

| | |
|--------------------|--|
| Zeitschrift | BauR - Baurecht |
| Autoren | Prof. Dr. Klaus Eschenbruch/Dr. Claus von Rintelen |
| Rubrik | Aufsätze |
| Referenz | BauR 2023, 1297 - 1306 (Heft 8) |
| Verlag | Werner Verlag |

Eschenbruch, von Rintelen, BauR 2023, 1297 Die Verzugshaftung der Planer und Projektmanager für die nicht rechtzeitige Erbringung von Teilleistungen

Zugleich eine Besprechung KG, Urt. v. 26.04.2022 – 21 U 1030/20



von Dr. Claus von Rintelen, Hamburg



und Prof. Dr. Klaus Eschenbruch, Düsseldorf

Die Leistungen der Architekten, Ingenieure und Projektmanager werden in einem immer komplexer werdenden Umfeld erbracht.¹ Gleichzeitig wächst die Anspruchshaltung der Auftraggeber: Schadensersatzforderungen werden dabei nicht nur wegen der Folgen mangelhafter Leistungen erhoben, sondern zunehmend auch wegen verspäteter Leistungen. Schadensersatzansprüche wegen verzögerter Leistungen setzen deren Fälligkeit und Verzug voraus. § 271 BGB regelt zwar die Fälligkeit der Leistung; das betrifft allerdings unmittelbar nur eine gesamte geschuldete Leistung, beim Werkvertrag die Herstellung des geschuldeten Gesamterfolgs.² Damit stellt sich die Frage, ob und welche Teilleistungen vorab wie fällig werden. Einfach ist das, falls die Vertragsparteien für einzelne Teilleistungen Vertragstermine vereinbart haben. Anders als Bauverträge enthalten Planer- und Projektmanagementverträge aber nur selten oder nur rudimentär Regelungen zu vertraglich bindenden Terminvorgaben für Teilleistungen. Hier will das Kammergericht dem Auftraggeber durch Annahme konkludenter Terminvereinbarung für Teilleistungen helfen.³ Für Bestimmung der Termine für diese Teilleistung soll auch § 271 BGB mit der Folge einer Beweislast des Unternehmers für fehlende Fälligkeit eingreifen. Die Entscheidung ist unterschiedlich aufgenommen worden. Teilweise ist sie zustimmend besprochen worden,⁴ teilweise als ein Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung und unzulässiger Eingriff in die Terminhoheit der Berufsträger kritisiert worden.⁵ Der nachfolgende Beitrag untersucht die Tragfähigkeit des Lösungsansatzes des Kammergerichtes.

I. Einführung

Die Feststellung einer verbindlichen Leistungszeit für eine vertraglich versprochene Werkleistung kann bei Planungs- und Projektmanagementverträgen Schwierigkeiten bereiten. Diese enthalten anders als Bauverträge vielfach bereits keine ausdrückliche Regelung zu Beginn und Ende der vom Planer oder Projektsteuerer zu erbringenden Leistungen.

Terminvorgaben werden in Architekten- und Ingenieurverträgen oft nur als Projektziele verankert.

Derartige Terminziele werden in der Regel allenfalls Geschäftsgrundlage für den entsprechenden Vertrag und begründen in der Regel keine eigenständigen Leistungspflichten.⁶ Denn Architekten, Ingenieure und Projektmanager schulden nicht das Bauvorhaben selbst, sondern nur ihren jeweiligen planerischen Anteil als geistiges Werk.⁷ Sie können zwar dank der Vertragsfreiheit darüberhinausgehend (verschuldensunabhängige) Termingarantien oder (verschuldensabhängige) verbindliche vertragliche Zusagen für die Fertigstellung des Bauvorhabens eingehen. Aus guten Gründen werden an die Annahme derartiger Terminzusagen aber strenge Anforderungen gestellt.⁸ Erforderlich dafür wäre eine klare und eindeutige vertragliche Haftungsübernahme, die mit der objektiven Interessenlage der Parteien übereinstimmt.⁹ Gegen die Übernahme einer solchen Haftung und erst recht gegen die Übernahme einer verschuldensunabhängigen Haftung spricht, dass der jeweilige Planer oder Projektmanager nur ein Rad im Getriebe der für eine Bauerrichtung Verantwortlichen ist. Auch aus Sicht des Bauherrn besteht keine Grundlage für die Annahme einer Verantwortlichkeit des Planers oder Projektmanagers für die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft aller anderen Projektbeteiligten, zumal Ansprüche aus der Überschreitung derartiger Terminzusagen oder gar Termingarantien in der Berufshaftpflichtversicherung von vornherein nicht gedeckt wären. Aus Terminangaben eines Architekten, Ingenieurs oder Projektmanagers allein kann damit in der Regel nicht abgeleitet werden, dass dieser die Verantwortung für die bauliche Fertigstellung eines Projektes übernehmen will.¹⁰

Finden sich bei Planungs- und Projektmanagementverträgen oftmals schon keine bindenden vertraglichen Vorgaben für die Erbringung einer Gesamtleistung, gilt dies erst recht für vertraglich bindende Vorgaben an einzelne zu erbringende Teilleistungen. Gelegentlich werden bindende Termine für die Einhaltung einzelner Teilleistungen definiert, wie etwa die Erstellung eines Projekthandbuches oder eines Projektstrukturplanes oder aber die Fertigstellung eines bestimmten Entwurfes/Modells oder einer Leistungsbeschreibung. Zumeist fehlen aber auch derartige Vorgaben.

Im Fall des Kammergerichts hatte der Auftraggeber den mündlich zustande gekommenen Planungsvertrag wegen verzögerter Leistungserbringung gekündigt. Vor Vertragsabschluss hatte der Architekt dem Bauherrn, der ein Interesse an einen möglichst zeitnahen Baubeginn geäußert hatte, ausreichende Kapazitäten in den Monaten Januar und Februar versichert. Ende März mahnte der Bauherr die Ausführungsplanung an und kündigte am 9. April den Vertrag. Das Kammergericht erklärt eine außerordentliche Kündigung wegen bereits eingetretenen Verzuges für berechtigt. Zur Begründung des Verzuges schreibt das Kammergericht die Rechtsprechung des BGH zur Honorarminderung bei der Nichterbringung von Einzelleistungen¹¹ fort: Wenn der Planer nicht nur einen Gesamterfolg, sondern auch eine Vielzahl von Teilerfolgen schulde, können diese auch selbstständig fällig werden. Zur Bestimmung der Fälligkeit von Teilleistungen wendet das Kammergericht dann § 271 BGB an. Wenn in einem solchen Fall zwischen den Parteien Streit über die Dauer des erforderlichen Zeitraumes bestehe, soll aus § 271 BGB weiter folgen, dass die Fälligkeit im Zweifel zum früheren, der in Betracht kommenden Zeitpunkte endet.¹²

II. Die Terminhoheit der Auftragnehmer beim Werkvertrag in Bezug auf die eigene Leistungserbringung

Die Vereinbarung von Terminen betrifft nicht den Inhalt der versprochenen Werkleistung, da die Leistungszeit nach h.M. nur eine Leistungsmodalität betrifft.¹³ Die verzögerte Leistungserbringung unterliegt daher nicht dem Mängelhaftungsrecht.¹⁴ Die Vereinbarung einer Leistungszeit hat im Werkvertrag doppelte Wirkung. Positiv wird geregelt, dass der Werkunternehmer die vereinbarte Leistungszeit einhalten muss. Negativ wird geregelt, dass der Werkunternehmer innerhalb der verbindlich vereinbarten Vertragsfristen die Zeit der Leistungserbringung wählen kann; denn innerhalb der vereinbarten Vertragsfristen hat der Werkunternehmer dann das Dispositionsrecht, den Herstellungsprozess nach seinen Interessen in zeitlicher Hinsicht eigenverantwortlich zu steuern.¹⁵

Dass der Leistungserbringer die Leistungserbringung innerhalb des vertraglichen Rahmens disponieren darf, ist ein grundsätzlich sinnvolles ökonomisches Prinzip; der Leistungserbringer ist in der Regel besser in der Lage, die effizienteste – und damit im Gesamtinteresse kostengünstigste – Leistungserbringung festzulegen und zu steuern. Das dürfte grundsätzlich mit dem Parteiwillen von Baubeteiligten entsprechen, wie die Regelungen in § 5 VOB/B zeigen. Sie unterscheiden zwischen den verbindlichen Vertragsfristen für Beginn und Fertigstellung und den nicht bindenden (Kontroll-)Fristen; § 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B stellt insoweit die Auslegungsregel auf, dass die typischerweise in Terminplänen und vergleichbaren Unterlagen enthaltenen Terminangaben eines Auftragnehmers für Einzelleistungen nicht zu den verbindlich Vertragsfristen gehören. Eine verzögerte Auftragsdurchführung vor Fertigstellung kann deshalb nur dann und erst dann Ansprüche begründen, wenn feststeht, dass die vereinbarten verbindlichen Vertragsfristen nicht mehr eingehalten werden können.¹⁶

Bei einfach gelagerten Bauprojekten kann die verbindliche Vorgabe von verbindlichen Terminen für Beginn und Ende von Bauleistungen ausreichend sein. Bei komplexeren Projektanforderungen vereinbaren die Vertragsparteien in der Regel verbindliche Zwischenfristen, um die Voraussetzungen für den rechtzeitigen Leistungsbeginn der nachfolgenden Gewerke zu sichern sowie eine Terminverbindlichkeit von Terminzusagen während der Errichtung herzustellen. Soll etwa ein zu vermietendes, mehrstöckiges Bürohaus errichtet werden, dessen Büroetagen geschossweise unterschiedlichen Mietinteressenten angeboten werden sollen, kann es für die wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers im Hinblick auf Vermietungs- und Verkaufsbemühungen wichtig sein, wann die einzelnen Büroetagen fertiggestellt und genutzt werden können. Ist indessen in einem solchen Fall nur ein Endtermin für alle Bauleistungen geschuldet, hat der Auftraggeber grundsätzlich kein Recht, bestimmte Teile (Mietflächen) des Projektes bereits vorab fertiggestellt übergeben zu bekommen.¹⁷

Bei werkvertraglich basierten Planer- und Projektmanagementverträgen gilt rechtlich grundsätzlich Gleiches. Auch hier obliegt es zunächst den Vertragsparteien, selbst festzulegen, auf welche Termine für die Leistungserbringung es ihnen ankommt. Die jeweiligen Teilleistungen müssen allerdings vom Auftragnehmer so erbracht werden, dass etwa vereinbarte verbindliche Terminziele für die Gesamtleistung noch eingehalten werden können, vgl. auch § 323 Abs. 4 BGB.

Soweit die Vertragsparteien vertragliche Zwischenfristen vereinbaren, ggf. auch Zeitfenster für einen Planungs- und Projektmanager für die Erbringung bestimmter Leistungen, verselbstständigen sie die zu erbringenden Einzelleistungen in terminlicher Hinsicht und die Teilleistungen werden zu den so bestimmten Terminen fällig. Werden die vertraglichen Zwischentermine nicht eingehalten, sind die Verzugsfolgenregelungen §§ 286 ff. BGB anwendbar. Sind dagegen in einem Architekten- oder Ingenieurvertrag keine vertraglich bindenden Zwischenfristen für zu erbringende Teilleistungen des Planers oder Managers vorgegeben, stellt sich die Frage, ob die Fälligkeit der Einzelleistungen eines entsprechenden Leistungsbildes über § 271 BGB hergestellt werden kann. Zwar findet § 271 BGB auch im Werkvertragsrecht grundsätzliche Anwendung.¹⁸ Soweit sich die Rechtsprechung hiermit bislang überhaupt beschäftigt hat, bezieht sich die Anwendung jedoch jeweils auf die Fälligkeit einer kompletten Werkleistung, nicht jedoch auf Teilleistungen.

III. Anlehnung an die werkvertragliche Teilerfolgslehre beim Planungsvertrag?

Die Verselbstständigung von Teilleistungen ist bislang in Rechtsprechung und Literatur in Bezug auf Vergütungsfolgen im Falle der Nichterbringung einer vereinbarten Teilleistung eines Architekten- oder Ingenieurvertrages diskutiert worden.

Der BGH hatte zunächst noch Honorarkürzungen bei der Nichterbringung von vertraglich vorgesehenen Einzelleistungen verneint, wenn der Gesamterfolg, ein mangelfreies Bauwerk, erreicht worden ist.¹⁹ Später wurde in der Rechtsprechung und Literatur bei der Nichterbringung „zentraler Leistungen“ zunehmend Honorarkürzungen bejaht.²⁰ Der BGH hat dann 2004 seine Rechtsprechung geändert und im Falle der Nichterbringung von Einzelleistungen, dort die Zusammenstellung der Vorplanungsergebnisse, wegen des Nichteintritts von

verselbstständigten werkvertraglichen Teilleistungen, sog. „Teilerfolgen“, eine mangelhafte Leistung und damit eine Minderung des Honorars anerkannt.

Das hat der BGH wie folgt begründet: der vom Architekten geschuldete Gesamterfolg sei im Regelfall nicht darauf beschränkt, dass er Aufgaben wahrnimmt, die für die mängelfreie Errichtung des Bauwerks erforderlich sind.²¹ Umfang und Inhalt der geschuldeten Leistungen des Architekten seien, soweit einzelne Leistungen des Architekten, die für den geschuldeten Erfolg erforderlich sind und nicht schon ausdrücklich als selbständige Teilerfolge vereinbart worden sind, durch Auslegung zu ermitteln. Nach dem Grundsatz einer interessengerechten Auslegung sind die durch den konkreten Vertrag begründeten Interessen des Auftraggebers an den Arbeitsschritten zu berücksichtigen, die für den von dem Architekten geschuldeten Werkerfolg erforderlich sind. Der Auftraggeber habe im Regelfall Interesse an den Arbeitsschritten, die als Vorgaben aufgrund der Planung des Architekten für die Bauunternehmer erforderlich sind, damit diese die Planung vertragsgerecht umsetzen können. Er müsse daran interessiert sein zu überprüfen, ob ein Architekt den geschuldeten Erfolg vertragsgemäß bewirkt hat, auch um etwaige Gewährleistungsansprüche gegen Bauunternehmer durchsetzen zu können. Eine an den Leistungsphasen des § 15 HOAI orientierte vertragliche Vereinbarung begründe im Regelfall, dass der Architekt die vereinbarten Arbeitsschritte als Teilerfolge des geschuldeten Gesamterfolgs schuldet. Erbringt der Architekt einen derartigen Teilerfolg wie die Zusammenstellung der Vorplanungsergebnisse nicht, sei sein geschuldetes Werk mangelhaft. In weiteren Entscheidungen hat der BGH sowohl die verschiedenen Kostenermittlungen der Planungsphasen²² und auch die Führung des Bautagebuchs²³ als leistungsbestimmende Teilerfolge eingeordnet. In der zuletzt in Bezug genommenen Entscheidung vom 28.07.2011 hat sich der BGH in seiner Begründung bereits weitestgehend von einer notwendigen werkvertraglichen Verselbstständigung der einzelnen Teilleistungen gelöst. Naheliegend hat der BGH auf die Störung des vertraglichen Synallagmas zwischen Leistung und Vergütung abgestellt. Die Aufgliederung von Leistungen in einem Leistungsbild, etwa bei Leistungsphasen und Einzelleistungen, begründe im Regelfall, dass ein vereinbarter Arbeitsschritt auch als relevanter Teilerfolg des geschuldeten Gesamterfolgs anzusehen ist, mit der Konsequenz, dass bei dessen Ausbleiben die Vergütung zu mindern ist.²⁴

Während sich der BGH zur Frage der Auswirkungen ausgebliebener Teilleistungen zunehmend von einem eigenständigen werkvertraglichen Teilerfolg löst, sieht etwa Fuchs, gestützt auf die Regelung in § 650p BGB, wonach ein Architekten- und Ingenieurvertrag eine Mehrzahl von Einzelleistungen beinhalten kann, alle in einem Planervertrag vereinbarten Einzelleistungen als Teilleistung i.S.d. § 266 BGB an, die dementsprechend zur Teilerfüllung des Schuldverhältnisses und auch zu etwaigen Teilfälligkeiten führen sollen.²⁵

Indessen ergibt sich aus § 650p BGB nicht, dass und inwieweit mehrere Leistungen rechtlich verselbstständig sind.²⁶ Demgegenüber sieht etwa § 634a BGB die Gesamtabnahme als Voraussetzung für die Verjährung von Mängelansprüchen an. § 650s BGB eröffnet zwar die Möglichkeit einer Teilabnahme, knüpft hierfür jedoch an die Abnahme der letzten Leistungen des bauausführenden Unternehmens an. Das Gesetz enthält dementsprechend keine Definition relevanter Teilleistungen. Das BGB verwendet den Begriff der Teilleistungen mehrfach (§§ 266, 281, 283, 309 Nr. 15, 325 und 510 BGB), ohne dass den Vorschriften eine einheitliche Definition zugrunde liegt. Im Ausgangspunkt besagt der Begriff der Teilleistung in § 266 BGB auch nicht mehr, als dass jede im Sinne des betroffenen Schuldverhältnisses unvollständige Leistung eine Teilleistung ist. Ob und inwieweit man den unterschiedlichen Auslegungen zur Relevanz von Teilleistungen, speziell im Hinblick auf Gewährleistungsrechte bei der Nichterbringung von Teilleistungen eines umfassenden Leistungsbildes folgt, kann im vorliegenden

Zusammenhang dahinstehen. Denn ein auf Gewährleistungsrechte oder Vergütungsminderungen bezogener werkvertraglicher Teilleistungsbegriff hat nicht zwingend Auswirkungen auf die Beurteilung von Teilfälligkeiten. Von diesen Fragen ist die Haftung wegen verzögerter Leistungserbringung streng zu unterscheiden. Sie betrifft nicht das Äquivalenzverhältnis von Werklohn und versprochener Gegenleistung. Die Leistungszeit ist nach herrschender Meinung ungeachtet der Auswirkungen auf Kosten nicht Gegenstand des werkvertraglichen Synallagmas und gehört nicht zum Werkerfolg,²⁷ sondern ist nur eine Leistungsmodalität.²⁸ Thode hat das anschaulich dargelegt:

„Die fristgerechte Leistung und die Folgen von Verzögerungen sind, abgesehen von der besonderen Vereinbarung eines absoluten Fixgeschäftes kein Regelungsgegenstand des Synallagmas zwischen Sachleistung und Vergütung. Für die Erfüllung des Werkvertrages ist es hinreichend und notwendig, dass der Auftragnehmer ein abnahmereifes Werk erstellt. Etwaige vertragswidrige Verzögerungen sind für die Erfüllung des Vertrages und den mit der Abnahme fälligen Werklohn unerheblich. Für etwaige vertragswidrige Verzögerungen durch den Auftragnehmer oder den Auftraggeber, sei es aufgrund eines Schuldner- oder Gläubigerverzugs oder einer Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, sieht das BGB als Rechtsfolge keine Vergütung, sondern einen Schadensersatzanspruch oder einen Entschädigungsanspruch vor.“²⁹

Die Frage der Mangelhaftigkeit des Werks bei fehlenden Einzelleistungen/Teilerfolgen beantwortet deshalb nicht die Frage, ob mit diesen Einzelleistungen/Teilerfolgen konkludente Abreden zu deren Fälligkeiten verbunden sind. Dementsprechend gerät ein Planer oder Projektmanager nicht automatisch mit übernommenen Teilleistungen in Verzug, wenn bei deren Ausbleiben eine Kürzung der Vergütung nach der Teilleistungsrechtsprechung in Betracht kommt.

Auch das Kammergericht will nicht für alle Teilerfolge oder Grundleistungen Teilfälligkeiten annehmen, sondern nur für die für die Projektdurchführung wesentlichen und zeitkritischen Teilleistungen:

„Durch Auslegung ist ebenfalls zu ermitteln, für welche Teilleistung eine gesonderte Fälligkeit in Betracht kommt. Im Falle eines Architektenvertrages, der mehrere Leistungsphasen eines Leistungsbildes der HOAI zum Gegenstand hat, wird kaum die gesonderte Fälligkeit einer jeden einzelnen Teilleistung in Betracht kommen, wohl aber von solchen Leistungen oder Leistungspaketen, die aus Sicht der Parteien wichtige Einschnitte und Wegmarken im Verlauf der Projektdurchführung markieren, beispielsweise die Entwurfs- und Genehmigungsplanung oder Teile der Ausführungsplanung.“

Eine feste Verknüpfung von Teilerfolgen mit eigener Teilfälligkeit erfolgt nicht; die Fälligkeit soll insbesondere von einem entsprechenden terminlichen Interesse des Auftraggebers an der jeweiligen wichtigen Leistung abhängen. Andererseits will das Kammergericht die Fälligkeit auch nicht zwingend nur für die vollständige Erbringung von bestimmten Grundleistungen annehmen. Die Grundleistung Ausführungsplanung soll nicht als solche endfällig

werden, sondern die für die Projektdurchführung zeitkritische Teile der Ausführungsplanung gemäß des Projektbedarfs, mithin gegebenenfalls ihrerseits in Teilschritten.

IV. Konkludente Willenserklärung vs. ergänzende Vertragsauslegung

Das Kammergericht sieht die Grundlage für die Fälligkeitstellung von Teilleistungen in konkludenten Willenserklärungen der Vertragsparteien. Die Annahme solcher konkludenten Willenserklärungen setzt aber eine ausreichende tatsächliche Grundlage in Erklärung und Verhalten der Parteien voraus. Diese dürfte in der Mehrzahl der Fälle fehlen. Der wesentliche Grund hierfür ist, dass bei Planungsverträgen als Prozessverträgen die Fälligkeit zukünftig zu erbringender Leistungen nicht allein vom Leistungsfortschritt des Unternehmers abhängt und damit zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht ohne weiteres bestimmbar ist.

Planungsaufträge nach den Leistungsbildern der HOAI wie auch Projektmanagementaufträge nach AHO enthalten eine Vielzahl von Teilleistungen, die über längere Zeiträume, oftmals auch phasen- und stufenverschoben, erbracht werden müssen. Planen, Überwachen und Managen stellen vielfach auch keine isoliert zu erbringenden Leistungen dar, sondern sind Teil eines stark interaktiven Prozesses; die Erbringung von Einzelleistungen des Planers oder Steuerers hängt dann von verzahnten Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers, Behörden oder anderen Planungsbeteiligten ab.³⁰ Nach der Rechtsprechung des BGH gehört es zum Wesen des Architektenvertrages, dass nicht alle Planungsvorgaben bereits bei Abschluss des Vertrages feststehen, sondern erst im Lauf des Planungsprozesses entwickelt werden.³¹ Terminliche Vorgaben für einzelne Arbeitsschritte der Planer und Projektmanager, bei denen ggf. weder der Planungsinhalt feststeht noch absehbar ist, wann sie beginnen oder enden sollen, lassen sich zum Zeitpunkt des Abschlusses der entsprechenden Verträge noch nicht konkret festlegen. Das gilt erst recht wenn der Planer vor Vorliegen bestimmter Freigaben oder dem Eintritt von bestimmten (Projekt-)Bedingungen noch gar nicht (weiter) planen oder steuern soll oder darf. Dementsprechend wird wohl in der Mehrzahl dieser Verträge auf Regelungen zu Fälligkeiten für einzelne Planungs- und Projektmanagementleistungen gänzlich verzichtet oder es werden Versuche unternommen, flexibler mit Abrufen und Ausführungsdauern für einzelne Leistungsbereiche zu arbeiten.

Verzichten die Parteien beim Vertragsabschluss wegen der Komplexität der Leistungszeitbestimmung auf die Vereinbarung von Zwischenfristen für einzelne Leistungsschritte, die für den Projektfortschritt notwendig sind, können diese nicht nachträglich im Prozess von einem Gericht mittels „fingierter“ konkludenter Willenserklärungen in den Vertrag hineingeschrieben werden. Denn was die Parteien nicht ausdrücklich regeln konnten, konnten sie erst recht nicht konkludent vereinbart haben. Auch erschließt sich nicht, wie der Nachweis des Abschlusses einer vertraglichen Zeitvereinbarung ohne den Nachweis deren konkreten Inhalts, also des konkludent vereinbarten Leistungstermins, geführt werden kann.³²

Anfängliche Terminregelungen fehlen im Vertrag, weil die Parteien sich nicht in der Lage gesehen haben, hierfür bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses konkrete Termine oder Fristen zu vereinbaren. Damit käme nur eine (konkludente) Vereinbarung zu nachträglichen Bestimmungen oder Festlegung von projektnotwendigen Terminen in Betracht. Im Interesse des Auftraggebers wäre die Einräumung eines entsprechenden zeitlichen

Bestimmungsrechtes. Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht einer Vertragspartei entspricht allerdings nicht der Grundregel des § 305 BGB und ist auch für das Werkvertragsrecht außerhalb des § 650b BGB nicht anzuerkennen.³³ § 650b BGB erfasst allerdings Änderungen der Leistungszeit gerade nicht.³⁴ Im Wege ergänzender Vertragsauslegung kommt deshalb in der Regel lediglich ein vertraglicher Anspruch auf nachträgliche Vereinbarung von Terminen oder Ausführungsdauern in Betracht,³⁵ was Fälligkeit und Verzug von Arbeitsschritten erschwert.

Besteht ein objektives Bedürfnis für die Vereinbarung von Fristen, haben die Parteien aber Regelungen zu den Leistungsfristen versäumt, läge somit eine Vertragslücke vor. Diese sind vorbehaltlich einer Rechtsfortbildung für Langzeitverträge im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließen. Hiernach ist entscheidend, welche Regelungen die Vertragsparteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise getroffen hätten, wenn sie den unvorhergesehen eingetreten und deshalb von ihnen nicht geregelten Fall bei Vertragsschluss bedacht hätten. Es ist ein individueller, hypothetischer Parteiwillen zu ermitteln. Dabei ist nicht allein entscheidend, was die Parteien gewollt hätten, wäre ihnen die Lückenhaftigkeit bewusst geworden. Vielmehr hat die ergänzende Auslegung auf die subjektiven Interessen der Beteiligten einzugehen und daneben die objektive Sinnhaftigkeit der durch die Auslegung ergänzten Vertragsregelungen, also den Vertragstypus und Vertragszweck, zu berücksichtigen.³⁶ Diese Vertragsauslegung kommt insbesondere in Betracht, wenn ein Sachverhalt von Parteien zunächst – aufgrund unzutreffender Annahmen – nicht für regelungsbedürftig gehalten wurde oder erst im Nachhinein aufgrund einer nicht bedachten Änderung der tatsächlichen Entwicklung entsteht.³⁷

V. Auslegungsgesichtspunkte

1. Teilleistungen oder Grundleistungen als solche nicht ausreichend

Das Kammergericht hat bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass nicht jedwede vereinbarte Teilleistung eines Architekten oder Ingenieurs eine gesonderte Fälligkeit begründen kann.³⁸ Genauso wenig kommt es aber darauf an, ob eine Teilleistung in einem entsprechenden Vertrag als Grundleistung zu qualifizieren ist (und damit eine Standardleistung darstellt), die im Allgemeinen erforderlich ist, um ein Projekt erfolgreich zu realisieren (vgl. § 3 Abs. 2 HOAI/§ 2 Abs. 3 Heft 9 AHO [2020]). Denn zum einen haben nicht alle Grundleistungen auch unmittelbare terminliche Bedeutung. Zum anderen setzen sich auch Grundleistungen oftmals aus einer Vielzahl von bedeutsamen Einzelleistungen zusammen.

So kommt es bei einer Einzelgewerkevergabe für die rechtzeitige Fertigstellung des Projektes nicht entscheidend darauf an, ob das letzte Leistungsverzeichnis für ein Schlussgewerk verspätet aufgestellt ist, sondern ob für die beabsichtigten einzelnen Ausschreibungen jeweils die Leistungsverzeichnisse rechtzeitig vorliegen. Auch eine Terminsteuerung von Entwurfs- oder Ausführungsplanung erfolgt nicht über deren Endfristen, sondern prozessorientiert. Das Prozessmodell der Werkplanungsstufen stellt die Zusammenarbeit der Objekt- und Fachplanungsbeteiligten in den einzelnen Leistungsphasen dar und zeigt auf, in welcher Reihenfolge die Leistungen der Planung durch Objekt- und Fachplaner abgearbeitet werden müssen.³⁹ Bei der modellbasierten Planungsleistung treten weitere Besonderheiten hinzu. Hier hat sich in der Praxis herauskristallisiert, dass die phasenweise Interaktion nach einzelnen Werkplanungsstufen nicht ausreicht, um eine hinreichende Koordination auf der Zeitachse

sicherzustellen. Vielmehr werden bei modellbasierten Arbeiten in regelmäßigen Abständen Koordinationsmodelle hergestellt, wobei den Objekt- und Fachplanungsbeteiligten obliegt, die aufgezeigten Kollisionen, soweit erforderlich, bis zur nächsten Modellzusammenführung zu beseitigen. Die kurzzyklische Erarbeitung weiterentwickelter Modelle zur Koordination stellt einen wichtigen Zeittakt der Umsetzung einer entsprechenden Planungsmethode dar. Das Planungsintervall beträgt hier bei größeren Projekten 2 Wochen, bei kleineren Projekten 4 Wochen. Ähnliches gilt etwa bei der Einführung des aus dem Lean Management abgeleiteten „Last Planner Systems“, welches durch eine kurzzyklische Terminsteuerung aufgrund der Einbindung und der Leistungszusagen betroffener Planer oder ausführender Unternehmen geprägt ist.

Bereits eine Begründung von Einzelfälligkeiten für alle Grundleistungen eines Planers oder Projektmanagers würde bei den in der Praxis verbreiteten Leistungskatalogen mit auch mehr als 100 Grundleistungen dazu führen, dass diesen Unternehmern in Abweichung der werkvertraglichen Grundsätze keine sinnvolle projektbezogene Terminhoheit hinsichtlich der eigenen Leistungserbringung mehr verbliebe.

Entscheidend ist daher weniger, ob eine Teilleistung als solche explizit verselbständigt ist oder wiederum ein Sammelbegriff von vielfältigen Einzeltätigkeiten darstellt, noch deren rechtliche Qualifikation als Grundleistung etwa nach dem Vergütungssystem der HOAI oder AHO. Entscheidend ist vielmehr, dass eine für die Einhaltung vereinbarter Projektziele gewichtige Teilleistung in Rede steht. Das Kammergericht spricht hier von „wichtigen Einschnitten oder Wegmarken im Verlauf der Projektdurchführung“.⁴⁰ Die Teilleistung muss mithin für beide Vertragsteilnehmer erkennbar erhebliche Bedeutung haben, um vorgegebene Projektziele zu erreichen, in der Regel eine rechtzeitige Gesamtfertigstellung. Im Einzelfall können auch anderweitige Terminziele, wie etwa die rechtzeitige Fertigstellung eines bestimmten Bauteils, eine Rolle spielen.

2. Bloße Benennung eines Termins oder einer Frist durch den Architekten oder Ingenieur oder Projektmanager allein nicht ausreichend

Praktisch bei jedem Projekt erwartet ein Auftraggeber von seinen Vertragskräften Hinweise auf die Erreichbarkeit von ihm genannter Projektziele oder aber einzelner Leistungen der Auftragnehmerseite. So hat der Objektplaner etwa in der Leistungsphase 2 (Vorplanung) sogar einen Terminplan mit den wesentlichen Vorgängen des Planungs- und Bauablaufs beizusteuern. Er legt dabei nieder, wann er selbst seine Leistungen für erforderlich hält. Ähnliches gilt für Leistungszusagen im Rahmen eines Projekthandbuchs oder BIM-Ablaufplans für analoge oder digitale Planungsabläufe oder etwa Planungszusagen der Auftragnehmerseite in einem Lean-Prozess. Die entsprechenden Terminangaben indizieren, dass derartige Teilleistungen innerhalb der vom Auftragnehmer selbst benannten Fristen auch tatsächlich erbracht werden können und deren Erfüllung für den Auftragnehmer zumutbar ist. Sie sind unter dem Blickwinkel der terminlichen Verbindlichkeit einem Bauzeitenplan nach § 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B gleichzusetzen. Sie reichen für die Annahme einer im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung festzulegenden Fälligkeit allein indessen nicht aus.

3. Interessenabwägung erforderlich

Über das Vorliegen einer für den Projekterfolg gewichtigen Teilleistung ist eine Interessenabwägung erforderlich. Diese muss einerseits dem Interesse des Auftragnehmers Rechnung tragen, seine Leistungen im Rahmen seiner werkvertraglichen Dispositionsfreiheit im Rahmen etwa vorgegebener Termine erbringen zu können. Es sind andererseits diejenigen gewichtigen Interessen des Auftraggebers zu berücksichtigen, von denen der Auftragnehmer unzweideutig annehmen musste, dass diese für seine Beauftragung maßgeblich waren und deren Einhaltung von ihm unter Berücksichtigung von Treu und Glauben erwartet werden kann. So hatte in dem vom KG entschiedenen Fall der Auftraggeber vor, eine fertigzustellende Wohnung zeitnah zu veräußern. Dazu sollten die ausführenden Unternehmer bis zu einem bestimmten Zeitpunkt beauftragt sein. Dies war dem auftragnehmenden Planer bekannt und dieser hatte auch keinerlei Vorbehalte in Bezug auf die Einhaltung der Frist angemeldet. Unter solchen Umständen kann eine entsprechende Vertragslücke nachträglich geschlossen werden. Denn in einem solchen Fall ist davon auszugehen, dass der Architekt seine Leistungen auch so rechtzeitig erbringen wollte und musste, dass das bekannte Terminziel auch eingehalten wurde.

Zusammenfassend: Nicht jede verspätet erbrachte Teilleistung ist in der Lage, eine Verzugshaftung zu begründen. Voraussetzung für die Teilfälligkeit ist jeweils eine für die Vertragsparteien gewichtige Teilleistung, die für die Erreichung vorgegebener Projektziele von erheblicher Bedeutung ist und deren Einhaltung dem Auftragnehmer nach festgestellten Umständen möglich und zumutbar war.

VI. Zur Beweislast

Nach der Entscheidung des Kammergerichts hat sich im Falle der Annahme einer fälligen Teilleistung der auftragnehmende Architekt oder Ingenieur hinsichtlich des Verschuldens zu entlasten, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Sofern der Auftraggeber auf Basis eines Terminplans einen Verzug des Architekten oder Ingenieurs behaupten will, muss er zunächst die vorstehend beschriebenen Qualifizierungsanforderungen sowie die Inverzugsetzung durch Mahnung beweisen. Denn derjenige, der nachträgliche Vertragsänderungen oder -ergänzungen geltend macht, trägt hierfür grundsätzlich die Beweislast.⁴¹ Das gilt auch für nachträgliche Festlegung in der Leistungszeit.⁴² Ebenso war der Auftraggeber in den bisherigen Kündigungsfällen wegen verzögerter Leistungserbringung beweisbelastet, da die Rechtsprechung in diesen Fällen die Kündigung des Auftraggebers über § 636 BGB a.F. oder wegen eines des Vertragszwecks gefährdenden Verhaltens gelöst hat.⁴³ Dann muss der Auftraggeber die Voraussetzung für sein Kündigungsrecht darlegen.

Ob das Kammergericht durch den Hinweis auf einen im Zweifel maßgeblichen früheren in Betracht kommenden Zeitpunkt eine Änderung dieser Beweislast befürwortet, ergibt sich aus dem Urteil nicht eindeutig.⁴⁴ § 271 BGB betrifft allerdings zunächst lediglich „die Leistung“ und meint damit wie auch sonst im allgemeinen Schuldrecht die jeweils geschuldete Gesamtleistung.⁴⁵ Modell des allgemeinen Schuldrechts ist der punktuelle einmalige Leistungsaustausch,⁴⁶ nicht aber das Dauerschuldverhältnis oder der Langzeitvertrag.⁴⁷ Dementsprechend weist Popescu darauf hin, dass die nicht rechtzeitige Leistung i.S.d. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht mit der Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 2 gleichgestellt werden kann; wenn die nach § 271 BGB erst noch zu bestimmende Leistungszeit in Rede steht, müsse der Auftraggeber den Fälligkeitszeitpunkt der Leistung und die sonstigen Verzugsvoraussetzungen beweisen.⁴⁸

Vorliegend ist zu bedenken, dass im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zunächst die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 271 BGB geschaffen werden müssen. Der jeweilige Auftraggeber ist deshalb darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass ausreichende Anknüpfungspunkte für eine entsprechende objektive Erforderlichkeit der Leistungen für den Projektfortschritt zu einem bestimmten Zeitpunkt erforderlich sind und dies nach einer entsprechenden Interessenabwägung auch zur Begründung einer eigenständigen Leistungspflicht führen kann. Erst dann kann die Fälligkeitsvorschrift des § 271 BGB eingreifen. Will der Planer oder Projektmanager dann einwenden, die Verzögerung sei unverschuldet, muss er sich entsprechend § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB entlasten.

VII. Resümee und Ausblick

Auf erste Sicht führt das Urteil des Kammergerichts zu einer Risikoerhöhung für Planungs- und Projektmanagementbeteiligte, die nun leichter in Verzug geraten können. Allerdings soll nicht jede verzögerte Teilleistung zu einer Verzugshaftung führen können, sondern nur ganz bestimmte, nach dem jeweiligen Projektfortschritt erforderliche und gewichtige Teilleistungen, bzgl. derer davon auszugehen ist, dass beide Parteien nach der jeweiligen Interessenlage verbindlich die rechtzeitige Erbringung der projektnotwendigen Teilleistung vereinbart hätten. Welche Leistung hiervon betroffen sind, kann, da das im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung erfolgt, auch nur im Einzelfall bestimmt werden.

Eine verlässliche Terminsteuerung lässt sich damit schon aufgrund der verbleibenden Unsicherheiten nicht erreichen. Die Parteien bleiben damit auf vertraglichen Regelungen zur zeitlichen Steuerung von Arbeitsschritten angewiesen, die in vielen Verträgen allerdings nur rudimentär ausgebildet sind. Auf ein einseitiges Bestimmungsrecht einer Partei wird sich die andere Partei vielfach nicht einlassen. Stattdessen verlassen sich die Parteien häufig darauf, dass sie zu Beginn jeder Stufe Regelungen zu den Leistungsterminen einvernehmlich abstimmen. Tun sie das nicht, hat der Auftraggeber die Aufgabe, alle Voraussetzungen für die Annahme eines entsprechenden Vertragswillens der Parteien darzulegen.

Das Urteil des Kammergerichts eröffnet einen Rahmen, den Planungs- und Projektmanagementbeteiligten die „Luft zum Atmen“ und einen Raum für Terminhoheit zu belassen. Nicht jede verzögerte Teilleistung führt zu einer Verzugshaftung. Vielmehr müssen hier zentrale, für den Projektfortschritt erforderliche Teilleistungen betroffen sein und es muss im Wege ergänzender Vertragsauslegung davon auszugehen sein, dass die Vertragsparteien die Einhaltung einer Terminvorgabe für eine Teilleistung als Gegenstand ihrer Leistungspflicht begriffen haben. Es wird eine Aufgabe der Praxis in der Zukunft sein, durch Fallbildung die Voraussetzungen solcher Teilleistungen genauer zu bestimmen.

- * Die Verfasser sind Rechtsanwälte und Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht bei Kapellmann und Partner mbB in Düsseldorf und Hamburg.
- 1 Im Hinblick auf eine bessere Lesbarkeit und aus Platzgründen werden eingeführte Begriffe wie Auftraggeber, Auftragnehmer, Planer und Projektmanager verwendet. Der jeweilige Begriff soll sowohl die weibliche wie auch die männliche Person beinhalten.
- 2 BGH, Urt. v. 03.07.1997 – VII ZR 159/96, BauR 1997, 1067.
- 3 KG, Urt. v. 26.04.2022 – 21 U 1030/20, NZBau 2022, 745.
- 4 Plank, jurisPR-PrivBauR 10/2022 Anm. 1.
- 5 Steffen, NJW-Spezial 2022, 334.
- 6 Siehe dazu auch Eschenbruch, NZBau 2022, 195 ff.
- 7 Fuchs, in: BeckOK Bauvertragsrecht, Leupertz/Preussner/Sienz, BGB § 650p, Rdnr. 85, 89.
- 8 Vgl. Eschenbruch, NZBau 2022, 195 (197); Fuchs, in: Fuchs/Berger/Seifert, Beck'scher HOAI und Architektenrechtskommentar, BGB § 650p, Rdnr. 89.
- 9 Vgl. Eschenbruch, NZBau 2022, 195 (197).
- 10 Vgl. Eschenbruch, NZBau 2022, 195 (198).
- 11 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 11.11.2004 – VII ZR 128/03, NJW-RR 2005, 318 (322).
- 12 KG, Urt. v. 26.04.2022 – 21 U 1030/20, NZBau 2022, 745 (748) unter Verweis auf BGH, Urt. v. 21.10.2003 – X ZR 218/01, NZBau 2004, 155 (156).
- 13 Staudinger/Bittner/Kolbe, § 271 BGB Rdnr. 1.
- 14 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 28.05.2009 – X a ZR 113/08; Eschenbruch, Projektmanagement und Projektsteuerung, 5. Aufl., Rdnr. 2186.
- 15 Althaus, FS Kainz 2019, 1 (12); 3. Deutscher Baugerichtstag, Arbeitskreis I – Bauvertragsrecht, BauR 2010, 1313 (1320 f.).
- 16 Vgl. Althaus, in: Beck'scher VOB-Kommentar, § 5 Abs. 3, Rdnr. 2; Gartz, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, § 5, Rdnr. 23 f.
- 17 Vgl. Sacher, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, § 5, Rdnr. 5; Althaus, in: Beck'scher VOB-Kommentar, § 5 Abs. 3, Rdnr. 2; Gartz, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, § 5 Rdnr. 35.
- 18 BGH, Urt. v. 08.03.2001 – VII ZR 470/99, NZBau 2001, 389 sowie BGH, Urt. v. 21.10.2003 – X ZR 218/01.
- 19 BGH, Urt. v. 20.06.1966 – VII ZR 40/64, NJW 1966, 1713; BGH, Urt. v. 11.03.1982 – VIII ZR 128/81, BauR 1982, 290.
- 20 OLG Hamm, Urt. v. 08.12.1989 – 26 U 219/88, NJW-RR 1990, 522; OLG Hamm, Urt. v. 19.01.1994 – 12 U 152/93, BauR 1994, 793; vgl. Kniffka, FS Vygen S. 20 ff.
- 21 BGH, Urt. v. 24.06.2004 – VII ZR 259/02, ZfBR 2004, 781.
- 22 BGH, Urt. v. 11.11.2004 – VII ZR 128/03, NZBau 2005, 158.
- 23 BGH, Urt. v. 28.07.2011 – VII ZR 65/10, NZBau 2011, 622.
- 24 BGH, Urt. 28.07.2011 – VII ZR 65/10, Rdnr. 29: „Eine an den Leistungsphasen des § 15 HOAI orientierte vertragliche Vereinbarung begründet im Regelfall, daß der Architekt die vereinbarten Arbeitsschritte als Teilerfolg des geschuldeten Gesamterfolges schuldet.“
- 25 Fuchs, in: Beck'scher HOAI und Architektenrechtskommentar BGB § 650p, Rdnr. 123; Fuchs, BauR 2015, 345 ff.
- 26 MünchKomm.-Busche, § 650p Rdnr. 24.
- 27 Motive Bd. II S. 496; auch BGH, Urt. v. 28.05.2009 – X a ZR 113/08; Oberhauser, BauR 2010, 308 (312); a.A. Motzke, FS Lang S. 345, 346 f.
- 28 Dazu Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., § 2 II S. 13 f.
- 29 Thode, ZfBR 2004, 214 (225).
- 30 Vgl. OLG Celle, Urt. v. 06.01.2011 – 16 U 37/10, NZBau 2011, 238: „Verzögerungen in der Durchführung eines Bauvorhabens, die auf der aufwändigen Prüfung und anschließenden Überarbeitung einer außergewöhnlich schwierigen statischen Berechnung beruhen, begründen nicht ohne Weiteres eine Pflichtverletzung des Architekten und Ingenieurs.“
- 31 BGH, Urt. v. 21.03.2013 – VII ZR 230/11, NZBau 2013, 386.
- 32 Eine Vereinbarung kann nicht ohne ihren essenziellen Inhalt bewiesen werden, vgl. Leonhard, Die Beweislast, 2. Aufl., S. 251; Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., S. 263, 266 (281).
- 33 von Rintelen, in: Messerschmidt/Voit, Syst. Teil H Rdnr. 54.
- 34 Grüneberg/Retzlaff § 650b Rdnr. 3 m.w.N.
- 35 Von Rintelen, in: Messerschmidt/Voit, Syst. Teil H Rdnr. 55a ff.
- 36 Vgl. etwa MünchKomm.-Busche, BGB, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., § 157 Rdnr. 47 f. mit umfassenden Nachweisen.
- 37 Vgl. dazu Busche, a.a.O., Rdnr. 43.
- 38 KG, Urt. v. 26.04.2022 – 21 U 1030/20, NZBau 2022, 745, 747.
- 39 Merkblatt Deutscher Beton- und Bautechnikverein e.V., Qualität der Planung, Februar 2015, S. 12 f.

- 40 KG, a.a.O., 747.
- 41 Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl. S. 294.
- 42 Pöpel, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 5. Aufl. § 271 Rdnr. 4.
- 43 OLG Köln, Urt. v. 29.07.2003 – 24 U 129/02, Rdnr. 27.
- 44 KG, Urt. v. 26.04.2022 – 21 U 1030/20, NZBau 2022, 745 (748).
- 45 Motive II S. 37 i.V.m. S. 26; v. Rintelen, in: Messerschmidt/Voit, Syst. Teil H Rdnr. 71.
- 46 Nicklisch, in: Der komplexe Langzeitvertrag, 1987, S. 17 m.w.N.
- 47 Dementsprechend tut sich Rechtsprechung und Lehre bereits mit der Dogmatik abschnittsweiser gleicher Leistungen wie beim Sukzessivlieferungsvertrag (Gollub, Verzug und Zurückbehaltungsrecht beim Sukzessivlieferungsvertrag, Diss. Münster, 1989, passim) oder Sukzessivwerkvertrag (Never, Der Sukzessivwerkvertrag, Diss Rostock 1926, passim; ein Sukzessivwerkvertrag wäre z.B. die abschnittsweise Serienfertigung aus beigestellten Material oder die sukzessive Abfuhr von Abfall, vgl. RGZ 68, 75 und Never, a.a.O., S. 20 f.) schwer.
- 48 Popescu, BauR 2023, 312 f.