

# MINDESTSÄTZE BEI SUB-PLANUNGS-AUFTRAG

*OLG Stuttgart, Urteil vom 11.5.2004 – Aktenzeichen: 10 U 203/03*

Wird ein Ingenieur vom Generalplaner als „Nachunternehmer“ mit Planungsaufgaben beauftragt, kann der Ingenieur gegen die getroffene Honorarvereinbarung nicht einwenden, diese unterschreite die Mindestsätze nach der HOAI.

## **Problem/Sachverhalt**

Ein Ingenieur erhält vom Generalplaner den Teilauftrag Elektroplanung übertragen. Es ist vereinbart, dass der Ingenieur den Teil des Gesamthonorars erhalten soll, den der Generalplaner vom Auftraggeber anteilig für die Elektroplanung bekommt. Mit der Klage hat der Ingenieur u.a. etwa 16.000,00 EUR zusätzlich verlangt, weil die Honorarvereinbarung die Mindestsätze unterschreite. Daher sei die Vereinbarung unwirksam.

## **Entscheidung**

Das OLG Stuttgart hat insoweit die Klage abgewiesen. Eine Honorarvereinbarung unterhalb der Mindestsätze sei zwar grundsätzlich unwirksam. Aber der Ingenieur könne hier den Mindestsatz nicht verlangen, weil dies gegen Treu und Glauben verstoße. Er verhalte sich selbstwidersprüchlich, nachdem mehrere vorherige Aufträge ähnlich abgewickelt worden seien.

## **Praxishinweis**

Das Urteil verdient im Ergebnis Zustimmung. Es ist indirekt vom Bundesgerichtshof (BGH) bestätigt worden, indem die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, die Sache also nicht zur Verhandlung angenommen worden ist.

Die Begründung ist zu pauschal. Nach der Rechtsprechung des BGH ist Treuwidrigkeit dann gegeben, wenn der Auftraggeber auf die Wirksamkeit der Vereinbarung vertraut hat und vertrauen durfte und sich finanziell darauf eingerichtet hat, so dass es absolut unzumutbar wäre, ihn nachträglich mit Mehrkosten zu belasten. Das ist für den Endkunden eines Architekten oder Ingenieurs oft nicht leicht zu belegen.

Die Besonderheit des Verhältnisses Generalplaner – Subplaner liegt hier sicherlich darin, dass der Generalplaner selbst ein unter den Mindestsätzen liegendes Honorar (anteilig bezogen auf die Elektroplanung) vereinbart und erhalten hat und dieses Honorar komplett durchleitete. Es wäre unfair, ihm entweder einen Verlust durch die Untervergabe aufzuerlegen oder ihn zu zwingen, seinen eigenen (Dauer-)Auftraggeber ebenfalls mit der Forderung nach Mindestsätzen zu konfrontieren und so ggf. die Geschäftsbeziehung zu riskieren.

Allerdings sind Subplanerverträge ganz unterschiedlich ausgestaltet. Für die Frage, ob eine Mindestsatzunterschreitung hinzunehmen ist, kommt es auf jeden Einzelfall an.

## **AUFTRAGGEBER UND AUFTRAGNEHMER SCHLIESSEN EINEN VOB-VERTRAG**

*BGH, Urteil vom 24.2.2005 — Aktenzeichen: VII ZR 141/03*

### **Sachverhalt**

Auftraggeber und Auftragnehmer schließen einen VOB-Vertrag. Es geht um Rohbauarbeiten für ein Krankenhaus. Dem Werkunternehmer werden einzelne Schalungs-, Bewehrungs- sowie Architektenpläne nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt. Dadurch verlängert sich die Bauzeit. Der Werkunternehmer verlangt Ersatz zusätzlicher Kosten. Geltend gemacht werden zusätzliche Arbeitsstunden, Kosten für Schalung und Gerätevorhaltung, Löhne etc. in Höhe von knapp 1 Mio. €.

Die Klage hat keinen Erfolg, und zwar deshalb, weil der Auftragnehmer Ansprüche nicht hinreichend darlegen konnte.

### **Die Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof hat im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen Folgendes festgehalten:

- Verlangt der Auftragnehmer Ersatz von Behinderungsschäden, reicht es grundsätzlich nicht aus, nur eine oder mehrere Pflichtverletzungen (z.B. wie hier Planlieferverzug) vorzutragen. Darüber hinaus muss dargetan und bewiesen werden, welche Behinderung mit welcher Dauer und mit welchem Ausmaß daraus verursacht wurde. Gibt es mehrere Pflichtverletzungen, muss der Auftragnehmer dies jeweils für den Einzelfall vortragen.
- Eine Klage aus § 6 Nr. 6 VOB/B erfordert eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderung. Dem Auftragnehmer ist im Behinderungsfall die Erstellung einer aussagekräftigen Dokumentation zumutbar.
- Für die sog. haftungsbegründende Kausalität – also der Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Behinderungsschaden – muss der Auftragnehmer den Vollbeweis führen. Nur für die sog. haftungsausfüllende Kausalität – Ursachenzusammenhang zwischen Behinderung und Folgen – besteht die Möglichkeit der Schätzung nach § 287 ZPO.

### **Praxishinweis**

Oft gibt es Bauablaufstörungen, weil Auftraggeber Pläne nicht rechtzeitig vorlegen. Der Weg zum Ersatzanspruch des Auftragnehmers ist allerdings weit und voller

Hindernisse. Ohne baubegleitende Dokumentation über den jeweiligen Planlieferverzug und die sich daraus ergebenden Behinderungsfolgen ist ein Werkunternehmer nachträglich häufig nicht mehr in der Lage, den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Behinderung schlüssig darzulegen. Dies erfordert bei komplexen Bauvorhaben ein spezielles „Behinderungsmanagement“.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## **BAUTRÄGER ERRICHTET EINE WOHNUNGSEIGENTUMSANLAGE**

*OLG Hamm, Urteil vom 10.2.2005 — Aktenzeichen: 21 U 94/04*

### **Der Fall**

Der Bauträger errichtet eine Wohnungseigentumsanlage. In der Baubeschreibung ist folgende Klausel enthalten:

„Von der Leistungsbeschreibung abweichende Ausführungen bleiben vorbehalten, sofern damit technische Verbesserungen verbunden und/oder der Gesamtwert des Objekts nicht wesentlich beeinträchtigt werden.“

Nach der Baubeschreibung schuldete der Bauträger die Ausführung der Fassade in mineralischem Kratzputz. Ausgeführt wird allerdings ein Kunstharz-Silikonputz. Dies wollen die Wohnungseigentümer nicht hinnehmen. Sie verlangen den Austausch des Kunstharzputzes gegen den vorgesehenen mineralischen Fassadenputz. Der Bauträger lehnt dies unter Hinweis auf die obige Klausel ab; der Gesamtwert des Objekts sei nicht beeinträchtigt.

Die Klage der Eigentümer auf Vorschuss hatte erst beim OLG Erfolg.

### **Die Entscheidung**

Das Oberlandesgericht Hamm gab den Eigentümern Recht. Ein Mangel wurde bejaht. Die Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit sei auch nicht durch die oben genannte Klausel gerechtfertigt. Denn diese verstoße gegen § 10 Nr. 4 AGB-Gesetz (heute § 308 Nr. 4 BGB). Indem die Klausel auf den Gesamtwert abstelle, würde sie nämlich dazu führen, dass ein Einzelgewerk erheblich in Qualität oder Quantität reduziert oder ein kleineres Gewerk, dessen Volumen nur einen geringen Prozentsatz des Gesamtbauwertes ausmacht, sogar ganz weggelassen werden könnte. An einer so weit gehenden Abänderungsbefugnis bestehe kein schutzwürdiges Interesse des Bauträgers.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

# VERTRAGSSTRAFEVERSPRECHEN, VERZUGSEINTRITT

*OLG Hamm, Urteil vom 26.4.2005 — Aktenzeichen: 21 U 15/04*

Wird eine kalendermäßig bestimmte Leistungszeit wegen Baubehinderungen aufgehoben, ist für die Vereinbarung einer neuen kalendermäßig bestimmten Leistungszeit ein Konsens der Parteien erforderlich. Nicht ausreichend hierfür ist das Schreiben einer Vertragspartei, wegen einzelner Baubehinderungen werde eine Verlängerung der Leistungszeit um 2 Tage anerkannt, eine weitere Verlängerung wegen anderer Baubehinderungen werde jedoch nicht anerkannt. Voraussetzungen für eine wirksame Mahnung ist die Fälligkeit der Leistung. Vorher ausgesprochen, ist die Aufforderung zur Leistung wirkungslos.

(Leitsätze des Verfassers)

## **Sachverhalt**

Bei der Klägerin handelte es sich um die Bauherrin eines Bauvorhabens in Berlin. Der Beklagte war der von der Klägerin beauftragte Architekt.

Die Klägerin schloss mit einer Garten- und Landschaftsbaufirma G. einen Vertrag über Landschaftsbauarbeiten. Als Fertigstellungstermin war der 30.9.1997 bestimmt. Im Vertrag war ein Vertragsstrafeversprechen für den Fall des Verzuges mit der Leistung enthalten.

Während der Ausführung ihrer Arbeiten zeigte die Fa. G. gegenüber der Klägerin Baubehinderung durch andere auf der Baustelle tätige Unternehmen an. Mit Schreiben vom 17.9.1997 erkannte die Klägerin eine Verlängerung der Leistungszeit um 2 Tage wegen einzelner Baubehinderungen an, wies aber zugleich darauf hin, dass eine von der Fa. G. darüber hinaus beanspruchte weitere Verlängerung wegen weiterer Baubehinderungen nicht anerkannt werde.

Zwischen dem 17.9.1997 und 26.9.1997 forderte die Klägerin die Fa. G schriftlich auf, die Außenanlagen fertig zu stellen.

Anfang Januar 1998 erfolgte die Abnahme der Außenanlagen durch den Beklagten für die Klägerin. Dabei wurde ein Vorbehalt der Vertragsstrafe nicht erklärt.

Die Klägerin war der Ansicht, die Fa. G. sei mit den Außenarbeiten in Verzug gewesen und habe daher die Vertragsstrafe verwirkt. Den Ausfall des Vertragsstrafenanspruchs gegenüber der Fa. G. aufgrund der unterlassenen Erklärung des Vorbehalts machte die Klägerin nunmehr gegenüber dem beklagten Architekten geltend.

Das OLG Hamm hat die Klage abgewiesen.

## **Entscheidung**

Das OLG Hamm war der Auffassung, dass sich eine Verwirkung der Vertragsstrafe nicht feststellen lasse.

Die Fa. G. sei nicht ohne Mahnung in Verzug geraten. Eine kalendermäßige Leistungszeit sei zu diesem Zeitpunkt nicht (mehr) vertraglich bestimmt gewesen. Zwar sei als Leistungszeit i.S.d. § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. ursprünglich im Vertrag der 30.9.1997 vereinbart gewesen. Diese Vereinbarung über die Leistungszeit sei jedoch wegen Baubehinderungen aufgehoben worden. Nach der Aufhebung der ursprünglich vereinbarten Leistungszeit sei kein neuer Fertigstellungstermin vereinbart worden. Eine solche Vereinbarung sei insbesondere nicht im Schreiben der Klägerin vom 17.9.1997 zu sehen. In dem Schreiben sei für einige Baubehinderungen eine Verlängerung der Leistungszeit anerkannt worden und für andere nicht. Damit ergebe sich schon aus dem Schreiben selbst, dass kein Konsens über eine neue Leistungszeit bestanden habe.

Die Fa. G. sei auch nicht durch eine Mahnung der Klägerin gem. § 284 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. in Verzug geraten. Die an die Fa. G. gerichteten Schreiben der Klägerin aus September 1997 stellten keine Mahnungen im Rechtssinne dar. Die Aufforderung zur Leistung müsse nach Fälligkeit erfolgen; vorher ausgesprochen, sei sie wirkungslos.

Die Fälligkeit der Arbeiten sei gem. § 271 BGB frühestens mit dem von der Klägerin behaupteten Fertigstellungstermin am 3.10.1997 eingetreten.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## **VERWENDUNG DES BEGRIFFS „ARCHITEKTUR“ OHNE MITGLIEDSCHAFT IN DER ARCHITEKTENKAMMER**

*OLG Hamm, Urteil vom 13.5.2004 — Aktenzeichen: 4 U 140/03; BGH, Beschluss vom 27.01.2005 - I ZR 113/04 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); § 2 BauKaG NW, §§ 1, 3 UWG*

### **Problem / Sachverhalt**

Der Beklagte hatte 1978 an der TU Berlin das Diplom der Studienrichtung Architektur mit Schwerpunkt Architektur und Stadtbau erworben. Er führt seitdem ein Planungsbüro, ist aber in die Architektenliste der Architektenkammer NW nicht eingetragen. Sein Briefkopf lautet: „Planungsbüro T., (...) T., Dipl.-Ing. (TU) für Architektur und Stadtbau.“

Die Architektenkammer NW nimmt ihn auf Unterlassung wegen unlauteren Wettbewerbs in Anspruch. Er dürfe den geschützten Begriff Architekt und alle

damit verwandten Begriffe nicht verwenden, da er nicht in die Architektenliste eingetragen sei. Da es lediglich den Titel des Diplom-Ingenieurs gebe, nicht aber den eines Diplom-Ingenieurs für Architektur, sei auch aus dieser Sicht die Verwendung nicht zu gestatten.

### **Entscheidung**

Das OLG Hamm gibt dem Diplom-Ingenieur Recht. Eine gesetzeswidrige Verwendung der Berufsbezeichnung „Architekt“ sei zwar auch wettbewerbsrechtlich zu ahnden. Der Beklagte verstoße aber aus zwei Gründen nicht gegen das Verbot in § 2 Absatz 2 des Baukammerngesetzes (BauKaG NW). Einmal verstehe man die Angabe auf dem Briefbogen als Hinweis auf seine akademische Qualifikation und nicht als Berufsbezeichnung. Es werde auch nicht der Eindruck erweckt, der akademische Grad laute insgesamt „Dipl.-Ing. (TU) für Architektur und Stadtbau“, sondern der Verkehr verstehe dies als Hinweis auf die Fachrichtung des Diplomstudienganges. Ein solcher zutreffender Hinweis kann dem Beklagten nicht untersagt werden.

Daneben schütze § 2 Abs.2 BauKaG NW nur das Wort „Architekt“ und Wortverbindungen mit diesem Wort oder ähnlichen Wörtern. Der Begriff der „Architektur“ sei keine Wortverbindung mit dem Wort „Architekt“, weil eine Wortverbindung eine Einheit mehrerer Wörter darstellt, die ständig zusammen gebraucht werden.

Der BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerde aus Streitwertgründen zurückgewiesen, jedoch auch kurz bestätigt, dass der zutreffende Hinweis auf die Qualifikation eines Diplom-Ingenieurs der Fachrichtung Architektur zulässig sein muss.

### **Praxishinweis**

Die Entscheidung zeigt, dass Architektenkammern zuweilen auch deutlich über das Ziel hinausschießen. Von Nichtmitgliedern zu verlangen, dass das Wort „Architekt(ur)“ nirgends auf Briefbögen oder in Werbematerialien auftaucht, geht zu weit. Sofern sie berechnete Interessen wahrnehmen und nicht „Architekt“ als Kennzeichnung ihres Berufs gebrauchen, geht das in Ordnung.

Die durchaus feinsinnige Unterscheidung des OLG Hamm, ob eine Wortverbindung mit dem Begriff Architekt vorliegt, ist nach dem aktuellen BauKaG NW vom 16.12.2003 nicht mehr von Belang, weil nunmehr auch „ähnliche Bezeichnungen“ geschützt sind. Das Beispiel dient jedoch als Erinnerung, dass jedes Bundesland sein eigenes Gesetz zum Schutz dieser Berufsbezeichnungen hat und das Schutzniveau durchaus unterschiedlich ausfällt. Daher können auch obergerichtliche Entscheidungen nicht ohne genauen Blick ins Gesetz von einem Bundesland ins andere „transponiert“ werden.

---

# FEHLER VON AUSFÜHRUNGSPLÄNEN

## Zum Fall

Die Klägerin errichtet an ihrem Haus einen Anbau mit begehbaren Flachdach. Die Genehmigungsplanung übernahm ein Architekt. Die Kosten für eine Ausführungsplanung und Überwachung der Bauarbeiten dagegen wollte sich die Klägerin sparen.

Die Entwässerung des Flachdachs misslang. Die Dachdecker verstießen in mehrfacher und eklatanter Hinsicht gegen anerkannte Regeln der Technik, so dass es im Anbau zu massiven Feuchteschäden kam.

Ihren Schaden wollte die Klägerin verständlicherweise von den Dachdeckern ersetzt erhalten. Sie klagte. Zu ihrer Überraschung gab das Landgericht der Schadensersatzklage nur teilweise statt. Dem lag Folgendes zugrunde:

Als einen Grund für die Feuchteschäden sah der eingeschaltete Sachverständige das Fehlen von Ausführungsplänen. Solche Detailpläne hätten es den Handwerkern gestattet, die neuralgischen Punkte einer Flachdachentwässerung mit Abdichtung sicher in den Griff zu bekommen. Dass dies nicht gelang, habe sich die Klägerin jedenfalls teilweise selbst zuzuschreiben, da sie aus Kostengründen auf die Erstellung einer Ausführungsplanung verzichtet habe. Hierin sah das Landgericht ein Mitverschulden, was zur Kürzung des Anspruchs um 1/3 führte.

Diese Einschätzung teilte das OLG Hamm und wies die gegen die teilweise Abweisung der Klage gerichtete Berufung als unbegründet zurück. Urteil des 23. Zivilsenats vom 20.1.2005 (23 U 16/04)

## Praxishinweis

Mit dieser Entscheidung bricht die Rechtsprechung gewissermaßen mit dem Grundsatz, dass ein Handwerker selbst für das ihm übertragene Gewerk einzustehen hat und insbesondere wissen muss, auf welche Weise er den versprochenen Erfolg sicherstellt. Ein Bauherr läuft künftig Gefahr, dass ein schlecht arbeitender Werkunternehmer einwendet, sein Ergebnis wäre besser gewesen, wenn der Bauherr für eine vernünftige Fachplanung gesorgt hätte.

Aber nicht alle Gerichte entscheiden so streng wie der 23. Senat in der oben genannten Entscheidung. So hat das OLG Celle im Urteil vom 21.10.2004 (14 U 26/04, BauR 2005, 397) ausgeführt:

„Ein Handwerker, der das ihm übertragene Gewerk in Kenntnis dessen übernimmt, dass es eine Fachplanung des Bauherrn oder seiner Architekten nicht gibt, kann sich im Fall einer mangelhaften Ausführung der Werkleistung nicht auf ein Mitverschulden wegen fehlender Planung berufen. Ein Hinweis auf Bedenken gegen die beabsichtigte Bauausführung ist an den Bauherrn selbst zu richten,

wenn sich dessen Architekt – sei er auch rechtsgeschäftlich bevollmächtigte – den Bedenken verschließt.“

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## FRISTSETZUNG MIT KÜNDIGUNGSANDROHUNG

*OLG Hamm, Urteil vom 11.1.2005 — Aktenzeichen: 24 U 61/04*

### **Zum Fall**

Der Kläger beauftragte den beklagten Maler mit Wärmedämmarbeiten. Die Parteien vereinbarten die Geltung der VOB/B. Die durchgeführten Arbeiten waren unstreitig mangelhaft. Mit diversen anwaltlichen Schreiben wurde der Beklagte unter Fristsetzung und unter Androhung der Auftragsentziehung zur Mangelbeseitigung aufgefordert. Der Beklagte reagierte zunächst nicht. So setzte der Kläger mit Schreiben vom 14.8.2003 ein letzte Nachfrist bis zum 10.9.2003. Die Kündigung wurde angedroht. Die Nachfrist verstrich.

Im Rahmen eines Ortstermins verständigten sich die Parteien einige Tage später auf eine Durchführung der Nachbesserung unter Aufsicht eines Privatsachverständigen. Gleichwohl entzog der Kläger dem Beklagten kurze Zeit später unter Hinweis auf die bereits verstrichene Nachfrist den Auftrag, ließ die Mängel durch ein Drittunternehmen vornehmen und verlangte mit der Klage die Ersatzvornahmekosten vom Beklagten ersetzt.

### **Die Entscheidung**

Erst in der Berufungsinstanz wurde die Klage abgewiesen. Der 24. Zivilsenat des OLG Hamm entschied, dass der Kläger nicht berechtigt war, den Auftrag zu entziehen, nachdem er sich auf den Beklagten wieder eingelassen habe.

Anerkanntermaßen sei eine Auftragsentziehung (Kündigung) nicht mehr möglich, wenn der Auftraggeber sich zwischen Setzung der Nachfrist und der Kündigungserklärung in einer Weise mit dem Auftraggeber eingelassen habe, aus der bei objektiver Betrachtung nicht mehr auf einen ernsthaften Kündigungswillen geschlossen werden könne; in einem solchen Fall setze die Kündigung eine erneute Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung voraus.

Davon sei hier auszugehen, nachdem die Parteien eine (gemeinsame) Nachbesserung unter Aufsicht eines Privatsachverständigen abgestimmt hätten. Dadurch sei objektiv gesehen der Eindruck erweckt worden, als sei die angedrohte Kündigung nach § 8 Nr. 3, 4, Nr. 7 VOB/B hinfällig geworden.

Die Auftragsentziehung aus wichtigem Grund wäre nach alledem nur nach Setzung einer neuen Nachfrist mit Kündigungsandrohung möglich gewesen. Da eine solche



Nachfrist nicht gesetzt worden sei, sei die Klage auf Zahlung der Ersatzvornahmekosten unbegründet.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## SICHERUNGSBÜRGSCHAFT FÜR ARCHITEKTEN

*OLG Düsseldorf, Urteil vom 5.10.2004 — Aktenzeichen: 21 U 26/04*

Ein planender Architekt kann Sicherheit durch Bankbürgschaft nach § 648 a BGB verlangen. Es kommt nicht darauf an, ob sich seine Leistung schon als Wertsteigerung im Bauwerk bemerkbar macht.

### **Problem / Sachverhalt**

Ein Architekt wird mit einer Bauplanung beauftragt. Bereits die erste Abschlagsrechnung über 40.000,00 EUR bleibt unbezahlt. Der Architekt verlangt vor der Ausführung weiterer Leistungen daher eine Bankbürgschaft nach § 648 a BGB zur Absicherung des gesamten Planungshonorars von 98.000,00 EUR. Als diese nicht eintrifft, setzt er eine Nachfrist und rechnet sodann den Vertrag unter Abzug ersparter Aufwendungen ab (75.000,00 EUR).

### **Entscheidung**

Das OLG entscheidet, dass der Architekt grundsätzlich im Recht war. Er durfte – das war bislang umstritten – wie jeder andere Baubeteiligte eine „Handwerkersicherungsbürgschaft“ nach § 648 a BGB anfordern. Da diese nicht einging, durfte er die Leistungen einstellen und auch den Vertrag über eine Nachfrist endgültig beenden.

Allerdings erhält der Architekt kein Honorar für die nicht mehr erbrachten Leistungen. Bei seinem gewählten Vorgehen steht er nicht einem Architekten gleich, dem der Auftrag vom Bauherrn gekündigt wird (§ 649 BGB), sondern seine Ansprüche bestimmen sich nach §§ 643, 645 BGB.

### **Praxishinweis**

Eine Absicherung durch Grundbucheintragung (§ 648 BGB) erhält der Architekt erst, wenn sich seine Arbeit im Grundstücks-/Bauwerkswert niederschlägt. Anders hier: Richtigerweise kommt es bei der Bürgschaft (§ 648 a BGB) darauf nicht an.

Ob die Regelung der (so genannten) Handwerkersicherungsbürgschaft es nicht zulässt, dem Architekten auch den Schaden wegen des nicht mehr ausgeführten Restvertrages zu kompensieren, wird die Zukunft zeigen. Zumindest hätte man hier auch an eine (weitere) Verletzung der Mitwirkungspflicht des Bauherrn denken können, nämlich die Nichtzahlung der Abschlagszahlung. Es kann im Ergebnis ernstlich keinen Unterschied machen, ob der Bauherr kündigt oder den Architekten

durch mangelnde Zahlung und mangelnde sonstige Mitwirkung (Freigabe, Unterschrift auf dem Bauantrag usw.) in die Kündigung treibt.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## NEUES ZUM GROBEN BEHANDLUNGSFEHLER

*BGH, Urteil vom 27.4.2004 — Aktenzeichen: VI ZR 34/03*

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 27.4.2004 (VI ZR 34/03) klargestellt: Ein grober Behandlungsfehler, der geeignet ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, führt grundsätzlich zu einer Umkehr der objektiven Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden. Dafür reiche – so der BGH –, dass der grobe Behandlungsfehler geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen; nahe legen oder gar wahrscheinlich machen muss der Fehler den Schaden nicht. Entsprechendes gelte auch für die Beweislast bei Befunderhebungsfehlern.

### Sachverhalt

Nach einem Motorradunfall wurde der Kläger ins beklagte Krankenhaus eingeliefert. Dort wurden einige Frakturen an Rippen und Wirbelkörpern diagnostiziert. Nicht bemerkt wurde eine Beckenringfraktur. Zunächst wurde Bettruhe verordnet, einige Tage später wurde der Kläger mobilisiert. Wenig später verspürte der Kläger Schmerzen beim Gehen. Röntgenaufnahmen wurden nicht veranlasst; die Beckenringfraktur blieb weiterhin unentdeckt. Die behandelnden Ärzte verschrieben bei weiterer Mobilisierung auch jetzt keine Unterarmgehstützen. Nach Entlassung des Klägers begab sich dieser bei persistierenden Schmerzen anderweitig in ärztliche Behandlung. Eine dort veranlasste Beckenübersichtsaufnahme zeigte den Beckenringbruch. Der Bruch war mit einer Verschiebung zusammengewachsen; diagnostiziert wurde eine Pseudoarthrose.

Der Kläger klagte auf Schmerzensgeld und Schadensersatz. Es sei behandlungsfehlerhaft gewesen, dass die Beckenringfraktur nicht schon im Krankenhaus erkannt worden sei. Die festgestellte Pseudoarthrose (neben weiteren Beschwerden) sei darauf zurückzuführen. Die Klage wurde abgewiesen; die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg; das Oberlandesgericht war der Auffassung, dass es in der Verantwortung des Tatrichters im Einzelfall liege, über die Zubilligung von Beweiserleichterungen sowie über deren Umfang und Qualität zu entscheiden. Darin stimmt der Bundesgerichtshof indes nicht zu und hob die Entscheidung auf und verwies die Sache zurück.

### Entscheidung

Der Bundesgerichtshof hat nun klargestellt, dass es im Falle eines groben

Behandlungsfehlers (ein solcher muss natürlich vorliegen) nicht um abgestufte Beweiserleichterungen gehe, sondern um die Umkehr der Beweislast. Es gibt keinen „Ermessensspielraum“ des Richters. Die Verlagerung der Beweislast bei einem groben Behandlungsfehler sei nur dann ausgeschlossen, wenn angesichts der geringen Schadensneigung des Fehlers der Ursachenzusammenhang zwischen dem groben Behandlungsfehler und Schaden gänzlich bzw. äußerst unwahrscheinlich sei. Ein grober Behandlungsfehler, der geeignet ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art herbei zu führen, führt zu einer Umkehr der Beweislast für den Zusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden. Dafür reiche – so der BGH – die Eignung des Fehlers, den Schaden zu verursachen; nahe legen oder wahrscheinlich machen müsse der Fehler den Schaden nicht.

Der Bundesgerichtshof hat weiter ausgeführt, dass diese Grundsätze entsprechend für den Nachweis des Kausalzusammenhangs bei einem einfachen Befunderhebungsfehler gelten, wenn – wie in dem Fall – zugleich auf einen groben Behandlungsfehler zu schließen ist, weil sich bei der unterlassenen Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verkennung als fundamental oder die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen würde. Ist das Verkennen des gravierenden Befundes oder die Nichtreaktion auf ihn generell geeignet, den tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden herbei zu führen, tritt nach Einschätzung des BGH – wenn nicht ein Ursachenzusammenhang zwischen dem Fehler und dem Schaden äußerst unwahrscheinlich ist – grundsätzlich eine Beweislastumkehr ein. In einem derartigen Fall führt nämlich bereits das nicht grob fehlerhafte Unterlassen der gebotenen Befunderhebung wie ein groberes Kausalverlaufs. Es verhindert die Entdeckung des wahrscheinlich gravierenden Befundes und eine entsprechende Reaktion darauf mit der Folge, dass hierdurch das Spektrum der für die Schädigung des Patienten in Betracht kommenden Ursachen besonders verbreitert oder verschoben wird.

Genau dies galt nach Ansicht des BGH in dem zu entscheidenden Fall. Die Befunde waren nicht erhoben. Der (einfache) Befunderhebungsfehler hat die gebotene und zur Vermeidung des eingetretenen Schadens geeignete Reaktion auf die Beckenringfraktur verhindert. Die Aufklärung des hypothetischen weiteren Krankheitsverlaufs war erschwert.

### **Praxishinweis**

So sehr die Entscheidung auch aus Patientensicht zu begrüßen ist, ist nicht zu verkennen, dass dem Tatrichter Spielräume bleiben bei der Frage, ob ein Behandlungsfehler letztlich als grob fehlerhaft zu bewerten ist. An dieser Stelle entscheidet sich also häufig der Prozess. Nach wie vor sind Gerichte und insbesondere Sachverständige mit der Bewertung eines Fehlers als grob fehlerhaft sehr zurückhaltend.

---

## **SCHLECHTE ZAHLUNGSMORAL - WIE SICHERT SICH DER UNTERNEHMER?**

Seit Jahren liegt die Bauwirtschaft am Boden. Aufträge bleiben aus. Rechnungen werden nicht bezahlt. Bauunternehmen werden insolvent. Für die Misere wird (auch) die schlechte Zahlungsmoral der Auftraggeber verantwortlich gemacht. Die Zahlungsmoral verbessern soll nun das geplante Forderungssicherungsgesetz. Ob dies gelingen kann, wird kontrovers diskutiert.

Bisherige Versuche des Gesetzgebers, durch Regelungen die Zahlungsbereitschaft von Auftraggebern zu verbessern, waren weitestgehend erfolglos, auch weil die Baupraxis das rechtliche Instrumentarium nicht annahm. Nun soll das Forderungssicherungsgesetz den Handwerkern Geld in die Kassen spülen.

Der Bundesrat hat - nach zahlreichen Diskussionen in Arbeitsgruppen und Unterarbeitsgruppen - am 11.6.2004 den Entwurf des Forderungssicherungsgesetz in das Gesetzgebungs-verfahren eingebracht (BR-Drucksache 458/04). Dabei hat man sich auf die Fahne geschrieben, durch ein Bündel von Maßnahmen die Zahlungsmoral bessern zu wollen. So sollen Handwerksbetriebe in die Lage versetzt werden, ihre Werklohnansprüche effektiv zu sichern.

Folgende Neuerungen sind angedacht:

- Der Handwerker soll im Hinblick auf viel zu lange dauernde Prozesse durch eine vorläufige Zahlungsanordnung des Gerichts schneller an einen vollstreckbaren Zahlungstitel gelangen können, wenn nach Auffassung des Gerichts die Klage nach bisherigem Sach- und Streitstand hohe Aussicht auf Erfolg hat und die Anordnung nach Abwägung der beiderseitigen Interessen zur Abwendung besonderer Nachteile für den Kläger gerechtfertigt ist, die sich aus der voraussichtlichen Verfahrensdauer ergeben.
- Ferner soll der Handwerker einen Anspruch auf Abschlagszahlung haben, wenn er seinem Auftraggeber die vertragsgemäße Leistung in nicht mehr entziehbarer Weise zur Verfügung gestellt hat. Im Gegenzug kann der Auftraggeber allerdings eine Sicherheit in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruchs verlangen, dass das Werk rechtzeitig und ohne wesentliche Mängel fertig gestellt wird. Die schmälert natürlich die Liquidität des Handwerkers.
- Neu ist auch, dass Subunternehmer ihr Geld nicht nur fordern können, wenn der Bauherr gezahlt hat, sondern auch wenn das Werk ohne Zahlung abgenommen wurde oder der Generalunternehmer keine Angaben über die eingegangene Zahlung macht.

- Der Druckzuschlag aus dem Zurückbehaltungsrecht, der bisher den dreifachen Wert der Mängelbeseitigungskosten betrug, wird auf den zweifachen Wert reduziert.
- Der Anspruch auf Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB wird (klarstellend) auf die Zeit nach Abnahme des Werkes erweitert.
- Kündigt ein Auftraggeber den Vertrag nach § 649 BGB, soll der Unternehmer künftig 5 % der vereinbarten (wenn auch noch nicht verdienten) Vergütung beanspruchen können.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)