



Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Dr. Söre Jötten
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2023, 148 - 154 (Heft 2)
Verlag	Werner Verlag

Jötten, BauR 2023, 148 Die Planung der Nacherfüllung



von Dr. Söre Jötten, Köln:

Eine fachgerechte und ausreichend detaillierte Planung ist für die mangelfreie Errichtung eines Bauwerkes unabdingbar. Aber auch nach Fertigstellung und Abnahme auftretende Baumängel können im Rahmen der Nacherfüllung durch den Werkunternehmer häufig ohne eine Planung nicht fachgerecht beseitigt werden. Dieser Beitrag geht der Frage nach, von wem wann welche Art von Planungsleistungen für die Nacherfüllung erbracht werden müssen.



I. Einleitung

Die Planungsverantwortung für Nacherfüllungsarbeiten ist weder im BGB noch in der VOB/B, die lediglich für das Erfüllungsstadium in [§ 3 Abs. 1 VOB/B](#) eine Bestimmung enthält, explizit geregelt. In Bauverträgen könnte eine entsprechende vertragliche Zuweisung der Planungsverantwortung auch nach Abnahme für Mangelbeseitigungsmaßnahmen zwar für eine durchaus wünschenswerte Klarheit sorgen, hat in der Praxis aber Seltenheitswert. Die Bedeutung der richtigen Zuordnung der Planungsverantwortung im Nacherfüllungsstadium zeigt ein Blick auf die Risiken, die mit einer Fehleinschätzung für Besteller und Werkunternehmer verbunden sind:

1. Risiken für den Besteller

Der Besteller wird bei Mängeln dem Werkunternehmer wirksam eine Frist zur Nacherfüllung setzen wollen, damit er im Anschluss sekundäre Mängelrechte geltend machen kann. Sofern der Besteller dem Werkunternehmer für die Nacherfüllung eine Planung überlassen muss, stellt dies eine vom Besteller zu erbringende Mitwirkungshandlung im Rahmen der Nacherfüllung dar. Das OLG Nürnberg hat dies im Leitsatz einer Entscheidung vom 23.11.2021 wie folgt zusammengefasst:

„Wenn die Ausführungsplanung durch Generalunternehmervertrag in den Verantwortungsbereich des Auftraggebers gestellt wird, ist diese unverzichtbare, den Auftraggeber verpflichtende Mitwirkungshandlung für die Nachbesserung.“¹

Wenn der Besteller diejenigen Mitwirkungshandlungen nicht vorgenommen oder jedenfalls angeboten hat, die die Nacherfüllung erst ermöglichen, ist eine Fristsetzung unwirksam.² Dies hat zur Folge, dass der Besteller nicht auf die sekundären Mängelrechte übergehen kann. Klagt er einen Kostenvorschuss ein, riskiert er eine Klageabweisung.³ Wird der Mangel im Rahmen der Selbstvornahme beseitigt, kann der Besteller die Kosten im Nachhinein nicht vom Werkunternehmer ersetzt verlangen. Auch Rücktritt, Minderung und Schadensersatz setzen grundsätzlich eine wirksam gesetzte und verstrichene Nacherfüllungsfrist voraus. Für den Besteller besteht damit das nicht zu unterschätzende Risiko, die Kosten der Mangelbeseitigung selbst tragen zu müssen.

Ein weiteres Risiko für den Besteller besteht, wenn er vom Werkunternehmer unberechtigterweise die Vorlage einer Planung für die Mangelbeseitigung zur Voraussetzung der Nacherfüllung macht, damit er die Eignung der vorgesehenen Nacherfüllungsarbeiten überprüfen kann. Eine Fristsetzung kann nämlich auch dann unwirksam sein, wenn von dem Werkunternehmer Leistungen verlangt werden, auf die kein Anspruch besteht.



2. Risiken für den Werkunternehmer

Der Werkunternehmer wiederum hat grundsätzlich ein Interesse daran, etwaige Nacherfüllungsleistungen selbst vornehmen zu können, um nicht die (höheren) Kosten einer Ersatzvornahme tragen zu müssen oder Rücktritt und Minderung zu riskieren. Er muss daher gut aufpassen, mit der Nacherfüllung nicht in Verzug zu geraten und darf nicht vorschnell, insbesondere bei VOB/B-Verträgen (vgl. [§ 3 Abs. 1 VOB/B](#)), auf die Planungsverantwortung des Bestellers verweisen und es ablehnen, ohne eine Planung der Nacherfüllungsarbeiten durch den Besteller tätig zu werden. Macht er die Mangelbeseitigung von Handlungen des Bestellers abhängig, die dieser tatsächlich nicht erbringen muss, kann dies als ernsthafte und endgültige Nacherfüllungsverweigerung unmittelbar zum Verlust des Nacherfüllungsrechts führen. Dieses verliert er in einer derartigen Konstellation jedenfalls mit Fristablauf, grundsätzlich auch im Falle einer Fehleinschätzung bezüglich der Planungsverantwortung des Bestellers. Dass ein Irrtum über die eigene Planungsverantwortung das für etwaige Schadenersatzansprüche erforderliche Verschulden entfallen lässt, wird man nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen annehmen können.

3. Bedeutung der Planungsverantwortung

Sowohl für den Besteller als auch für den Werkunternehmer ist es demnach unerlässlich, die Planungsverantwortung im Nacherfüllungsstadium richtig zuzuordnen.⁴ Mit der Planungsverantwortung hängen grundsätzlich drei Fragen zusammen:

- a) Wer muss planen?
- b) Wann, d.h. unter welchen Voraussetzungen, muss geplant werden?
- c) Was muss geplant werden

Die Beantwortung dieser drei Fragen soll im Rahmen dieses Beitrags mit Blick auf den folgenden Beispielfall erfolgen:

Der Werkunternehmer hat die Heizleitungen der Fußbodenheizung unzureichend dimensioniert, weshalb das Haus des Bestellers im Winter nicht warm wird. Der Besteller fordert den Werkunternehmer auf, diesen Mangel zu beseitigen.



II. Wer muss planen?

Ausgangspunkt für die Frage, wer in Ermangelung einer eindeutigen vertraglichen Regelung im Nacherfüllungsstadium die Planungsverantwortung trägt, ist, dass der Nacherfüllungsanspruch eine Modifizierung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs ist. Der Werkunternehmer muss im Erfüllungsstadium nur sein Werk herstellen, im Nacherfüllungsstadium auch nur Mängel seines Werkes beseitigen. Die Leistungspflichten des Werkunternehmers erweitern sich im Rahmen der Nacherfüllung nach Rechtsprechung des BGH vom Grundsatz her nicht.⁵ Leistungen, die im Erfüllungsstadium von anderen Baubeteiligten zu erbringen waren und für die ordnungsgemäße Funktion des Werkes erforderlich sind, muss der Werkunternehmer auch im Nacherfüllungsstadium nicht erbringen.⁶ Gleichmaßen muss der Besteller im Nacherfüllungsstadium keine Mitwirkungshandlungen vornehmen, die der Werkunternehmer nicht schon im Erfüllungsstadium von ihm verlangen konnte. Für die Planungsverantwortung im Nacherfüllungsstadium kommt es damit maßgeblich darauf an, wem der Bauvertrag ursprünglich die Planungsverantwortung zuweist.

Damit lassen sich die folgenden Konstellationen unterscheiden:

1. Werkunternehmer hat im Erfüllungsstadium vertraglich die Planungsverantwortung übernommen

Haben Besteller und Werkunternehmer vereinbart, dass die Planungsverantwortung schon im Erfüllungsstadium beim Werkunternehmer liegt, setzt sich diese Aufgabenverteilung im Nacherfüllungsstadium fort.⁷ Falls ein Werkunternehmer im Erfüllungsstadium vom Besteller keine ausführungsfähige Planung verlangen konnte, kann seine mangelhafte Leistung nicht dazu führen, dass im Nacherfüllungsstadium derartige Pflichten oder Obliegenheiten des Bestellers entstehen. Anderenfalls würde der Werkunternehmer nach seiner mangelhaften Leistung besser stehen als zuvor, denn er müsste die für den Werkerfolg notwendige Planung nun nicht mehr selbst erbringen. Besonders einleuchtend ist dies beim Generalübernehmer, der Planung und Ausführung aus einer Hand erbringt und damit für etwaige Mängel und deren Beseitigung auch allein verantwortlich sein muss.



Für den Ausgangsfall bedeutet dies:

Der Werkunternehmer muss sämtliche Planungsleistungen erbringen, die für die Beseitigung des Mangels erforderlich sind. Er kann die Mangelbeseitigung nicht von einer Planung des Bestellers abhängig machen, den insoweit keine Mitwirkungspflichten treffen.

2. Besteller hat im Erfüllungsstadium vertraglich die Planungsverantwortung übernommen

Hat der Besteller die Planung im Erfüllungsstadium übernommen, setzt sich diese Aufgabenverteilung zwar grundsätzlich im Nacherfüllungsstadium fort, gleichwohl ist zu differenzieren: War die ursprüngliche Ausführungsplanung fachgerecht und wurde diese vom Werkunternehmer nur nicht ordnungsgemäß umgesetzt, kann die nicht ordnungsgemäße Ausführung durch den Werkunternehmer nicht zu einem Wiederaufleben der Planungsverantwortung des Bestellers führen.⁸ Vielmehr kann den Besteller im Nacherfüllungsstadium nur dann eine Planungsverantwortung treffen, wenn er dem Werkunternehmer zuvor eine mangelhafte Ausführungsplanung überlassen hat.⁹ Ob diese tatsächlich umgesetzt wurde oder der Werkunternehmer nicht sogar abweichend von der mangelhaften Planung auf andere Art und Weise mangelhaft geleistet hat, spielt insoweit zunächst keine Rolle. Bei der Frage, wen die Planungsverantwortung im Nacherfüllungsstadium trifft, ist nicht relevant, ob die mangelhafte Planung für den baulichen Mangel kausal ist. Entscheidend ist insofern nur, ob der Besteller seiner Planungsverantwortung ordnungsgemäß nachgekommen ist.

Dieses Ergebnis bestätigen auch [§ 362 BGB](#) und die Mängelrechte nach [§§ 633 ff. BGB](#), die mit Blick auf die zwischen Werkunternehmer und Besteller vereinbarte Planungsverantwortung zwar nicht unmittelbar anwendbar sind, deren Rechtsgedanke sich jedoch auch auf dieses Verhältnis übertragen lässt. Anders kann dies im Einzelfall zu beurteilen sein, wenn der Werkunternehmer unter Verletzung seiner Prüf- und Hinweispflichten vorsätzlich eine unzureichende Planung mangelhaft umgesetzt hat.¹⁰

Dies bedeutet für den Ausgangsfall:

Nur wenn die ursprüngliche Ausführungsplanung, die vom Besteller gestellt wurde, mangelhaft war, trifft den Besteller im Rahmen der Nacherfüllung noch eine grundsätzliche Planungsverantwortung.



3. Fehlende Regelung zur Planungsverantwortung

Nicht selten finden sich in (BGB-)Bauverträgen überhaupt keine Regelungen zur Planungsverantwortung. Insbesondere bei kleineren Bauverträgen mit Verbrauchern wird aus Kostengründen oftmals am Planer gespart und auf die Fachkunde des ausführenden Werkunternehmers vertraut. Eine von einem Architekten erstellte Ausführungsplanung liegt häufig nicht vor, wurde auch nicht zwischen den Vertragsparteien erörtert. Wenn der Werkunternehmer in Kenntnis dieser Umstände und einer vollständig fehlenden Planung einen bestimmten Werkerfolg verspricht, muss er sich daran festhalten lassen.¹¹ Stellt sich im Nachhinein heraus, dass eine detaillierte Ausführungsplanung für eine mangelfreie Umsetzung erforderlich gewesen wäre, kann er diese im Nacherfüllungsstadium nicht vom Besteller verlangen.¹² Er bleibt vielmehr weiterhin dafür verantwortlich, den geschuldeten Erfolg zu bewirken und trägt dann auch die Planungsverantwortung.

Damit gilt für den Ausgangsfall in dieser Konstellation:

Der Werkunternehmer ist in der Pflicht, eine ggf. erforderliche Planung für die Mangelbeseitigung zu erstellen.

III. Wann muss geplant werden?

Steht fest, wem im konkreten Einzelfall die Planungsverantwortung im Nacherfüllungsstadium zufällt, stellt sich als nächstes die Frage, wann bzw. unter welchen Voraussetzungen die Planungsleistungen zu erbringen sind. Je nachdem, ob Werkunternehmer oder Besteller in der Planungsverantwortung stehen, ergeben sich insoweit gänzlich unterschiedliche Probleme:

1. Planungsverantwortung des Werkunternehmers

Ob und wann der Werkunternehmer die geschuldeten Nacherfüllungsarbeiten planen und insbesondere dem Besteller eine Planung vorlegen muss, lässt sich nicht pauschal beantworten. Ausgangspunkt ist insoweit, dass es dem Werkunternehmer im Grundsatz freisteht, wie er die Nacherfüllungsleistungen erbringt. Er schuldet im Rahmen der Nacherfüllung ebenso wie im Rahmen der Erfüllung einen konkreten Werkerfolg und nicht einen bestimmten Weg dorthin. Daraus wird man folgern müssen, dass der Werkunternehmer regelmäßig nicht verpflichtet ist, vor Ausführung der Mangelbeseitigungsarbeiten dem Besteller eine konkrete Planung vorzulegen.



Anders kann dies nur im Ausnahmefall bei besonders komplexen Nacherfüllungsmaßnahmen sein, die ohne eine detaillierte Planung schlicht nicht umsetzbar sind. Die Pflicht zur Vorlage einer entsprechenden Planung kann für den Werkunternehmer dann im Einzelfall als Ausfluss des baurechtlichen Kooperationsgebots abgeleitet werden.¹³

Von diesen Einzelfällen abgesehen ist es für den Besteller daher riskant, die Ausführung der Nacherfüllung von einer vorherigen Planung der Mangelbeseitigungsarbeiten abhängig zu machen, anhand derer sich die Eignung der angedachten Maßnahmen beurteilen lässt. Dass er sich auf unsichere Mangelbeseitigungsversuche nicht einlassen muss, hilft ihm insbesondere dann nicht weiter, wenn vom Unternehmer überhaupt kein Sanierungskonzept dargelegt wird. Lässt der Besteller die Ausführung der Mangelbeseitigungsarbeiten ohne vorherige Übermittlung der hierfür ggf. erforderlichen Planung nicht zu, besteht für ihn das erhebliche Risiko, dass er sich dadurch in Annahmeverzug begibt und nach Fristablauf keine sekundären Mängelansprüche geltend machen kann.

Dies bedeutet für den Ausgangsfall:

Der Besteller kann die Mangelbeseitigung grundsätzlich nicht von der vorherigen Übergabe einer Planung abhängig machen. Macht er dies, riskiert er die Unwirksamkeit seiner Fristsetzung.

2. Planungsverantwortung des Bestellers

Im Falle der Planungsverantwortung des Bestellers stellt sich die Frage, ob eine mangelfreie Planung stets Voraussetzung für eine wirksame Fristsetzung zur Mangelbeseitigung ist. Zwar kann dem Besteller einerseits die fehlende Überlassung mangelfreier Pläne im Rahmen der Fristsetzung als unzureichende Mitwirkung bei der Nacherfüllung vorgeworfen werden.¹⁴ Andererseits riskiert der Besteller, der dem Werkunternehmer durch Übermittlung einer konkreten Planung Vorgaben zur Art und Weise der Mangelbeseitigung macht, einen unzulässigen Eingriff in das unternehmerische Dispositionsrecht.¹⁵ Beides könnte schlimmstenfalls dazu führen, dass die Fristsetzung später als unwirksam angesehen wird.

Die Lösung dieses potentiellen Dilemmas für den Besteller gibt die Symptomtheorie vor: Diese soll es dem Besteller ermöglichen, durch bloße Benennung der Mangelsymptome eine wirksame Fristsetzung zu bewirken.¹⁶ Aus der Symptomtheorie folgt auch, dass es nicht Aufgabe des Bestellers ist, die Ursachen des Mangelsymptoms, d.h. den eigentlichen Mangel, zu ergründen, sondern dies vielmehr dem Werkunternehmer obliegt.¹⁷ Kennt der



Besteller die Mangelursache nicht und muss er diese auch nicht kennen, wird er kaum dazu in der Lage sein zu bewerten, welche Planungsleistungen für die Mangelbeseitigung ggf. erbracht werden müssen. Die Erbringung unbekannterweise erforderlicher Planungsleistungen kann vom Besteller schwerlich verlangt werden.¹⁸ Es muss daher vielmehr dem Werkunternehmer obliegen, nach der auf die Mangelrüge geschuldeten Untersuchung des Mangelsymptoms den Besteller substantiiert auf Fehler in der Planung hinzuweisen und ihn aufzufordern, diese nachzubessern.¹⁹ Diese Pflicht traf ihn bereits im Erfüllungsstadium (vgl. [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#)) und ist dort schon nicht ordnungsgemäß erfüllt worden, denn anderenfalls würde der Werkunternehmer gem. [§ 13 Abs. 3 VOB/B](#) bzw. [§ 242 BGB](#) sowieso nicht haften. Daher besteht diese Verpflichtung im Nacherfüllungsstadium gleichermaßen fort. Kommt der Werkunternehmer seiner Untersuchungspflicht nach und weist er auf eine vom Besteller noch zu erbringende fachgerechte Planungsleistung hin, so gerät er so lange nicht in Verzug, bis diese vorgenommen oder jedenfalls angeboten worden ist. Lehnt der Besteller diese Mitwirkungshandlungen ab, trägt er die damit verbundenen Risiken, insbesondere des Wegfalls von Aufwendungs- und Schadenersatzansprüchen. Bleibt dagegen der Werkunternehmer untätig, untersucht die gerügten Mängel nicht einmal oder klärt den Besteller nicht über deren Ursachen und erforderliche Mitwirkungshandlungen auf, so ist er nicht schutzbedürftig. Ein Werkunternehmer, der trotz Kenntnis nicht auf erforderliche Mitwirkungshandlungen hinweist oder pflichtwidrig eine Untersuchung des Mangelsymptoms unterlässt, kann sich daher nicht auf die Unwirksamkeit der Fristsetzung berufen.²⁰ Er gerät in Verzug und der Besteller kann auch dann sekundäre Mängelrechte geltend machen, wenn eine Nachbesserung ohne eine überarbeitete Planung nicht möglich gewesen wäre.²¹

Insoweit lässt sich auch eine Parallele zur Pflicht des Bestellers ziehen, sich im Falle eines Mitverschuldens für den Mangel oder unter dem Gesichtspunkt des Vorteilsausgleichs an den Kosten der Nacherfüllung zu beteiligen. Nach ständiger Rechtsprechung besteht diese Pflicht nur, wenn der Werkunternehmer diese substantiiert einwendet und auf Verlangen durch Privatgutachten untermauert.²² Nur dann kann er die Nacherfüllung verweigern, bis der Besteller Sicherheit geleistet hat.²³ Unmittelbare Zahlung oder auch nur die bloße Zusage der Kostenbeteiligung kann und sollte der Werkunternehmer vom Besteller dagegen nicht verlangen, denn dies kann eine ernsthafte und endgültige Nacherfüllungsverweigerung bedeuten.²⁴ Wenn der Besteller von sich aus eine Kostenbeteiligung nicht anbieten muss, ist nicht ersichtlich, weshalb dies bezüglich einer nachgebesserten Planung anders sein sollte.

Für den Ausgangsfall bedeutet dies:

Der Werkunternehmer muss die Ursachen des Mangels eigenverantwortlich ergründen. Stellt er einen von ihm umgesetzten Planungsfehler fest, der für die unzureichende Heizleistung ursächlich ist, sollte er diesen dem Besteller innerhalb der angemessenen Nacherfüllungsfrist substantiiert darlegen. Der Besteller ist dann zur Mitwirkung verpflichtet.



IV. Was muss geplant werden?

Schließlich stellt sich die Frage, welche Art von Planung vom Werkunternehmer oder Besteller zu erbringen ist und wie detailliert diese im Einzelfall sein muss. Zu denken ist insoweit einerseits an eine nachgebesserte Ausführungsplanung oder andererseits an eine konkrete Planung der Mangelbeseitigungsmaßnahmen, die nachfolgend als „Sanierungsplanung“ bezeichnet wird.[25](#)

1. Planungsverantwortung des Werkunternehmers

Hat sich der Werkunternehmer als Generalübernehmer verpflichtet, eine ausführungsfähige Planung zu erstellen und weist diese Mängel auf, die sich im Bauwerk manifestiert haben, so ist er auch im Nacherfüllungsstadium verpflichtet, nicht nur die Mängel des Bauwerkes sondern auch die der Ausführungsplanung nachzubessern.[26](#) Bei bloß mangelhafter Bauausführung kann im Falle der in der Erfüllungsphase übernommenen Planungsverantwortung des Werkunternehmers mit Blick auf seine grundsätzliche Dispositionsfreiheit bezüglich der Art und Weise der Mangelbeseitigung dagegen nur aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls eine Obliegenheit oder Pflicht bestehen, die Mängelbeseitigungsarbeiten nicht bloß für die eigenen Bedürfnisse zu planen, sondern die Eignung der angedachten Maßnahmen dem Besteller anhand einer konkreten Sanierungsplanung zu belegen.[27](#) Sofern dies ausnahmsweise der Fall ist, dürfen an die Planung allerdings keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, denn dies würde den Werkunternehmer in seiner Wahlfreiheit zu stark einschränken. Zeigt die Planung einen grundsätzlich geeigneten Weg auf, den Mangel zu beheben, muss dies genügen.

Bei komplexen Mängeln ist aus Sicht des Bestellers üblicherweise sowieso die Beauftragung einer sachverständigen Überwachung der Mangelbeseitigungsarbeiten üblich und die anfallenden Kosten sind als Schadensersatz neben der Leistung grundsätzlich auch unabhängig von einer vorherigen Fristsetzung erstattungsfähig.[28](#) Bei einer nur oberflächlichen Planung komplexer Mangelbeseitigungsmaßnahmen wird man daher die Erforderlichkeit einer intensiveren Überwachungsleistung annehmen können. Eine detaillierte Planung dagegen kann sich insoweit kostenmindernd auswirken, weil die Überwachung weniger umfangreich ausfallen muss und daher auch nur in einem geringeren Umfang erstattungsfähig sein wird.



Dies bedeutet für den Ausgangsfall:

Grundsätzlich obliegt es der Disposition des Werkunternehmers, in welchem Umfang er die beabsichtigte Mangelbeseitigung zuvor plant. Nur im Ausnahmefall kann der Besteller eine detaillierte Sanierungsplanung von ihm verlangen.

2. Planungsverantwortung des Bestellers

Ist der Besteller in der Planungsverantwortung und hat ihn der Werkunternehmer dazu aufgefordert, ihm eine fachgerechte Planung als Grundlage für die Mangelbeseitigungsarbeiten zu überlassen, kann damit sowohl eine nachgebesserte Ausführungsplanung als auch eine erst zu erstellende Sanierungsplanung gemeint sein.

Jedenfalls eine nachgebesserte mangelfreie Ausführungsplanung wird der Besteller dem Werkunternehmer überlassen müssen, sofern diese für die Nacherfüllung tatsächlich erforderlich ist.²⁹ Insoweit setzt sich die Verpflichtung aus dem Erfüllungsstadium zur Überlassung ausführungsfähiger Pläne im Nacherfüllungsstadium schlicht fort.³⁰

Ist es mit der Beseitigung der Mängel der ursprünglichen Ausführungsplanung jedoch nicht getan, bspw., weil die aufwändige Mangelbeseitigung eine abweichende technische Lösung erforderlich macht als im Erfüllungsstadium angedacht, stellt sich die Frage, ob der Besteller eine ausführungsfähige (und ggf. Gewerke übergreifende) Sanierungsplanung beibringen muss.

Für eine Pflicht des Bestellers, auch die für die konkrete Sanierung erforderliche Planung zu stellen, spricht auf den ersten Blick der Grundsatz des Gleichlaufs der Pflichten in der Erfüllungs- und der Nacherfüllungsphase.³¹ Wenn der Werkunternehmer im Rahmen der Nacherfüllung auf einmal für eine ausführungsfähige Planung verantwortlich wäre, würde dadurch die Leistungsgrenze zwischen Architekt und Werkunternehmer unzulässig verschoben. Auf den zweiten Blick überzeugt dies jedoch nicht. Zunächst hat der Werkunternehmer auch im Erfüllungsstadium regelmäßig eine Planungsleistung in Form der Werkplanung zu erbringen. Weiterhin muss der Werkunternehmer regelmäßig als Teil der Nacherfüllung auch Vor-, Neben- und Nacharbeiten erbringen, die im Zusammenhang mit der Nacherfüllung anfallen und gänzlich andere Gewerke betreffen.³² Eine Sanierungsplanung, die oftmals auch die Planung von mangelfreien Gewerken umfasst, die im Zuge der



Mangelbeseitigung bearbeitet werden müssen, ist mit diesen Vor-, Neben- und Nacharbeiten viel eher vergleichbar.

Das Argument, der Besteller bzw. sein Architekt sei mit den Objektbesonderheiten besonders vertraut, weshalb die Sanierungsplanung bei diesem besser aufgehoben sei,³³ lässt wiederum unberücksichtigt, dass der Architekt des Bestellers zur Erstellung einer Sanierungsplanung jedenfalls unentgeltlich nicht bereit sein wird und im Rahmen der Nacherfüllung ein Anspruch auf diese Sanierungsplanung als aliud zur Ausführungsplanung auch nach einem Planungsfehler nicht bestehen dürfte.³⁴ Muss der Besteller einen anderen Architekten beauftragen, weil der ursprüngliche Architekt nicht bereit und auch nicht verpflichtet ist zu planen, ist jener mit den Objektbesonderheiten noch weniger vertraut als der Werkunternehmer.

Auch das Dispositionsrecht des Werkunternehmers spricht gegen eine Verpflichtung des Bestellers, konkret die Art und Weise der Mangelbeseitigung in einer Sanierungsplanung vorzugeben. Sofern der Werkunternehmer nicht zur Umsetzung der vorgegebenen und fachgerechten Sanierungsplanung verpflichtet ist, wäre eine Obliegenheit des Bestellers, diese zu erstellen, damit im Grunde nur Schikane.³⁵ Sie kann von ihm nicht verlangt werden.

Dies bedeutet für den Ausgangsfall:

Hat der Werkunternehmer unter substantiierter Darlegung eines Mangels der Ausführungsplanung den Besteller aufgefordert, eine mangelfreie Planung zu überlassen, muss der Besteller lediglich die Mängel der ursprünglichen Ausführungsplanung beseitigen. Eine konkrete Sanierungsplanung, die bspw. auch die erforderlichen Eingriffe in den ansonsten mangelfreien Fußbodenaufbau umfasst, kann der Werkunternehmer dagegen nicht zur Voraussetzung der Nacherfüllung machen.

V. Ergebnis

Die Planungsverantwortung richtet sich auch in der Nacherfüllungsphase nach der im Bauvertrag üblicherweise nur für die Erfüllungsphase geregelten Aufgabenzuweisung. Trifft die Planungsverantwortung den Besteller, so kann er unabhängig von etwaigen Planungsfehlern durch eine ausreichend konkrete Beschreibung der Mangelsymptome wirksam eine Nacherfüllungsfrist setzen, ohne die für den Mangel mitursächlichen Planungsfehler zuvor beseitigt zu haben. Erst nachdem der Werkunternehmer auf Planungsfehler substantiiert hingewiesen und deren Beseitigung verlangt hat, ist es Aufgabe des Bestellers, diese Mängel der ursprünglichen Ausführungsplanung zu beseitigen. Der Werkunternehmer ist daher nicht nur mit Blick auf den Einwand des



Mitverschuldens wegen Planungsfehlern gut beraten, die Untersuchung der gerügten Mangelsymptome und der Planung unverzüglich vorzunehmen. Durch einen substantiierten Hinweis auf Planungsfehler kann der Werkunternehmer den Verzugseintritt unterbinden und Zeit für die Nacherfüllung gewinnen. Dagegen kann er vom Besteller keine konkrete Sanierungsplanung verlangen. Gleichmaßen wird auch der Werkunternehmer üblicherweise nicht dazu verpflichtet sein, die Tauglichkeit der von ihm vorgesehenen Nacherfüllung dem Besteller durch Vorlage einer Sanierungsplanung aufzuzeigen. Macht der Besteller die Mangelbeseitigung von der Vorlage einer entsprechenden Planung abhängig, riskiert er die Unwirksamkeit seiner Fristsetzung und damit auch seine sekundären Mängelrechte.



†	Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht bei LOSCHELDER.
1	OLG Nürnberg, BauR 2023, 238 in diesem Heft, NJW 2022, 2199 (Ls. 1).
2	BGH, NJW 2008, 511 Rdnr. 36 = BauR 2008, 344 ; OLG Düsseldorf, BeckRS 2016, 124160 Rdnr. 74; ausführlich Sienz, BauR 2018, 376 .
3	Das OLG Nürnberg, BauR 2023, 238 in diesem Heft, NJW 2022, 2199, hat die auf Nacherfüllung gerichtete Klage wegen fehlender ausführungsfähiger Pläne sogar mangels Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs als „derzeit unbegründet“ abgewiesen. Dieses Ergebnis begegnet Zweifeln, denn der Anspruch auf Nacherfüllung dürfte (unabhängig von einer Fristsetzung) mit dem Nacherfüllungsverlangen fällig werden. Überzeugender scheint insoweit eine Verurteilung zur Nacherfüllung Zug-um-Zug gegen Überlassung ausführungsfähiger Pläne.
4	Inwieweit der Besteller gegebenenfalls von dem von ihm beauftragten Planer eine Planung der Mangelbeseitigungsarbeiten i.R.d. Nacherfüllung verlangen kann, ist eine davon zu unterscheidende Frage, der hier nicht weiter nachgegangen werden soll.
5	BGH, BGHZ 174, 110 = BauR 2008, 344 Rdnr. 19. Vor- und nachbereitende Arbeiten, die für die eigentliche Mangelbeseitigung erforderlich sind, muss der Werkunternehmer gleichwohl erbringen, siehe hierzu BGH, BGHZ 96, 221 (230) = NJW 1986, 922 (923); Kniffka, iBrOK BauVertrR/Krause-Allenstein BGB § 635 Rdnr. 42; Jurgeleit, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 316.
6	BGH, BGHZ 174, 110 = BauR 2008, 344 Rdnr. 19.
7	OLG Nürnberg, BauR 2023, 238 in diesem Heft, NJW 2022, 2199 Rdnr. 46 ff. = IBR 2022, 2574; BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rdnr. 60.
8	Vgl. im Ergebnis Sienz, BauR 2010, 840 (842) ; Klein, BauR 2015, 358 (368) .
9	Vgl. OLG Naumburg, BauR 2014, 2813 = NZBau 2014, 708 (711 f.) [OLG Naumburg 06.03.2014 - 1 U 95/13].
10	Vgl. BGH, BauR 1991, 79 = NJW-RR 1991, 276; OLG Hamm, NZBau 2019, 709 Rdnr. 116.
11	Vgl. OLG Celle, BauR 2005, 397 = IBR 2005, 14; OLG Frankfurt, BauR 2011, 1506 = NJW 2011, 1609 (1610).
12	Ebenso wenig kann er ein Mitverschulden des Bestellers wegen der fehlenden Ausführungsplanung einwenden, vgl. OLG Hamm, NZBau 2019, 709 Rdnr. 116; OLG Düsseldorf, BauR 2014, 601 (Ls. 2) = IBR 2014, 78.
13	Siehe hierzu, Pauly, ZfBR 2016, 637. Zustimmung OLG Düsseldorf, IBRRS 2019, 1898 (Ls. 5) = BauR 2019, 1317 . A.A. wohl BeckOGK/Kober, BGB § 650 t Rdnr. 101.1, der grds. eher den Besteller in der Pflicht sieht, ebenfalls auf Grundlage des Kooperationsgebotes.
14	BGH, BGHZ 174, 110 = BauR 2008, 344 Rdnr. 19.
15	Vgl. Jurgeleit, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 5. Teil Rdnr. 302 m.w.N.; vgl. BGH, BauR 2006, 524 = NZBau 2006, 116 Rdnr. 19 ff.
16	Vgl. OLG Düsseldorf, BauR 2016, 1182 = NZBau 2015, 769 Rdnr. 89.
17	BGH, NZBau 2011, 27 [BGH 02.09.2010 - VII ZR 110/09] Rdnr. 19.
18	A.A. OLG Oldenburg, BauR 2019, 114 = NJW 2019, 83 Rdnr. 43 ff.; im Ergebnis wohl ebenso Sienz, BauR 2010, 840 (845) .
19	Im Ergebnis ähnlich BeckOGK/Kober, BGB § 634 Rdnr. 189.1.
20	A.A. Sienz, BauR 2018, 373 (384) ; wohl ebenso Vogel IBR 2009, 1450 Rdnr. 34.
21	Die Auffassung des OLG Oldenburg (BauR 2019, 114 = NJW 2019, 83 Rdnr. 43 ff.), es bestünden lediglich auf das gleiche Interesse gerichtete Schadenersatzansprüche, weil der Werkunternehmer seinen Untersuchungs- und Hinweispflichten nicht nachgekommen sei,



	überzeugt nicht, sondern führt nicht nur hinsichtlich der Verjährung zu unnötigen Problemen. Vgl. die Anmerkung zum Urteil von Feldmann NZBau 2019, 90. Nicht gefolgt werden kann ebenfalls der Auffassung des OLG Nürnberg (NJW 2022, 2199 = IBR 2022, 2574 [OLG Nürnberg 23.11.2021 - 6 U 4362/19], Ls. 2), dass der Anspruch auf Nacherfüllung aufgrund der fehlenden Planung nicht fällig ist.
22	BGH, BGHZ 90, 344 = BauR 1984, 395 ; OLG Düsseldorf, BeckRS 2014, 8704 (I. 2. a.) = IBR 2014, 474.
23	BGH, BGHZ 90, 344 = BauR 1984, 395 .
24	OLG Düsseldorf, BeckRS 2014, 8704 (I. 2. a.) = IBR 2014, 474 [OLG Düsseldorf 05.06.2012 - I-23 U 167/11].
25	Ebenso Klein, BauR 2015, 358 (367) ; s.a. Motzke, BauR 2011, 153, (156 ff.) , der den Unterschied zwischen nachgebesselter Ausführungsplanung und Sanierungsplanung/Mangelbeseitigungsplanung eingehend erörtert.
26	Überaus umstritten ist die Pflicht des planenden Architekten zur Nacherfüllungspflicht. Nach richtiger Ansicht von Klein (Beck HOAI, 3. Aufl. 2022, BGB § 650q Rdnr. 353 ff. m.w.N.) besteht diese Pflicht aber schon im Grundsatz und besteht erst Recht beim planenden und ausführenden Generalübernehmer.
27	Vgl. Pauly, ZfBR 2016, 637; OLG Düsseldorf, IBRRS 2019, 1898 (Ls. 5) = BauR 2019, 1317 .
28	Vgl. zu den Kosten eines Privatgutachtens OLG Düsseldorf, BauR 2015, 842 = NZBau 2015, 296 Rdnr. 230 ff.; Werner/Pastor, Kapitel 1 Rdnr. 159 ff. m.w.N.
29	Althaus/Bartsch, Nachträge, Teil 2 Rdnr. 404; Averhaus, BauR 2013, 1013 (1017) ; Beck HOAI/Klein, 3. Aufl. 2022, BGB § 650q Rdnr. 375 ff.; Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB/B § 13 Rdnr. 324; Sienz, BauR 2018, 376 (383) ; Vogel, IBR 2009, 1450 Rdnr. 33; Weyer, ibr-online Blog-Eintrag v. 21.04.2011, https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige.php?zq=0&SID=0520a75396899cf922117d1ebdae6711?Zeitschr_Liste=IMRArchiv&HTTP_DocType=Blog&BlogID=120 (03.11.2022); einschränkend im Falle der Neuherstellung Motzke, BauR 2011, 153 (157) .
30	Dies gilt auch für die Pflicht des Werkunternehmers, die nachgebesserte Ausführungsplanung zu prüfen und ggf. darauf hinzuweisen, falls diese weiterhin fehlerhaft sein sollte.
31	BeckOK BauvertrR/Preussner, BGB § 635 Rdnr. 82; vgl. Klein, BauR 2015, 358 (367 f.) .
32	Siehe BGH, BGHZ 96, 221-230 = BauR 1986, 211 ; OLG Düsseldorf, BauR 2018, 627 = NJW 2018, 627 Rdnr. 139; OLG Karlsruhe, NJOZ 2005, 1665 (1666) = BauR 2005, 1485 ; Kniffka, ibrOK BauVertrR/Krause-Allenstein, BGB § 635 Rdnr. 42; Jurgeleit, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 5. Teil Rdnr. 316.
33	Vgl. Oberhauser, Festschrift Koeble 2010, 167 (175).
34	Ebenso nun auch Beck HOAI/Klein, 3. Aufl. 2022, BGB § 650q Rdnr. 377. Dies schließt nicht aus, dass der Architekt für die Kosten der Nacherfüllung anteilig haftet.
35	Möglich ist aber natürlich, dass der Besteller nach Aufforderung des Werkunternehmers eine Sanierungsplanung erstellt und sich der Werkunternehmer, der diese ausdrücklich abfordert, verpflichtet, diese einzuhalten. Vgl. Klein, BauR 2015, 358 (366) .