ob die von den zuständigen Architekten geplanten und danach durchgeführten Pegelbohrungen zur Erfüllung der Auflagen zur Grundwasserüberwachung geeignet waren und die behördliche Auflagen erfüllten. Dem ist er nicht nachgekommen. Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz einwendet, er habe nicht damit rechnen können, dass die Bohrungen nicht ausreichend waren, ist sein Vortrag zur Entlastung des vermuteten Verschuldens unzureichend. Auch seine Behauptung, andere Baubeteiligte seien von genügenden Bohrungen zur Erfüllung der Auflagen ausgegangen, entlastet den Kläger nicht. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass dem Kläger vorzuwerfen ist, dass die Auflage der Behörde seit dem 8.11.2006 bestand und sich daraus konkrete Vorgaben zu den Bohrungen ergaben. Diese behördlichen Vorgaben wurden bis zum 24.1.2007 nicht umgesetzt, was zu dem Baustopp führte. Dass diese Vorgaben umgesetzt werden, hätte der Kläger im Rahmen seiner Kontroll- und Steuerungstätigkeit gewährleisten müssen. 66

2. 67

Der Beklagten ist ein Schaden entstanden, weil der bauausführenden Firma wegen des als Folge der Nichterfüllung der behördlichen Auflagen angeordneten Baustopps ein Behinderungsschaden entstanden ist, den die Beklagte ausgleichen musste. Das Bauunternehmen ist durch Umstände behindert worden, die im Verantwortungsbereich der 68

Beklagten als Auftraggeberin lagen. Die Behauptung des Klägers, das Bauunternehmen habe das Risiko einer Behinderung übernommen, weil es zu frühzeitig mit den Arbeiten begonnen habe, hat keine Grundlage. Eine rechtsgeschäftliche Risikoübernahme kann in der Arbeitsaufnahme nicht gesehen werden. Dem Unternehmen kann auch nicht ein Mitverschulden angelastet werden, denn es hat die Arbeiten nach den vorgegebenen Zeitplänen aufgenommen, ein Bauzeitenplan, der vom Kläger geprüft war.

3. 69

Die von dem Kläger zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urt. v. 27.11.2008, VII ZR 206/06, BauR 2009, 515) entlastet ihn nicht. Nach dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs trifft den Bauherrn die Obliegenheit, dem bauaufsichtsführenden Architekten mangelfreie Pläne zur Verfügung zu stellen. Nimmt er den bauaufsichtsführenden Architekten wegen eines übersehenen Planungsmangels in Anspruch, muss er sich das Verschulden des von ihm eingesetzten Planers zurechnen lassen. Vorliegend war es aber gerade Aufgabe des Klägers, die Architektenpläne zu prüfen. Ihm oblag die übergeordnete Kontrollfunktion. So ist die Prüfung der Arbeitsergebnisse der Planer unter Einbeziehung von sachgerechten Varianten und gegebenenfalls der erforderlichen Anpassungen als Grundleistungspflicht des Klägers vertraglich festgehalten (Ziffer 2.1.4. Anlage 1 zum Projektsteuerungsvertrag – Handlungsbereich Qualitäten und Quantitäten). Die Verletzung der Kontrollfunktion des Klägers wird nicht dadurch beeinflusst, dass die zur Kontrolle vorgelegten Unterlagen tatsächlich Fehler aufwiesen.

E. 71

Die Anschlussberufung hat teilweise Erfolg hinsichtlich der Zinsentscheidung des Landgerichts. Die Beklagte schuldet Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, soweit der Kläger für erbrachte Leistungen eine Entgeltforderung von 37.163,16 € geltend macht, 286, 288 Abs. 2 BGB. Wegen des weitergehenden Anspruchs für nicht erbrachte Leistungen handelt es sich nicht um eine Entgeltforderung im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB, so dass insoweit der Zinssatz von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 288 Abs. 1 BGB anzuwenden ist.

Entgeltforderung ist die Forderung auf Zahlung eines Entgelts als Gegenleistung für die Lieferung von Gütern oder Erbringung von Leistungen (OLG Celle, Urt. v. 9.11.2006, 13 U 120/06, NJW-RR 2007, 393; Schermaier, NJW 2004, 2501; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Auflage 2009, § 286 Rn. 27 mit weiteren Nachweisen). Der Zahlungsanspruch des Unternehmers gemäß § 649 Satz 2 BGB hat hinsichtlich der nicht erbrachten Leistungen Entschädigungscharakter (BGH, Urt. v. 22.11.2007, VII ZR 83/05, NJW 2008, 1522). Die Verneinung des Vergütungscharakters dieses Anspruches hat entgegen der Ansicht des Klägers nicht nur Einfluss auf seine umsatzsteuerliche Behandlung. Vielmehr kommt darin zugleich zum Ausdruck, dass er mangels Entgelt für eine erbrachte Leistung im Sinne der §§ 286, 288 BGB keine Entgeltforderung ist.

III. 74

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Streitwert der Berufungsinstanz: 416.230,38 € 77

(Berufungsangriff: die Zahlungsverurteilung von 404.806,99 €; Anschlussberufung 11.300,478 € inklusive Abzug Aufrechnungsforderung)

