

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Dr. Walter Klein
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2015, 358 - 371 (Heft 2a)
Verlag	Werner Verlag

Klein, BauR 2015, 358

Nacherfüllung als Mangelanspruch gegen den Architekten, insbesondere vor Abnahme

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Dr. Walter Klein, Köln

Der Anspruch des Auftraggebers auf Nacherfüllung gegen den Architekten spielt in der Praxis keine zentrale Rolle. Wird dem Architekten eine Pflichtverletzung in Form einer mangelhaften Leistung vorgeworfen, macht der Auftraggeber regelmäßig einen Schadensersatzanspruch geltend. Hat sich der Mangel der Architektenleistung bereits am Bauwerk realisiert, erhält der Auftraggeber Schadensersatz, der sich aus den Sanierungskosten einerseits und den „Regiekosten“ andererseits zusammensetzt. Dabei wird regelmäßig nicht problematisiert, ob dem Auftraggeber ein Mängelanspruch vor Abnahme gegen den Architekten überhaupt zusteht. Es wird auch nicht näher betrachtet, ob – jedenfalls im Hinblick auf die „Regiekosten“ – eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen war. Für den Architekten ist dies deshalb besonders problematisch, weil die Schäden im Zusammenhang mit der Erfüllung nicht dem Versicherungsschutz unterliegen; hierbei handelt es sich um sogenannte „Erfüllungsschäden“.

Es wird deshalb im Folgenden beleuchtet, ob dem Auftraggeber gegen den Architekten Mängelansprüche auch vor Abnahme zustehen (hierzu A.) und inwieweit dem Architekten die Möglichkeit der Nacherfüllung im Rahmen einer Planung bzw. Überwachung (hierzu B. und C.) einzuräumen ist. Schließlich werden die versicherungsrechtlichen Aspekte beleuchtet, insbesondere die Frage, ob die Einordnung der Ansprüche des Auftraggebers gegen den Architekten Konsequenzen für den Versicherungsschutz hat (hierzu D.)

A. Mängelanspruch vor Abnahme

Die Anwendbarkeit der Mängelansprüche vor Abnahme wird insbesondere für den Bauvertrag diskutiert.

I. Meinungsstand

Unstreitig ist, dass vor Abnahme die allgemeinen Rechte anwendbar sind. Der Auftraggeber kann also Schadensersatz nach [§ 280 BGB](#) verlangen, wenn er durch eine Pflichtverletzung einen Schaden erleidet. Er kann vom Vertrag zurücktreten, [§ 323 BGB](#). Dies setzt voraus, dass der Unternehmer eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt und der Auftraggeber erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Hierbei ist zu beachten, dass die Frist grundsätzlich erst nach Eintritt der Fälligkeit zu setzen ist. Außerdem steht dem Auftraggeber das Recht zu, den Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen. Die rechtliche Grundlage hierfür ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen oder aus einer direkten bzw. analogen Anwendung des [§ 314 BGB](#).¹

Streitig ist, ob die Mangelrechte vor Abnahme anwendbar sind. Hierbei geht es insbesondere um die Frage, ob der Auftraggeber das Recht zur Selbstvornahme hat ([§§ 633](#), [634 Ziff. 2](#), [637 BGB](#)) sowie das Honorar mindern kann ([§§ 633](#), [634 Ziff. 3](#), [638 BGB](#)).

Teilweise wird geltend gemacht, die Rechte aus [§ 634 BGB](#) könnten erst nach der Abnahme eingreifen. Zur Begründung wird ausgeführt, dass [§ 634 BGB](#) das Ende des Erfüllungsstadiums und damit die Abnahme voraussetze. Bis zur Abnahme seien die Leistungen des Unternehmers reine Vorbereitungshandlungen.² Hinsichtlich der Mangelhaftigkeit könne das Werk erst beurteilt werden, wenn es fertiggestellt sei. Bis dahin habe der Auftraggeber auch kein Recht, operativ in die Leistung des Unternehmers einzugreifen.³ Aus der sogenannten Dispositionsbefugnis ergebe sich außerdem, dass es allein Sache des Unternehmers sei, wie er den Erfolg herbeiführt. Er habe das Recht, eine mangelhaft begonnene Leistung zu verwerfen und neu zu beginnen.⁴ Eine Fristsetzung nach [§ 281 BGB](#) oder [§ 323 BGB](#) könne erst mit Abnahme gesetzt werden, weil vorher eine Fälligkeit nicht gegeben sei.⁵ Schließlich wird die Parallele zum Kaufrecht herangezogen: Das kaufvertragliche Mangelrecht greife erst mit Verschaffung der Kaufsache ein, so dass beim Werkvertrag entsprechend auf die Abnahme abgestellt werden müsse.⁶

Eine andere Auffassung will die Mangelrechte vor Abnahme uneingeschränkt anwenden.⁷ Zur Begründung führt diese Auffassung an, dass der Auftraggeber ein Interesse daran habe, einzugreifen, bevor ihm weiterer Schaden drohe. Diese Möglichkeit müsse ihm auch eingeräumt werden. Im Übrigen ergebe sich aus [§ 632a BGB](#), dass die

Leistung des Unternehmers auch bereits vor der Abnahme mangelfrei sein müsse und durchaus einer Bewertung unterzogen werden könne.

Eine vermittelnde Ansicht stellt darauf ab, dass eine Anwendbarkeit der Mangelrechte jedenfalls dann angenommen werden müsse, wenn das Werk fertiggestellt sei bzw. die Leistungsgefahr vom Unternehmer auf den Auftraggeber übergehe.⁸ Der Auftraggeber dürfe bei einer berechtigten Abnahmeverweigerung nicht schlechter gestellt werden als der Auftraggeber, der die Leistung trotz entsprechender Mängel abnimmt. Bis zur Abnahme verletze der Unternehmer regelmäßig keine fällige Verpflichtung.

Der BGH hat sich ausdrücklich zu dieser Frage noch nicht positioniert. In der sogenannten Blockheizkraftwerk-Entscheidung⁹ hat der BGH zwar die Mangelrechte angewendet, obwohl eine Abnahme noch nicht erfolgt war, diese hatte der Auftraggeber verweigert. Hieraus wird teilweise der Schluss gezogen, der BGH habe die Frage bereits zu Gunsten einer Anwendbarkeit der Mangelrechte entschieden.¹⁰ Es erscheint zweifelhaft, ob dies wirklich zutreffend ist: Abgesehen davon, dass der BGH sich zur Frage der Anwendbarkeit in der Entscheidung nicht äußert, sondern sie schlicht annimmt, hat er in mehreren nachfolgenden Entscheidungen die Frage wieder ausdrücklich offengelassen.¹¹ Es spricht deshalb mehr dafür, dass in der Blockheizkraftwerk-Entscheidung ein Sachverhalt zugrunde lag, der jedenfalls die Anwendbarkeit rechtfertigte.

Ob eine Anwendung der [§§ 634 ff. BGB](#) vor der Abnahme tatsächlich generell verneint werden kann, erscheint zweifelhaft. In vielen Konstellationen dürfte es dem Auftraggeber schlicht nicht zugemutet werden können, die Herstellung eines erkennbar mangelhaften Werkes abzuwarten, ohne die Möglichkeit zu haben, einzugreifen. Deshalb ist ein praktisches Bedürfnis für die Anwendung der Mangelrechte nicht zu verkennen.¹² Die Annahme, der Erfüllungsanspruch sei bereits begrifflich vom Nacherfüllungsanspruch zu trennen, kann nicht überzeugen: Beide Ansprüche sind auf eine mangelfreie Herstellung des Werkes gerichtet. Der Nacherfüllungsanspruch ist – bezogen auf den konkreten Mangel – ein Erfüllungsanspruch in modifizierter Form. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, wenn dem Auftraggeber die Mangelrechte im Stadium vor Abnahme vorenthalten werden.¹³ Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass dem Auftraggeber die Mangelrechte dann zustehen sollen, wenn er die Abnahme berechtigterweise verweigert hat. In diesem Fall darf er nicht schlechter gestellt werden, als derjenige, der die Abnahme trotz der Mängel erklärt hat. Es kann wohl nicht vom Besteller verlangt werden, dass er die Abnahme erklärt, obwohl er wegen der Mängel zur Verweigerung der Abnahme berechtigt wäre.¹⁴ Gleiches gilt auch für den Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung sowie für den Fall des Annahmeverzuges des Bestellers.¹⁵ Es gilt auch dann, wenn bereits vor der Abnahme feststeht, dass der Unternehmer den Mangel nicht beseitigen kann oder will.¹⁶ Es wird dem Auftraggeber auch nicht zuzumuten sein, von den Mangelrechten keinen Gebrauch machen zu können, obwohl ein schwerwiegender offensichtlicher Mangel vorliegt, dessen Beseitigung durch die Fortführung der Arbeiten unmöglich oder erheblich erschwert wird. Wird die Bodenplatte mangelhaft hergestellt, muss der Besteller nicht die Fertigstellung des Objektes abwarten, um seine Mangelrechte geltend machen zu können. Gleiches gilt, wenn die Abdichtung des Objektes mangelhaft hergestellt ist und der Unternehmer eine Mangelbeseitigung in den nächsten Wochen in Aussicht stellt. Es ist dem Auftraggeber nicht zuzumuten, das

Risiko, einen Schaden zu erleiden, hinnehmen zu müssen. Neben dem praktischen Gesichtspunkt der Zumutbarkeit kann dieses Ergebnis auch der Wertung des [§ 323 Abs. 4 BGB](#) entnommen werden: wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden, kann der Rücktritt auch vor Eintritt der Fälligkeit erklärt werden. Der Gläubiger muss nicht abwarten, bis die Fälligkeit eingetreten ist und sich sein Schaden vergrößert hat. Wenn offensichtlich ist, dass bei Abnahme ein Mangel vorliegen wird, wenn dieser nicht unmittelbar beseitigt wird, ist nicht einleuchtend, dass der Gläubiger den Eintritt der Fälligkeit der mangelfreien Herstellung, nämlich der Abnahme, abwarten muss.

II. Auswirkungen auf den Architektenvertrag

Die Diskussion wird in erster Linie für den Bauvertrag geführt. Wie wirkt sich dieser Streit auf den Architektenvertrag aus? Die Ablehnung der Anwendbarkeit der Mangelrechte vor Abnahme beim Architektenvertrag wirkt sich für den Auftraggeber noch gravierender aus als beim Bauvertrag. Dies hängt damit zusammen, dass die Leistung des Architekten erst sehr viel später fertiggestellt sein kann als die Leistung des ausführenden Unternehmers. Insbesondere bei Einzelgewerken, wie etwa der Herstellung des Rohbaus, ist die Leistung des ausführenden Unternehmers lange vor Fertigstellung des Bauvorhabens abgeschlossen. Beim Architekten kann sich dies genau umgekehrt darstellen: Ist der Architekt nicht nur mit Planungs- bzw. Objektüberwachungsleistungen beauftragt, sondern darüber hinaus noch mit der Objektbetreuung (Leistungsphase 9), ist sein Werk (frühestens) fertiggestellt und abnahmereif, wenn die Gewährleistungsfristen der ausführenden Unternehmer abgelaufen sind. Bis dahin muss er nämlich Mängel feststellen und gegebenenfalls auch deren Beseitigung überwachen. Bezogen auf ein Bauvorhaben bedeutet dies, dass die Leistung des ausführenden Unternehmers abgenommen ist, eine Frist von (regelmäßig) 5 Jahren abläuft und erst dann die Abnahme des Architektenwerks in Betracht gezogen werden kann. Gegenüber dem Architekten könnten dann bis zum Ablauf von 5 Jahren nach Fertigstellung des Objekts keine Mangelrechte geltend gemacht werden; der Auftraggeber wäre auf die allgemeinen Rechte beschränkt.

Ist der Architekt in diesem Sinne umfassend beauftragt und weist die Genehmigungsplanung einen Fehler auf, wird es dem Auftraggeber möglicherweise nicht ausreichen, wenn er bis zur Fertigstellung der Leistung auf die Allgemeinen Rechte verwiesen wird. Dies gilt in gleicher Weise, wenn die Kostenermittlung fehlt. Möglicherweise will der Auftraggeber die Kostenberechnung im Wege der Selbstvornahme auf Kosten des Architekten erstellen lassen. Fehlen die Bautagebücher, hat der Auftraggeber ein Interesse daran, das Honorar für die Leistungsphase 8 sofort zu mindern und nicht abzuwarten, bis die Leistungen insgesamt abgeschlossen sind. Dies setzt jedoch voraus, dass der Auftraggeber die Mängelansprüche bereits vor Abnahme geltend machen kann.

Die Vertreter der Auffassung, die eine Anwendbarkeit der Mangelrechte vor Abnahme ablehnen, führen hierzu insbesondere die Dispositionsbefugnis des Unternehmers an. Diese verbiete, dass sich der Auftraggeber

einmische. Zwar trifft es zu, dass zunächst der Unternehmer darüber entscheidet, wie er den geschuldeten Erfolg herbeiführt und sich dies nicht mit einer Einmischung des Auftraggebers verträgt. Hieraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass ein Eingreifen des Auftraggebers ausgeschlossen ist. Die Dispositionsbefugnis gewährt dem Unternehmer nicht das Recht, den Auftraggeber vom Herstellungsprozess auszuschließen. Der Unternehmer muss sich auch im Rahmen seiner Disposition an vertragliche Vorgaben und Regeln der Technik halten. Wenn er hiergegen verstößt, liegt eine Pflichtverletzung vor. Diese Pflichtverletzung muss der Auftraggeber nicht hinnehmen. Hierfür stehen ihm die Mangelrechte zur Seite. Fraglich ist, ob diese Rechte vor Abnahme fällig bereits sind.

Dies war schon vor der Schuldrechtsreform problematisch. Aus [§ 634 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) a.F. ergab sich, dass dem ausführenden Unternehmer auch vor Abnahme schon eine Nachfrist gesetzt werden kann, die Mangelrechte deshalb anwendbar sind. Die Frist musste jedoch so bemessen sein, dass sie nicht vor der vertraglich vereinbarten Fertigstellungsfrist abläuft. Im [§ 633 ff. BGB](#) n.F. fehlt eine solche Regelung. Hieraus wird aber nicht der Schluss gezogen, dass die Regelungen vor Abnahme nicht angewendet werden können. So lassen sich auch in den gesetzesbegleitenden Materialien keine Anhaltspunkte dafür finden, dass die Rechtsprechung zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform (Anspruchskonkurrenz der Leistungsrechte vor der Abnahme mit dem Recht der Leistungsstörung) aufgegeben werden soll.¹⁷ Wenn der Auftraggeber vor Abnahme einen Mängelanspruch geltend macht, kann ihm dies nicht bereits im Grundsatz verwehrt werden. Dafür muss der Mängelanspruch des Auftraggebers bereits fällig sein; damit verträgt es sich nicht, wenn dem Unternehmer noch die Möglichkeit offensteht, die Leistung zu einem späteren Zeitpunkt selbst zu korrigieren. Der Anspruch des Auftraggebers auf Herstellung ist erst zum vereinbarten Zeitpunkt fällig. Dies gilt in gleicher Weise für die mangelfreie Herstellung. Eine vorher gesetzte bzw. ablaufende Frist zur Mangelbeseitigung läuft deshalb regelmäßig leer, weil sie verfrüht gesetzt wird. Die Kosten einer Selbstvornahme hat der Auftraggeber zu tragen, er kann keine Erstattung vom Unternehmer verlangen.

Dies kann aber nicht gelten, wenn offensichtlich ist, dass der Mangel später nicht mehr oder nur unter erheblich erschwerten Umständen beseitigt werden kann. In diesem Fall vergrößert sich für den Auftraggeber das Risiko, dass er Schäden erleidet. Dies muss er nicht hinnehmen. Benötigt der Auftraggeber die Kostenermittlung, muss er diese vom Architekten einfordern und ggf. auch selbst erstellen können. Der Auftraggeber kann nicht darauf verwiesen werden, dass sein Anspruch auf eine mangelfreie Leistung, mithin auch auf Überlassung einer Kostenberechnung noch nicht fällig ist, während er in einem späteren Stadium des Bauvorhabens darauf verwiesen wird, dass er nun an der Überlassung der Kostenberechnung kein Interesse mehr haben könnte. In gleicher Weise stellt sich die Problematik im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Führung eines Bautagebuchs dar: Fordert der Auftraggeber vom Architekten die Überlassung des Bautagebuchs im Rahmen der Leistungsphase 8 an, etwa um Ansprüche gegen den ausführenden Unternehmer zu abzuklären, hätte er ohne Mangelrechte keine Möglichkeit, sofort das Honorar zu mindern (nicht erst nach vollständiger Fertigstellung der Architektenleistung). Dies gilt erst recht deshalb, weil die nachträgliche Erstellung der Bautagebücher nicht möglich sein dürfte und deshalb zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr verlangt werden kann. Ohne Mangelrechte – z.B. in Form der Minderung – fehlt dem Auftraggeber ein geeignetes Mittel, um den Architekten zu einer vollständigen

und mangelfreier Leistung anzuhalten. Andererseits wird man es dem Auftraggeber nicht gestatten dürfen, eine fehlende Detailplanung im Wege der Selbstvornahme zu beschaffen, wenn der Architekt diese ohne weiteres noch zu einem späteren Zeitpunkt nachreichen kann, ohne dass hierdurch Nachteile entstehen. Dies gilt auch dann, wenn die Detailplanung zwar vorliegt, jedoch mangelhaft ist. Im Rahmen der Dispositionsfreiheit hat der Architekt die Möglichkeit, den Fehler zu einem späteren Zeitpunkt zu korrigieren.

Die Lösung dieses Konflikts ergibt sich aus [§ 323 BGB](#). Danach kann der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung setzen, wenn dieser eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt, [§ 323 Abs. 1 BGB](#). Die Leistung des Architekten muss deshalb fällig sein. Legt der Vertrag nur einen Fertigstellungstermin fest, ist die Leistungsverpflichtung des Architekten zu diesem Zeitpunkt insgesamt fällig.¹⁸ Mithin kann der Auftraggeber nach diesem Grundsatz vor dem Fertigstellungstermin weder eine Detailplanung, noch eine Kostenberechnung, noch Bautagebücher verlangen. Die Ansprüche sind nicht fällig.¹⁹ Nach [§ 323 Abs. 4 BGB](#) kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit ein Rücktritt erklärt werden, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Hierbei handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgedanken.²⁰ Wenn schon vor Eintritt der Fälligkeit der Rücktritt erklärt werden kann, womit das gesamte Vertragsverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt wird, dann muss erst Recht eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt bzw. dann auch eine kostenpflichtige Ersatzvornahme ausgelöst werden können, wenn die Voraussetzungen des [§ 323 Abs. 4 BGB](#) vorliegen. Damit wird den Interessen der Parteien ausreichend Rechnung getragen: Dem Auftraggeber stehen die Rechte aus [§§ 633 ff. BGB](#) zu; gleichzeitig werden die Besonderheiten im Herstellungsprozess berücksichtigt. Der Umstand, dass dem Unternehmer eine Dispositionsbefugnis zusteht, wie und wann er einen aufgetretenen Mangel beseitigt, ändert nichts an dem Umstand, dass ein Mangel vorliegt. Der Unternehmer schuldet die Mangelfreiheit des Werkes nicht erst zur Abnahme, wie sich aus [§ 632a BGB](#) ergibt. Das Vorliegen des Mangels gibt dem Auftraggeber nicht das Recht, jederzeit eine Frist zu setzen und nach Fristablauf eine Selbstvornahme durchzuführen. Allerdings muss der Auftraggeber nicht abwarten, bis der Schaden nicht mehr reparabel ist. Die Situation ist vergleichbar mit einer Forderung des Auftraggebers an den Unternehmer, einen Mangel auf bestimmte Art und Weise zu beseitigen. Die Entscheidung, wie ein Mangel beseitigt wird, liegt beim ausführenden Unternehmer. Verlangt der Auftraggeber eine bestimmte Art und Weise der Mangelbeseitigung, bzw. lehnt er die vom Unternehmer angebotene Art und Weise der Mangelbeseitigung ab, kann er in Annahmeverzug geraten. Wenn die Mangelbeseitigung aber nur auf eine bestimmte Art und Weise möglich ist oder die angebotene Mangelbeseitigung nicht zum Erfolg führt, so dass die Annahme durch den Auftraggeber auch nicht zumutbar ist, muss der Auftraggeber sich hierauf auch nicht einlassen. Gleiches muss gelten, wenn der Unternehmer im Rahmen des Herstellungsprozesses gegen seine vertraglichen Pflichten zur Herstellung eines mangelfreien Werkes verstößt. Der Unternehmer ist nicht berechtigt, bis zum Abnahmezeitpunkt mangelhaft zu bauen, weil er erst zur Abnahme ein mangelfreies Werk schuldet. Es ist dem Auftraggeber nicht zuzumuten, (tatenlos) zuzuschauen, wie nach einer mangelhaften Planung ausgeführt wird, weil er keine Möglichkeit hat einzugreifen und vom Architekten und Unternehmer auf die Dispositionsfreiheit verwiesen wird. Wenn die Planung die Fundamente zu schwach ausweist, muss nicht erst das Gebäude fertig gestellt werden, um eine neue Planung und dann eine neue Ausführung verlangen zu können. Wenn die Abdichtung des Gebäudes den vorhandenen Lastfall nicht berücksichtigt, ist es dem Auftraggeber nicht zumutbar,

dass erst ein Feuchtigkeitsschaden eintritt, bevor er eine Frist zur Nachbesserung der Planung und der Ausführung setzen kann. Der Auftraggeber muss nicht unter Hinweis auf eine zu weit verstandene Dispositionsfreiheit der beteiligten Unternehmer hinnehmen, dass er einen Schaden erleidet. Unter Einhaltung der Voraussetzungen der [§§ 323 Abs. 1 , 4 BGB](#) kann er seine Rechte ausüben.

Nach der Rechtsprechung des BGH²¹ schuldet der Architekt nicht nur den Gesamterfolg, sondern im Regelfall auch die erforderlichen Arbeitsschritte als Teilerfolge des geschuldeten Gesamterfolges. Welche Teilerfolge geschuldet sind, hängt von der getroffenen Vereinbarung ab. Der Auftraggeber hat jedenfalls, wenn entsprechende Teilerfolge vereinbart sind, ein Interesse an den einzelnen Arbeitsschritten. Welche Teilerfolge konkret definiert werden, ist eine Frage der Auslegung des Vertrages. So können die Leistungsphasen der HOAI als Teilerfolge definiert werden. Erbringt der Architekt diese Teilerfolge nicht, so ist sein Werk mangelhaft.²² Hieraus folgt weiter, dass die Leistung des Architekten nicht erst bei Abnahme fällig wird; jeder Teilerfolg wird nach Abschluss der entsprechenden Phase fällig. Deshalb kommt es nicht auf eine Abnahme an. Vielmehr reicht der Abschluss eines Teilabschnitts aus. Jedenfalls mit Abschluss der vereinbarten Teilleistung ist die Fertigstellung dieses Teilabschnitts erfolgt. Es ist deshalb zu fragen, welche Teilerfolge oder Arbeitsschritte der Architekt nach dem abgeschlossenen Vertrag schuldet. Wurden die Arbeitsschritte vollständig und fehlerfrei erbracht? Ist dies nicht der Fall, kann der Auftraggeber nach Abschluss des Teilerfolges seine Rechte geltend machen. Dann sind nämlich die entsprechenden Arbeitsschritte fällig. Nach [§ 323 Abs. 4 BGB](#) ist der Auftraggeber berechtigt, diese Rechte noch früher geltend zu machen. Nach fruchtlosem Fristablauf stehen ihm die Mangelrechte nach [§ 634 BGB](#) offen. Er kann einen Mangel im Wege der Selbstvornahme auf Kosten des Architekten beseitigen. Ist die Leistung des Architekten jedoch noch nicht fällig, geht eine Fristsetzung des Auftraggebers ins Leere. Eine danach durchgeführte Selbstvornahme zur Beseitigung des Mangels geht nicht zu Lasten des Architekten; die aufgewendeten Kosten kann der Auftraggeber nicht ersetzt verlangen.

Für den Architektenvertrag als Werkvertrag sind die Mangelrechte vor Abnahme anwendbar. Der Auftraggeber kann die Mangelrechte geltend machen, sobald die Leistung fällig ist. Dies ist nicht erst bei Abschluss der Gesamtleistung der Fall, sondern bereits bei entsprechenden Arbeitsschritten und Teilerfolgen.

B. Planungsfehler

Weist die Planung des Architekten einen Mangel auf, stehen dem Auftraggeber vor und nach Abnahme die Mangelrechte zur Seite. Daran schließt sich die Frage an, welche Mangelrechte der Auftraggeber geltend machen kann.

I. Anspruch auf Nacherfüllung

Der Anspruch auf Nacherfüllung ergibt sich aus [§§ 633 , 634 Ziff. 1 , 635 BGB](#) . Es ist insoweit unstrittig, dass vor Ausführung der Planung der Mangel der Planung beseitigt werden kann.²³ Für die Ausführung reicht insoweit nicht aus, dass mit der Umsetzung der Planung begonnen wurde; maßgeblich ist, ob sich der Mangel bereits am Bauwerk verwirklicht hat. Beginnt der Unternehmer mit der Ausführung, stellt dann aber den Mangel der Planung fest und meldet Bedenken an ([§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) oder [§ 242 BGB](#)), so ist die Planung noch nicht umgesetzt und kann noch korrigiert werden. In diesen Fällen, bei denen sich der Planungsfehler noch nicht am Bauwerk niedergeschlagen hat, handelt es sich hierbei um eine reine Korrektur oder eine Ergänzung der Planung. Dieser Idealfall bei Vorliegen eines Mangels ist in der Praxis die Ausnahme.

Fraglich ist, ob sich an der Pflicht zur Nacherfüllung und deren Möglichkeit bezüglich der Planung etwas ändert, wenn sich der Mangel bereits im Bauwerk niedergeschlagen hat, weil der Unternehmer die Planung umgesetzt hat, gleich, ob der Unternehmer den Planungsmangel nicht erkennen konnte oder pflichtwidrig nicht erkannt hat. Die Frage, ob der Unternehmer seiner Prüf- und Hinweispflicht aus [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) bzw. [§ 242 BGB](#) nachgekommen ist, ist für dessen Haftung relevant.

Der Planer haftet in jedem Fall für den Mangel seiner Planung. Ob diese Haftung auf Nacherfüllung oder Schadensersatz gerichtet ist, ist strittig. Weitgehend wird vertreten, dass dem Planer in dieser Konstellation keine Möglichkeit der Nacherfüllung der Planung zu geben ist. Er hatte vielmehr auf Schadensersatz nach [§§ 280 , 281 BGB](#) . Dabei umfasst der Schaden auch möglicherweise entstehende Kosten für eine Nachbesserung der Planung.

Der BGH stellt darauf ab, dass der Architekt nicht das Bauwerk selbst schulde, sondern nur die Planung (bzw. Überwachung der Ausführung). Diese Leistungen seien nicht nachbesserungsfähig, wenn das Bauwerk errichtet sei.²⁴ Die bloße Änderung der Planung führe zu nichts. Durch die Nachbesserung der Planung wird der Bauschaden nicht beseitigt; durch die Beseitigung der Bauschäden wird die Planung des Architekten nicht mangelfrei. Der Mangel an der Leistung des Architekten sei nicht mehr zu beseitigen, so dass dem Auftraggeber ohne Fristsetzung ein Schadensersatzanspruch nach [§ 635 BGB](#) a.F. = [§§ 634 Ziff. 4 , 280 BGB](#) zustehe.²⁵ Auch in weiteren Entscheidungen stellt der BGH fest, dass dem Architekten regelmäßig nicht die Möglichkeit der Nachbesserung einzuräumen ist.²⁶ Er hält auch im Weiteren daran fest, dass der Schadensersatzanspruch des Auftraggebers nicht an einer fehlenden Frist zur Nacherfüllung scheitert.²⁷ Zur Begründung wird darauf verwiesen, eine Nachbesserung der Architektenleistung sei in aller Regel nicht möglich. Danach hat der Auftraggeber gegen den Architekten keinen Anspruch auf Beseitigung der (Planungs-) Mängel, sobald sich diese im Bauwerk verwirklicht haben. Vielmehr steht dem Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch nach [§ 634 Ziff. 4,](#)

[280 BGB](#) zu; einer Frist zur Nacherfüllung bedarf es hierfür nicht. Dies ist insoweit konsequent, als diesem Ergebnis die Annahme zugrunde liegt, dass die Leistung nicht mehr nachbesserungsfähig sein soll.

Das OLG Düsseldorf meint, die fehlerfreie Planung sei für den Auftraggeber nach Errichtung des (mangelhaften) Bauwerks nicht mehr von Interesse und „laufe ins Leere“. Deshalb habe er ohne weiteres einen Schadensersatzanspruch aus [§ 280 BGB](#), ohne dass es einer Aufforderung zur Nacherfüllung unter Fristsetzung bedürfe.²⁸ Das Oberlandesgericht Hamm räumt dem Architekten jedenfalls dann die Möglichkeit der Mangelbeseitigung ein, wenn dies durch eine entsprechende Vertragsklausel vereinbart wurde.²⁹ Bei Vorliegen einer solchen vertraglichen Regelung kann der Architekt abhängig von der inhaltlichen Ausgestaltung sogar einen Anspruch auf Nacherfüllung haben. Dieser Fall deckt sich daher bereits im Ansatz nicht mit der gesetzlichen Systematik: danach hat allenfalls der Auftraggeber ein Recht auf Nacherfüllung, nicht der Unternehmer, hier also der Architekt.

In der Literatur wird die Auffassung der Rechtsprechung, dem Architekt sei keine Möglichkeit der Nacherfüllung einzuräumen bzw. der Auftraggeber müsse dem Architekten nicht erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung setzen, bevor er insoweit einen Schadensersatzanspruch geltend machen könne, weitgehend geteilt. Auch hier wird darauf verwiesen, dass die mit dem Baumangel verbundene Architektenleistung nicht mehr nachgebessert werden könne.³⁰

Ausgangspunkt für die Frage, welche Ansprüche dem Auftraggeber gegenüber dem Architekten zustehen, ist die Einordnung des Architektenvertrages. Unstreitig handelt es sich hierbei um einen Werkvertrag.³¹ Der Architekt schuldet einen Erfolg. Er hat eine Planung zu erstellen, die den Vorgaben des Auftraggebers entspricht und durch den ausführenden Unternehmer vertragsgerecht umgesetzt werden kann. Miernik geht hier noch einen Schritt weiter: Nach seiner Auffassung ist der vom Architekt geschuldete Erfolg erst dann eingetreten, wenn das Bauwerk entsprechend der Planung mangelfrei errichtet wurde.³² Dies erscheint deshalb fraglich, weil der Architekt nicht die Errichtung des Bauwerks schuldet und der von ihm herbeizuführende Leistungserfolg nicht erst mit dem mangelfreien Bauwerk entsteht, sondern bereits dann vorliegt, wenn eine in dem beschriebenen Sinne mangelfreie Planung gegeben ist.³³ Die Planung muss im Bauwerk umsetzbar sein; ob sie überhaupt und ob sie tatsächlich mangelfrei umgesetzt wird, ist für den Leistungserfolg des Planers unerheblich. Der vom Planer geschuldete Erfolg tritt auch dann ein, wenn sich der Bauherr entschließt, das Bauvorhaben nicht umzusetzen. Der Erfolg tritt auch dann ein, wenn die Planung zwar umgesetzt wird, jedoch Ausführungsfehler vorliegen. Nach dem Inhalt des abgeschlossenen Planervertrages schuldet der Planer nicht das Bauwerk als solches. Die Herstellung des Bauwerkes ist deshalb für den Eintritt des Erfolges, den der Architekt schuldet, unerheblich.

Die Konsequenz, die Miernik zieht, ist zutreffend: Soweit es um die Erstellung der Planung als solche geht, bestimmt sich der Anspruch auf Schadensersatz nach [§ 281 BGB](#). Schäden am errichteten Bauwerk in Folge eines Planungsfehlers sind demgegenüber Mangelfolgeschäden und deshalb nach [§ 280 Abs. 1 BGB](#) zu

ersetzen. Diese Schäden können durch eine spätere Nacherfüllung in Form der Plankorrektur oder -ergänzung nicht mehr beseitigt werden. Für solche Schäden am Bauwerk bedarf es dementsprechend auch keiner Fristsetzung zur Nacherfüllung. Zur Beseitigung von Planungsmängeln, die nach [§ 281 BGB](#) zu beurteilen sind, bedarf es jedoch einer entsprechenden Fristsetzung, bevor die durch eine Selbstvornahme entstehenden Kosten vom Architekten ersetzt verlangt werden können.

Soweit die Auffassung vertreten wird, die Beseitigung des Planungsfehlers nach Errichtung des Bauwerks sei nicht mehr möglich, führe zu nichts mehr oder sei nicht weiterführend, liegt hierin in der Sache der Einwand, die Nacherfüllung der Planung sei unmöglich. Nach [§ 275 Abs. 1 BGB](#) geht die Verpflichtung zur Erbringung einer Leistung unter, wenn die Leistung unmöglich wird. Die Rechtsfolge des [§ 275 Abs. 1 BGB](#) wird von den Vertretern dieser Auffassung angewendet; fraglich ist jedoch, ob der Tatbestand erfüllt ist. Eine objektive Unmöglichkeit liegt nur dann vor, wenn die Leistung nach den Naturgesetzen oder dem Stand der Erkenntnis von Wissenschaft und Technik nicht erbracht werden kann, mithin generell unerfüllbar ist.³⁴ Dies ist jedenfalls hinsichtlich der Planung nicht der Fall: Es ist nach den Naturgesetzen oder dem Stand der Wissenschaft und Technik nicht unmöglich, die Planung zu korrigieren. Eine andere Frage ist, ob der Mangel am Bauwerk beseitigt werden kann. Der Schaden am Bauwerk ist für den Architekten ein Folgeschaden. Zu dessen Beseitigung ist er nicht verpflichtet. Auf die Beseitigung des Folgeschadens bezieht sich die Fristsetzung ohnehin nicht. Zur Nacherfüllung wäre insoweit der ausführende Unternehmer verpflichtet, wenn er für den Mangel am Bauwerk verantwortlich ist. Hier ist die Haftung des Architekten auf Schadensersatz beschränkt, [§ 280 BGB](#).

Es bedarf keiner näheren Darlegung, dass durch die Nacherfüllung der Planung der Schaden am Bauwerk nicht beseitigt wird. Dies geschieht erst durch die Maßnahmen des ausführenden Unternehmers, der sich der Beseitigung des Schadens annimmt. Möglicherweise benötigt der Unternehmer für die Sanierung des Bauwerks eine mangelfreie Ausführungsplanung. Dann ist es erforderlich, dass Planer und Unternehmer zusammenwirken, um den entstandenen Baumangel (für den Unternehmer) bzw. Bauschäden (für den Architekten) beseitigen. Der Planer hat hierfür eine entsprechend mangelfreie Planung zu erstellen, auf dieser Basis muss der Unternehmer den Baumangel beseitigen. Die Planung ist stets eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für ein fehlerfreies Bauwerk.³⁵ Dies gilt auf der Erfüllungsebene genauso wie bei der Mangelbeseitigung. Dies belegt, dass die Umsetzung einer mangelhaften Planung, die zu einem Schaden am Bauwerk führt, nicht eine Unmöglichkeit der Nachbesserung der Planung begründet. Der Umstand, dass der ausführende Unternehmer zur Beseitigung des Bauschadens eine Planung benötigt, zeigt, dass die Korrektur der Planung nicht nur möglich, sondern auch notwendig ist. Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, die Beseitigung des Planungsmangels führe zu nichts.

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass Konstellationen denkbar sind, in denen dies zutrifft, weil der Gläubiger kein berechtigtes Interesse an der Beseitigung des Planungsmangels und der Überlassung einer mangelfreien Planung hat. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Unternehmer den Baumangel ohne neue Planung beseitigen kann oder

hierfür eine eigene Planung erstellt. Aber immer dann, wenn der Unternehmer vom Auftraggeber und dieser vom Planer die nachgebesserte Planung verlangt, wird ein Interesse des Auftraggebers nicht zu verkennen sein.

Der Umstand allein, dass sich durch den Mangel ein Folgeschaden ergeben hat, ändert nichts daran, dass der Planungsfehler besteht und beseitigt werden kann. Es ist daher nicht zutreffend, dass der Mangel durch eine Nachbesserung der Planung nicht beseitigt werde. Der Mangel an der Planung wird hierdurch beseitigt. Der Mangelfolgeschaden am Bauwerk wird hierdurch nicht beseitigt. Auch hier ist die nachgebesserte Planung notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung zur Herstellung eines mangelfreien Bauwerks. Hierzu ist (zunächst) eine mangelfreie Planung erforderlich, sodann müssen die Baumängel – auf der Grundlage der nachgebesserten Planung – beseitigt werden.

Die Unrichtigkeit der These, dass die Beseitigung des Planungsfehlers nach Realisierung am Bauwerk nicht möglich, nicht weiterführend oder nicht von Interesse sein soll, zeigt die Einordnung des Mangels am Bauwerk als Mangelfolgeschaden: Der Eintritt eines Folgeschadens schließt die Beseitigung des Mangels nicht aus. Dies wird bei der Haftung des Unternehmers nicht anders beurteilt: Führt ein Ausführungsfehler bei der Abdichtung des Gebäudes zu einem Schaden an den eingebrachten Sachen, führt die Nachbesserung der Abdichtung nicht dazu, dass der (Folge-)Schaden beseitigt wird. Bei dem Schaden an den eingebrachten Sachen handelt es sich um einen Mangelfolgeschaden. Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass der Mangelschaden, also die fehlerhafte Abdichtung, beseitigt werden kann und zur Vermeidung weiterer Folgeschäden auch beseitigt werden muss. In der Praxis werden bei der Haftung des Architekten ohne weitere Diskussion nicht nur die Sanierungskosten am Bauwerk, die durch den Planungsfehler erforderlich werden, sondern darüber hinaus auch die „Regiekosten“ als Schadensersatz zugesprochen. Bei den Regiekosten handelt es sich um Nachbesserungsleistungen im Bereich der Planung oder der Überwachung. Wenn diese Leistungen zugesprochen werden, müssen sie erforderlich sein. Sie sind demnach auch möglich, weiterführend und für den Auftraggeber von Interesse. Es ist aber nicht ersichtlich, warum dem Architekten hierfür nicht die Möglichkeit der Mangelbeseitigung eingeräumt wird.

Ein anderes Ergebnis ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn die Dispositionsfreiheit des Unternehmers bei der Nacherfüllung berücksichtigt wird. Der ausführende Unternehmer kann entscheiden, wie er den Bauwerksmangel beseitigt. Wenn er hierfür keine Planung benötigt, kann der Auftraggeber beim Architekten keine neue Planung abfordern. Wenn er jedoch eine Planung benötigt und eine solche Planung beim Auftraggeber abfordert, muss er die Planungsvorgaben beachten. Die Berücksichtigung der konzeptionellen Vorgaben wird vom ausführenden Unternehmer ohnehin geschuldet. Der Unternehmer hat das Bauwerk von vorneherein so zu erstellen, wie dies vertraglich vereinbart ist.

Dies gilt bereits in der Erfüllungsphase, gilt aber in gleicher Weise auch in der Phase der Nacherfüllung. Die Nacherfüllung des Unternehmers hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Baumangel nicht

vorliegen würde. Seine Position verändert sich daher nicht. Wie er den Baumangel beseitigt, unterliegt seiner Disposition.³⁶ Das Ergebnis muss dem Vertrag – hierzu gehört regelmäßig die Planung – entsprechen.

II. Inhalt und Umfang der Nacherfüllung

Welche Leistungen der Architekt im Rahmen der Nacherfüllung zu erbringen hat, ist davon abhängig, welche planerischen Leistungen zur Beseitigung des Baumangels erbracht werden müssen. Es mag planungsbedingt Baumängel geben, die ohne neue (korrigierte) Ausführungsplanung beseitigt werden können.

Es wird weiter Fälle geben, in denen es erforderlich und ausreichend ist, den Planungsfehler schlicht durch Korrektur oder Ergänzung der Planung zu beseitigen. Soweit Motzke davon ausgeht, dass die Korrektur der fehlerhaften Planung nicht die zur Mangelbeseitigung erforderliche Planung darstelle,³⁷ erfasst dies nicht alle Fallgestaltungen. Dies ist für den Fall zutreffend, dass eine Sanierungsplanung erforderlich ist.³⁸

Die Nacherfüllung kann eine Abweichung von der ursprünglich gedachten Konzeption erforderlich machen. Wenn die bloße Korrektur der Planung nicht erforderlich ist, sondern eine andere Lösung notwendig ist, ist eine sogenannte Sanierungsplanung zu erstellen. Diese stellt den Versuch dar, möglichst nah und sachgerecht an die ursprüngliche Planung heranzukommen, sie muss jedoch das bereits bestehende Bauwerk entsprechend einbeziehen. Hierzu reicht die bloße Korrektur der Planung nicht. Eine bloße Korrektur beseitigt zwar den Planungsfehler, dient aber nicht als Basis zur Herstellung eines geschuldeten, mangelfreien Bauwerks. Der Planer schuldet indes nicht nur den mangelfreien Plan, sondern auch die mangelfreie Umsetzbarkeit auf der Baustelle.³⁹

Erst wenn sich die Planung ausführen lässt, kann der geschuldete Erfolg eintreten. Wenn dies nur mit einer Sanierungsplanung erreicht werden kann, schuldet der Planer auch diese Sanierungsplanung. Hiergegen wird eingewandt, dass die Sanierungsplanung nicht auf die Beseitigung des Planungsmangels, sondern vielmehr auf die Beseitigung der Folgen bzw. des Folgeschadens bezieht.⁴⁰ Dieser Einwand ist im Ansatz zutreffend. Er lässt jedoch unberücksichtigt, dass der Planer nicht nur die Beseitigung des Planungsmangels, sondern auch die Umsetzbarkeit der Planung schuldet. Dies ist mit der ursprünglichen Planung nicht mehr möglich. Wenn man hieraus ableitet, dass die Unmöglichkeit der Nacherfüllung eingetreten ist, scheidet die Nacherfüllung der Planung aus. Dann stellt die Sanierungsplanung einen Folgeschaden dar, der nach [§ 280 BGB](#) zu ersetzen ist. Richtig erscheint jedoch, den Architekten auch die Sanierungsplanung als Nacherfüllung vornehmen zu lassen. Die Planungskorrektur ist der erste Schritt zur Sanierung des Bauwerks. Dies gilt auch dann, wenn keine Sanierungsplanung erforderlich ist. Durch die Erstellung einer mangelfreien Planung in Form einer bloßen Plankorrektur wird nur ein erster, aber ein notwendiger Schritt auf dem Weg zu einem mangelfreien Bauwerk. Bei der Sanierungsplanung geht es darum, dem Ziel der ursprünglichen Planung möglichst nahe zu kommen. Dies

betrifft den ursprünglichen Leistungsgegenstand des Planers. Die Sanierungsplanung beschreibt diesen Erfolg, den der Unternehmer – nun in anderer Form – herzustellen hat. Wie er den Erfolg herstellt, unterliegt nach wie vor seiner Disposition. Für den Architekten kann jedoch nur noch mit einer Sanierungsplanung der vertraglich geschuldete Erfolg eintreten. Die Sanierungsplanung ist nicht als Aliud gegenüber der Planung zu behandeln. Es wird schon nicht klar abzugrenzen sein, wo die ursprüngliche Planung bzw. deren Nacherfüllung aufhört und eine Sanierungsplanung als Aliud beginnt. Ob es hierzu ausreicht, wenn die ursprüngliche Planung abgeändert wird oder erst dann, wenn ein vollständig neues Planungskonzept erstellt wird, wird sich in der Praxis nicht abgrenzen lassen.

Die Aufgabenverteilung zwischen Unternehmer, der den Bauwerksmangel zu beseitigen hat, und Planer, der für eine notwendige Planung zu sorgen hat, wird hierdurch fortgesetzt.⁴¹ Hiermit wird der Zustand hergestellt, der bestehen würde, wenn die vertragliche Leistungspflicht ursprünglich vertragsgemäß erfüllt worden wäre. Dann wäre nämlich der Baumangel nicht aufgetreten. Vor diesem Hintergrund kann auch AVerhaus nicht zugestimmt werden, wenn er meint, die korrigierte Ausführungsplanung sei vom Planer zu erstellen, die eventuell erforderliche Planung der Mangelbeseitigung (Sanierungsplanung) sei aber vom ausführenden Unternehmer zu erbringen. Hierbei soll es sich um eine Vorleistung handeln.⁴² Es ist sicher zutreffend, dass die Planung für die Mangelbeseitigung erforderlich ist und deshalb der Mangelbeseitigung vorauszugehen hat. Es kann aber keinen Unterschied machen, ob es sich bei der Planung um die korrigierte Ausführungsplanung oder um eine Sanierungsplanung handeln soll. Die Korrektur der Ausführungsplanung ist ebenfalls Voraussetzung für die Mangelbeseitigung. Dennoch soll diese vom Planer erbracht werden. Dann ist es konsequent, den Planer auch die Sanierungsplanung erstellen zu lassen, weil eine Differenzierung zwischen Planung und Sanierungsplanung nicht angezeigt ist. Abgesehen davon ist die Planung beim Architekten sehr viel näher angesiedelt als beim Unternehmer. Die vom Unternehmer zu erbringende Vorleistung bezieht sich auf sein Gewerk, nicht aber auch auf die „geistige“ Vorarbeit, die mit der Sanierungsplanung verbunden ist. Hierdurch würde die Leistungsgrenze zwischen Architekt und Unternehmer, die im Rahmen der Erfüllung besteht, bei der Nacherfüllung unsachgemäß zu Lasten des Unternehmers verschoben.

Das Ergebnis, dass der Architekt verpflichtet ist, den Mangel seiner Planung zu beseitigen, gegebenenfalls auch durch eine abweichende Planung (Sanierungsplanung) entspricht der Interessenlage aller Beteiligten. Dies geht auch aus dem Blockheizkraftwerk-Urteil des BGH⁴³ hervor. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Bauherr beauftragte einen Unternehmer mit der Errichtung eines Blockheizkraftwerkes, das den Strom- und Wärmebedarf eines nicht an das öffentliche Wärmenetz angeschlossene Gebäude abdecken sollte. Ein weiterer Unternehmer wurde damit beauftragt, die Heizungsanlage im Gebäude zu bauen. Der Auftraggeber verweigerte die Abnahme der Heizung mit der Begründung, das Gebäude werde nicht ausreichend warm. Tatsächlich konnte das Gebäude nicht ausreichend beheizt werden, weil die vom BHKW zur Verfügung gestellte Wärme nicht ausreichte. Dies hatte der mit dem Gewerk Heizung beauftragte Unternehmer nicht festgestellt. Sein Werk war mangelhaft, weil die vereinbarte Beschaffenheit darin bestand, das Gebäude ausreichend mit Wärme zu versorgen. Diesen Erfolg hatte er nicht herbeigeführt. Im Ergebnis war der Unternehmer zur Nacherfüllung verpflichtet, obwohl die Ursache der unzureichenden Beheizung in der Vorleistung lag. Hätte der Unternehmer

seine Prüf- und Hinweispflicht ordnungsgemäß erfüllt, hätte er festgestellt, dass die Abwärme, die das BHKW produziert, nicht ausreicht. Der Auftraggeber hätte ihm dann eine geeignete Vorleistung in Form von ausreichender Wärme überlassen müssen. In der Folge war der Unternehmer verpflichtet, die Heizungsanlage entsprechend zu ertüchtigen; die Lieferung der erforderlichen Wärme, ist eine Vorleistung, die der Auftraggeber zu erbringen hat.

Übertragen auf den Fall der mangelhaften Planung ergibt sich hieraus, dass der Unternehmer vom Auftraggeber verlangen kann, dass er ihm eine geeignete Vorleistung, mithin eine mangelfreie Planung zur Verfügung stellt, damit er seine Leistung in Form der Beseitigung des Baumangels erbringen kann.⁴⁴ Die Grundsätze der BGH-Entscheidung lassen sich auf die Planung übertragen: Es macht in der Sache keinen Unterschied, ob der Baumangel auf eine fehlerhafte Leistung des Vorunternehmers oder eine fehlerhafte Leistung des Planers zurückgeht. Der Unternehmer führt wegen der fehlerhaften Vorleistung, die er umsetzt, den geschuldeten Erfolg nicht herbei. Hierfür ist eine neue, mangelfreie Vorleistung erforderlich. Diese muss ihm zur Verfügung gestellt werden. Der im BHKW-Urteil des BGH beauftragte Heizungsbauer kann nicht verpflichtet werden, – als notwendige Vorleistung – das BHKW so herzustellen, dass es ausreichend Wärme abgibt. Hierbei handelt es sich zwar um eine Vorleistung, die erforderlich ist, um eine mangelfreie Leistung zu erbringen. Es handelt sich jedoch nicht um eine Vorleistung, die der Heizungsbauer zu erbringen hat. Mit der Errichtung des BHKW war er zuvor auch nicht beauftragt. Der Mangel an seiner Leistung erweitert nicht die Leistungspflicht des Unternehmers auf das BHKW. Diese „Vorleistung“ ist vom Vorunternehmer zu erbringen bzw. vom Auftraggeber beizustellen. Dies gilt in gleichem Maße bei der Planung: Der Mangel an der Ausführung, der durch die mangelhafte Planung entstanden ist, dehnt die Leistungspflicht des ausführenden Unternehmers nicht auf die Planung aus. Bei der Planung handelt es sich nicht um eine Vorleistung zur Mangelbeseitigung, sondern um eine erforderliche Vorunternehmer-Leistung. Der ausführende Unternehmer kann nur dann verpflichtet sein, eine Sanierungsplanung zu erstellen, wenn die Planung selbst mangelfrei war und es sich (nur) um einen Ausführungsmangel handelt, für den nun eine Sanierungsplanung erforderlich ist. Wenn der Auftraggeber jedoch seine Obliegenheit zur Überlassung einer mangelfreien Planung verletzt hat, entsteht hieraus für den Unternehmer keine Pflicht zur Erstellung einer Sanierungsplanung.

III. Überwachung der Sanierung durch den Planer?

Soweit der Architekt nur mit der Planung beauftragt wird, die er nachgebessert hat, stellt sich die Frage, ob er auch verpflichtet ist, neben der Nacherfüllung der Planung auch die Nacherfüllung durch den Unternehmer bzw. die Beseitigung des Mangels der Ausführung zu überwachen. Dies wird wohl nicht anzunehmen sein. Die Leistung des Planers bezieht sich auf die vorzulegende Planung. Die Verkörperung des Mangels im Bauwerk stellt einen Folgeschaden dar. Damit ist die Beseitigung dieses Folgeschadens und die hiermit verbundenen Maßnahmen und Kosten auch keine Frage der Nacherfüllung, sondern vielmehr eine Frage der Erstattung der Folgeschäden. Der Erstattung hat nach Maßgabe des [§ 280 BGB](#) zu erfolgen.

C. Objektüberwachungsfehler

I. Wenn der Architekt nur mit der Objektüberwachung beauftragt ist, er also weder Planungs- noch Objektbetreuungspflichten hat, stellt der Mangel am Bauwerk, den er im Rahmen der Objektüberwachung pflichtwidrig nicht festgestellt bzw. verhindert hat, einen Mangel dar. Der Architekt hat dafür Sorge zu tragen, dass das Bauwerk plangemäß und frei von Mängeln entsteht.⁴⁵ Die Überwachung stellt eine unkörperliche Leistung dar. Dabei muss stets eine weitere Pflichtverletzung eines anderen Beteiligten hinzutreten: Entweder ist die Planung fehlerhaft, die durch den ausführenden Unternehmer umgesetzt wird und dadurch zu einem Bauwerksmangel führt, oder die Planung ist fehlerfrei, die Ausführung erfolgt jedoch mangelhaft. In beiden Fällen kann ein Überwachungsfehler vorliegen, weil der Architekt im Rahmen der Objektüberwachung die Entstehung eines mangelfreien Bauwerks schuldet. Die Verletzung der Objektüberwachungspflicht begründet einen Anspruch auf Nacherfüllung, [§§ 633](#) , [634 Ziff. 1](#) , [635 BGB](#) . Anders als der Planungsfehler realisiert sich ein Objektüberwachungsfehler regelmäßig sofort am Bauwerk. Geht der Anspruch dadurch unter, dass sich der Mangel am Bauwerk realisiert hat? Hier sind verschiedene Fallgestaltungen zu differenzieren:

1. Liegt ein Ausführungsmangel vor, den der Architekt sofort im Rahmen der Objektüberwachung feststellt, wird dieser Mangel zu beseitigen sein. Der Architekt muss dann im Rahmen der Objektüberwachung auch die Mangelbeseitigung überwachen. Vor der Abnahme seiner Leistung handelt es sich hierbei um eine reine Vertragserfüllung. Regelmäßig ist in dieser Konstellation die Leistung des ausführenden Unternehmers ebenfalls nicht abgenommen. Selbst wenn die Abnahme der Unternehmerleistung unter Vorbehalt erfolgt, ist es Aufgabe des Objektüberwachers, auch die Mangelbeseitigung noch zu überwachen. Dies gilt als Vertragserfüllung jedenfalls solange, wie die Leistung des Architekten nicht abgenommen ist.

2. Liegt ein Ausführungsmangel vor, den der Objektüberwacher pflichtwidrig nicht erkannt hat, gilt Gleiches: Wird der Mangel vor der Abnahme der Leistung des Architekten festgestellt, schuldet der Architekt die Vertragserfüllung, damit der von ihm geschuldete Erfolg – ein plangemäßes und mangelfreies Bauwerk – eintritt.⁴⁶ Hierzu ist erforderlich, dass der Unternehmer den Mangel beseitigt und der Architekt dies überwacht. Damit bessert der Architekt gleichzeitig seine mangelhafte Überwachungsleistung nach. Dies gilt auch dann, wenn die Leistung des Unternehmers im Wege der Ersatzvornahme beseitigt wird. Auch hier hat sich der Überwachungsfehler bereits im Bauwerk verkörpert. Die Leistung des Architekten ist auch nicht unmöglich: Sie ist in Anlage 10 Nr. 10 LP 8p) HOAI 2013 sogar ausdrücklich vorgesehen. Der Anspruch auf Überwachung der Beseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel ist ein Erfüllungsanspruch des Auftraggebers gegen den Architekten. Es handelt sich um eine Grundleistung, die bei der Bemessung des Honorars vorgesehen ist. Dann erscheint es konsequent, die Möglichkeit der Nacherfüllung der pflichtwidrig unterlassenen Objektüberwachung zuzulassen.⁴⁷

3. Liegt ein Ausführungsmangel vor, den der Architekt pflichtwidrig im Rahmen der Objektüberwachung nicht erkannt und verhindert hat, ist darüber hinaus die Leistung des Architekten abgenommen, war die Überwachungsleistung des Architekten mangelhaft. Eine Pflicht zur Überwachung der Mangelbeseitigung besteht

dann, wenn der Architekt mit der Leistungsphase 9 beauftragt ist. Ist dies nicht der Fall und endet die Leistungspflicht des Architekten mit der Leistungsphase 8, stellt sich die Frage der Nacherfüllung der Objektüberwachung. Im Rahmen der Mangelbeseitigung durch den Unternehmer ist eine Überwachung erforderlich. Die Beseitigung des Mangels war vor Abnahme des Architektenwerks möglich und wurde als Erfüllung angesehen. Dies kann sich nach Abnahme nicht anders darstellen: Auch nach Abnahme wirken dann Überwacher und Unternehmer – nun im Rahmen der Mängelhaftung – bei der mangelfreien Erstellung des Bauwerks zusammen. Unternehmer und Architekt schulden ihre jeweilige Mitwirkung an der Entstehung eines mangelfreien Bauwerks; dies gilt vor und nach Abnahme.

Die Überwachung der Ausführung einerseits und die Überwachung der Mangelbeseitigung andererseits entsprechen sich. Beide sind auf dasselbe Ziel gerichtet, beide betreffen dieselbe Unternehmerleistung und beide weisen die Eigenschaft auf, dass sie die jeweils geschuldeten Erfolge herbeiführen. Soweit Motzke meint, in diesem Fall stehe das Dispositionsrecht des Unternehmers einer Nacherfüllung der Objektüberwachung entgegen,⁴⁸ erscheint dies nicht überzeugend. Das Dispositionsrecht des Unternehmers besteht auch in der Erfüllungsphase. Hier steht es der Objektüberwachung nicht entgegen. Die Disposition des Unternehmers und die Überwachung durch den Architekten schließen sich nicht aus. Sie ergänzen sich: Dies erfolgt dort, wo der Unternehmer sich nicht an die planerischen oder weiteren vertraglichen Vorgaben hält. Hier kann der Objektüberwacher eingreifen, weil der Unternehmer Maßnahmen ergreift, die von seinem Dispositionsrecht nicht umfasst sind.

Die Kosten der Überwachung der Mangelbeseitigung sind deshalb als Mangelschaden, nicht als Mangelfolgeschaden für die Leistung des Objektüberwachers anzusehen.

II. Der Architekt schuldet eine Überwachung der Mangelbeseitigung vor und nach der Abnahme, wenn er die Überwachung fehlerhaft durchgeführt hat. Problematisch ist, wenn zur Durchführung der Mangelbeseitigung eine Planung erforderlich ist. Auch hier sind mehrere Konstellationen zu unterscheiden:

1. Wenn eine (Detail-)Planung fehlt, muss diese gemäß der getroffenen Vereinbarungen für die Erfüllung vom Auftraggeber beschafft werden, damit der ausführende Unternehmer die Ausführung übernehmen und der Architekt dies überwachen kann. Nach der Obliegenheitsrechtsprechung⁴⁹ hat der Auftraggeber den an der Ausführung Beteiligten eine (mangelfreie) Planung vorzulegen. Dies gilt auch dann weiterhin, wenn die Ausführung erfolgt ist und der Mangel am Bauwerk vorliegt.

2. Lag die Planung vor und war sie fehlerhaft, ist eine neue Planung durch den Auftraggeber zur Verfügung zu stellen. Diesen Anspruch kann er bei seinem Planer geltend machen. Auf der Basis der neuen Planung hat der Architekt dann die Ausführung bzw. Nacherfüllung zu überwachen.

3. Wenn die vorliegende Planung mangelfrei war und im Rahmen der Ausführung und Überwachung der Mangel entstanden ist, für dessen Beseitigung nun eine Sanierungsplanung erforderlich ist, schuldet der mit der

Objektüberwachung beauftragte Architekt die „Wiederholung“ der Bauleitung während der Sanierungsarbeiten. Dies allein reicht jedoch möglicherweise nicht aus, um den Mangel zu beseitigen. Ist nun eine neue Planung, abweichend von der ursprünglichen Planung, erforderlich, stellt sich die Frage, wer diese erstellt. Der Auftraggeber hat seine Obliegenheiten insoweit erfüllt, die Planung lag mangelfrei vor. Die Sanierungsplanung könnte vom Objektüberwacher zu erstellen sein, als Teil seiner Nacherfüllungsleistung; es kann sich auch um einen Folgeschaden handeln, der nicht der Nacherfüllung durch den Objektüberwacher unterliegt. Wenn es sich um einen Folgeschaden handelt, kann der Auftraggeber vom Architekten nicht die Erstellung einer Sanierungsplanung verlangen. Vielmehr könnte der Architekt vom Auftraggeber zunächst die Vorlage der Sanierungsplanung beanspruchen, auf deren Grundlage er dann die Sanierung entsprechend überwacht. Im Rahmen des Schadensersatzes hätte er diese Sanierungsplanung als Folgeschaden zu zahlen.

Die Sanierungsplanung ist erforderlich zur Durchführung (und Überwachung) der Arbeiten. Der Architekt muss im Rahmen der Nacherfüllung alle Maßnahmen vornehmen, die notwendig sind, um den Mangel zu beseitigen. Die Verpflichtung zur Nacherfüllung erstreckt sich deshalb nicht nur darauf, die eigene mangelhafte

- Leistung nachträglich in einen mangelfreien Zustand zu versetzen. Sie umfasst alles, was vorbereitend erforderlich ist, um den Mangel an der eigenen Leistung zu beheben. Deshalb stellt die Vorlage einer Sanierungsplanung für den Architekten eine Vorarbeit zur Nacherfüllung der Überwachung der Sanierung dar. Ohne Vorlage eines Konzeptes kann die Sanierung des Bauwerks nicht erfolgen, ohne Sanierung des Bauwerks ist die Objektüberwachung nicht möglich.

D. Berufshaftpflichtversicherung des Architekten

Der Architekt unterhält eine Berufshaftpflichtversicherung, die ihm im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme wegen Pflichtverletzungen Versicherungsschutz gewährt. Dieser Versicherung liegen die Allgemeinen Bedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB 2008) zugrunde.⁵⁰ Nach Ziffer 1.1 AHB besteht Versicherungsschutz (verkürzt) für ein Schadenereignis, das einen Folgeschaden verursacht hat. Kein Versicherungsschutz besteht für Ansprüche auf Erfüllung, Nacherfüllung, Selbstvornahme, Minderung und Schadensersatz statt Leistung, Ziffer 1.2 AHB. Hierbei handelt es sich um vom Versicherungsschutz ausgenommene „Erfüllungsschäden“.

Im Haftpflichtversicherungsrecht wird strikt zwischen Haftpflicht- und Versicherungsverhältnis unterschieden (sog. Trennungsprinzip).⁵¹ Die Frage der werkvertraglichen Einordnung eines Anspruchs als Nacherfüllung oder (Folge-)Schaden ist für die versicherungsrechtliche Einordnung unerheblich. Die Kosten für Planungs-, Ausschreibungs- und Bauüberwachungsleistungen, die auf einen Planungsfehler des Architekten zurückzuführen sind, stellen einen nicht versicherten Erfüllungsschaden dar, gleich, ob dem Architekten eine Nacherfüllungsmöglichkeit gewährt wird oder nicht.⁵² Bei der Nacherfüllung einer Planung geht es darum, das Ziel der ursprünglichen Planungsleistung zu erreichen. Dies betrifft den eigentlichen Leistungsgegenstand. Die Kosten, die mit der Beauftragung eines anderen Architekten für die Korrektur der Planung, die Erstellung einer

Sanierungsplanung oder die Vornahme der Objektüberwachung für die Beseitigung des Baumangels entstehen, muss der Architekt mithin selbst tragen. Nach der hier vertretenen Auffassung fallen ihm diese Kosten aber nur dann zur Last, wenn ihm erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde.

- ¹ Zum Meinungsstand: Werner/Pastor, Bauprozess, 14. Aufl., Rdnr. 1752, Fußn. 150 mit umfangreichen Nachweisen.
- ² Voit, [BauR 2011, 1063, 1065](#) : Die Rechte des Bestellers bei Mängeln vor Abnahme.
- ³ Jousen, [BauR 2009, 319, 323](#) : Mängelansprüche vor der Abnahme.
- ⁴ Voit, [BauR 2011, 1063, 1065](#) ; vgl. auch OLG Köln, IBR 2013, 75.
- ⁵ OLG Köln, a.a.O.
- ⁶ Kniffka/Krause-Allenstein, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 23.11.2014, § 634 BGB Rdnr. 10.
- ⁷ Folnovic, [BauR 2008, 1360, 1363](#) : Sind werkvertragliche Mängelansprüche in der Herstellungsphase des Werks ausgeschlossen?; Vorwerk, [BauR 2003, 1, 10 f.](#) : Mängelhaftung des Werkunternehmers und Rechte des Bestellers nach neuem Recht.
- ⁸ Vgl. [OLG Koblenz, Urteil v. 18.10.2007 – 5 U 521/07](#) –; Halfmeier/Leupertz, Bauvertragsrecht online, II/2010, § 633 Rdnr. A5; Messerschmidt/Voit/Drossart, BGB, § 634 Rdnr. 3.
- ⁹ [BGHZ 174 /110](#) = [BauR 2008, 344](#) = NJW 2008, 511; dazu EWiR 2008, 301 [\[BGH 08.11.2007 - VII ZR 183/05\]](#) ; Weyer, IBR 2008, 77 ff. [\[BGH 08.11.2007 - VII ZR 183/05\]](#)
- ¹⁰ Vogel, IBR 2009, 1450 (nur online) meint, der BGH habe die Frage unerkannt positiv beantwortet (Rdnr. 10). Dies ist eher nicht anzunehmen. Der Ablauf – Abnahmeverweigerung mit anschließender Werklohnklage – spricht eher für eine Leistungsverweigerung des ausführenden Unternehmers. Dann sind die Mängelansprüche anwendbar.
- ¹¹ BGH, NJW 2012, 50, [\[BGH 18.10.2011 - VI ZR 17/11\]](#) NJW 2010, 3573 [\[BGH 08.07.2010 - VII ZR 171/08\]](#) ; NJW 2011, 1224 [\[BGH 24.02.2011 - VII ZR 61/10\]](#) ; zuletzt NJW 2012, 56 [\[BGH 27.10.2011 - VII ZR 84/09\]](#) . Sämtliche Entscheidungen betreffen Bauverträge aus der Zeit vor dem 01.01.2002.
- ¹² Folnovic, [BauR 2008, 1360](#) ; Peters, NZBau 2009, 210: Die Beweislast für Mangelhaftigkeit oder Mangelfreiheit des Werks.
- ¹³ Vgl. OLG Brandenburg, NJW-RR 2011, 603 [\[OLG Brandenburg 24.02.2011 - 12 U 129/10\]](#) ; Folnovic, [BauR 2008, 1360](#) ; Vorwerk, [BauR 2003, 1, 8](#) ; Kniffka/Krause-Allenstein, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 23.11.2014, § 634 BGB Rdnr. 8 ff. für die Fälle der fertiggestellten Leistung bzw. den Übergang der Leistungsgefahr.
- ¹⁴ Voit, [BauR 2011, 1063, 1072](#) ; Kniffka/Krause-Allenstein, ibronline-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 23.11.2014, § 634 BGB Rdnr. 11.
- ¹⁵ Jousen, [BauR 2009, 319, 330](#) .
- ¹⁶ Folnovic, BauR 2008, 1363.
- ¹⁷ Kniffka/Krause-Allenstein, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 23.11.2014, § 634 BGB Rdnr. 11.
- ¹⁸ Vogel, IBR 2009, 2450, Rdnr. 11.
- ¹⁹ Vgl. BGH, [BauR 1997, 1067, 1068](#) .
- ²⁰ Vgl. Kniffka/Krause-Allenstein, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 23.11.2014, § 634 Rdnr. 17.
- ²¹ [BauR 2004, 1640](#) .
- ²² BGH, a.a.O.
- ²³ OLG Hamm, [BauR 2009, 862](#) .
- ²⁴ BGH, NJW 1962, 390; im Ergebnis ebenso BauR 1982, 395, 396; NZBau 2001, 211 [\[BGH 21.12.2000 - VII ZR 488/99\]](#) ; [BauR 2007, 2083](#) .
- ²⁵ BGH, a.a.O.
- ²⁶ BGH, NJW-RR 1996, 1044 [\[BGH 25.04.1996 - VII ZR 157/94\]](#) .
- ²⁷ BGH, [BauR 2007, 2083](#) .
- ²⁸ OLG Düsseldorf, IBR 2009, 1414.
- ²⁹ OLG Hamm, IBR 1992, 15 = [BauR 1992, 800](#) .
- ³⁰ Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 8. Aufl., Einführung Rdnr. 424; Kniffka/Koebke, Kompendium des Baurechts, 12. Teil Rdnr. 371; Rath, in: Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, HOAI, 9. Aufl., Einleitung Rdnr. 71 f.; Motzke, in: Motzke/Preussner/Kehrberg, Haftung des Architekten, 10. Aufl., Kapitel R Rdnr. 35; a.A.: Preussner, in: Motzke/Preussner/Kehrberg, Haftung des Architekten, Kapitel I Rdnr. 157; Koebke, in: Koebke/Locker/Frik, HOAI, Kommentar, 10. Aufl., Einleitung Rdnr. 148 f.
- ³¹ [BGHZ 31, 224, 227 f.](#) für die Vollarchitektur; seit BGH, [BauR 1982, 79, 82](#) auch für die Objektüberwachung.
- ³² [BauR 2014, 155, 159](#) .

- [33](#) Fuchs, IBR 2014, 128.
- [34](#) Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl. 2015, § 275 Rdnr. 13.
- [35](#) Miernik, [BauR 2014, 155, 162](#) : Zur Nacherfüllung beim Architekten- und Ingenieurvertrag.
- [36](#) BGH, IBR 2011, 398 [\[BGH 05.05.2011 - VII ZR 28/10\]](#) ; OLG Celle, IBR 2013, 21.
- [37](#) Motzke, [BauR 2011, 153, 157](#) : Aufgabenzuweisung bei durch Planungsfehler und unterlassene Prüfung und Bedenkenmitteilung verursachten Mängeln.
- [38](#) Zutreffend Averhaus, [BauR 2013, 1013, 1016](#) : Zu Planung der Beseitigung von planungsbedingten Baumängeln.
- [39](#) Weitergehend: Miernik, a.a.O.
- [40](#) Rath, a.a.O.
- [41](#) Oberhauser, Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers nach Abnahme? FS Koeble, 2010, 167, 174 ff.
- [42](#) Averhaus, [BauR 2013, 1013](#) .
- [43](#) [BauR 2008, 344, 350](#) .
- [44](#) Hierzu ausführlich: Averhaus, [BauR 2013, 1013 ff.](#) ; Sienz, FS Ganten, 2007, 219, 225; Sienz, [BauR 2010, 840](#) ; Vogel, Mängelprobleme nach neueste Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH, [www.ibr-online.de](#) .
- [45](#) BGH, BauR 1992, 392, 393.
- [46](#) Motzke, a.a.O., Kapitel R Rdnr. 44.
- [47](#) Motzke, a.a.O., Rdnr. 46; Preussner, a.a.O., Kapitel I Rdnr. 143 ff., 164 ff.
- [48](#) Motzke, a.a.O., Rdnr. 52.
- [49](#) [BauR 2009, 515](#) = [BGHZ 179, 55](#) = NJW 2009, 582 = NZBau 2009, 185.
- [50](#) Ebenfalls Bestandteil des Versicherungsvertrages sind die Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen für die Berufshaftpflichtversicherung von Architekten, Bauingenieuren und Beratenden Ingenieuren (BBR), abgedruckt in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., Teil III. F. Haftpflichtversicherung.
- [51](#) Prölss/Martin, VVG, § 100 Rdnr. 46.
- [52](#) BGH, [BauR 2009, 527](#) .