

# Architektenrecht

Preussner

3. Auflage 2025  
ISBN 978-3-406-82743-3  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

**Tipps für Bauherren:**

Der Bauherr sollte in einem von ihm gestellten Bauvertrag oder Architektenvertrag regeln, dass er berechtigt ist, die Mängelansprüche nach § 634 BGB schon vor Eintritt der Fälligkeit der Werkleistung geltend zu machen, wenn er dem Unternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Mangelbeseitigung bestimmt hat oder der Unternehmer die Mangelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert hat.

## 2. Welche Mängelansprüche hat der Besteller nach der Abnahme?

Stellt sich nach der Abnahme des Werks heraus, dass es mangelhaft ist, so kann der Besteller gemäß § 634 BGB die dort aufgeführten Gewährleistungsansprüche geltend machen:

- Nacherfüllung,
- Selbstvornahme,
- Rücktritt,
- Minderung,
- Schadensersatz und
- Aufwendungsersatz.

Die vorstehend aufgelisteten Mängelansprüche stehen nicht gleichwertig nebeneinander, sondern in einer vom Gesetz vorgegebenen Rangordnung. 31

## 3. Das Recht zur zweiten Andienung als zentraler Pfeiler des werkvertraglichen Gewährleistungssystems

Die Systematik der Mängelansprüche in den §§ 634 ff. BGB ist geprägt vom Vorrang der Nacherfüllung. Der Besteller hat vor der Ausübung seiner sekundären Mängelrechte zunächst die Befugnis des Unternehmers, selbst den Mangel beseitigen zu dürfen, zu respektieren. Der Unternehmer soll davor geschützt werden, dass der Mangel über seinen Kopf hinweg und auf seine Kosten durch einen anderen behoben wird. Dies wird neuerdings auch durch § 650t BGB zum Ausdruck gebracht, der ebenfalls das Recht zur zweiten Andienung des Bauunternehmers schützen soll. 32

- 33** Das Recht auf Nacherfüllung aus §§ 634 Nr. 1, 635 BGB beinhaltet die Ausgangsregelung für das gesamte Recht der Mängelansprüche. Der Anspruch auf Nacherfüllung ist bildlich gesprochen das Eingangstor zu den übrigen Gewährleistungsrechten des Bestellers auf Selbstvornahme (§ 637 BGB), Rücktritt (§§ 636, 323, 326 Abs. 5 BGB), Minderung (§ 638 BGB) und Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 BGB). Diese Sekundäransprüche können erst dann geltend gemacht werden, wenn der Besteller die Nacherfüllung nicht (mehr) verlangen kann.
- 34** Hat es der Besteller unterlassen, dem Unternehmer die gebotene angemessene Frist zur Mängelbeseitigung zu setzen, und führt er dennoch die Selbstvornahme durch, so kann er die beim Drittunternehmer entstandenen Kosten nicht an den Unternehmer weitergeben. Auch zu den anderen Sekundäransprüchen Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung ist in diesem Fall der Weg verbaut. Der Besteller hat die dem Bauunternehmer gesetzlich zugesprochene Nacherfüllungsbefugnis bewusst umgangen und soll daher aus seinem Verhalten keine Vorteile erlangen.

#### **4. Was bedeutet Nacherfüllung?**

- 35** Liegt ein Mangel vor, dann steht dem Auftraggeber zunächst das Recht auf „Nacherfüllung“ zu (§ 635 Abs. 1 BGB). Die Nacherfüllung kann entweder durch Beseitigung des Mangels oder durch die Herstellung eines neuen Werkes erfolgen. Welche der beiden Varianten gewählt wird, entscheidet – anders als im Kaufrecht, § 439 Abs. 1 BGB – der Auftragnehmer, § 635 Abs. 1 BGB. Hat sich der Auftragnehmer für die Neuherstellung entschieden, kann der Auftraggeber die Herausgabe der mangelhaften Sache nach den Grundsätzen des Rücktritts in §§ 346–348 BGB verlangen (§ 635 Abs. 4 BGB).
- 36** Beim Kaufvertrag stehen dem Verkäufer nach § 440 S. 2 BGB regelmäßig zwei Nachbesserungsversuche zu. Es erscheint aufgrund der vergleichbaren Interessenlage sachgerecht, diese Vorschrift auf die werkvertragliche Nacherfüllung entsprechend anzuwenden. Im Übrigen geht die „Richtgröße“ von zwei Versuchen auf die Rechtsprechung des BGH zum Nachbesserungsrecht aus § 633 BGB aF zurück, stammt also originär aus dem Werkvertragsrecht.<sup>28</sup>
- 37** Die bei der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere die Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, hat – wie

<sup>28</sup> BGH Urt. v. 6.5.1982 – VII ZR 74/81, BauR 1982, 493; Urt. v. 29.10.1956 – II ZR 79/55, BGHZ 22, 90 f.

bisher nach §§ 633 Abs. 2 S. 2, 476a S. 1 BGB aF<sup>29</sup> – der Auftragnehmer zu tragen (§ 635 Abs. 2 BGB). Diese Kostentragungspflicht darf auch nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen auf den Auftraggeber abgewälzt werden. Eine entsprechende Klausel ist nach § 309 Nr. 8b, cc BGB unwirksam.<sup>30</sup>

Solange der Auftragnehmer seiner Pflicht, den Mangel zu beseitigen, nicht nachgekommen ist, darf der Besteller nach § 641 Abs. 3 BGB „in der Regel das Doppelte“ des zur Behebung des Mangels erforderlichen Geldbetrages einbehalten. Man bezeichnet dies als „Druckzuschlag“<sup>31</sup>.

## 5. Wann ist der Architekt zur Nacherfüllung verpflichtet?



### Übungsfall: „Der fehlende Befreiungsantrag“

Die vom Architekten gefertigte Genehmigungsplanung schickt das Baurechtsamt mit dem Hinweis zurück, wegen der Abweichung vom Bebauungsplan müsse ein entsprechender Befreiungsantrag gestellt werden. Als der Bauherr dies erfährt, ist er so verärgert, dass er die weitere Abwicklung des Vorhabens einem Generalübernehmer anvertraut, der auch das Genehmigungsverfahren zu einem guten Ende bringen soll.

Die Rechnung des Architekten bezahlt er mit der Begründung nicht, dass dieser keine genehmigungsfähige Planung geliefert habe. Darauf klagt der Architekt sein Honorar ein. Mit Erfolg?

In der Praxis kursiert die Meinung, ein Architekt hafte nur auf Schadensersatz; zur Nacherfüllung könne er weder verpflichtet, noch berechtigt sein.<sup>32</sup> Diese Auffassung ist unzutreffend. Auch der Architekt

<sup>29</sup> Entfallen ist die Einschränkung des § 476a S. 2 BGB aF, dass solche Mehrkosten, die entstehen, weil die Sache an einen anderen Ort verbracht worden ist, nicht zu erstatten sind.

<sup>30</sup> Werden Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) gegenüber Unternehmern (§ 14 BGB) verwendet, kommen den Klauselverbote (§§ 308f. BGB) lediglich Indizwirkung im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB zu. Aber auch hier spricht die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 635 Abs. 2 BGB für die Unzulässigkeit einer solchen AGB-Regelung.

<sup>31</sup> BGH Urt. v. 4.4.2002 – VII ZR 252/01, NJW-RR 2002, 1025.

<sup>32</sup> Die Rechtsprechung ist an dem Missverständnis nicht ganz schuldlos. Formulierungen wie:

„Die übrigen bei Werkmängeln eingreifenden Vorschriften haben für den Werkvertrag des Architekten geringe Bedeutung; Nachbesserung (§ 633 Abs. 2 BGB) kommt im

hat grundsätzlich nicht nur die Pflicht, sondern auch ein Recht, seine mangelhafte Leistung zu korrigieren.

- 40 Das Recht auf Nacherfüllung steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass es dem Besteller „zumutbar“ iSd § 636 BGB<sup>33</sup> ist, die Mangelbeseitigung entgegenzunehmen.

a) *Die dem Besteller „unzumutbare“ Nacherfüllung des Architektenwerks*

- 41 Gerade bei Mängeln am Architektenwerk ist es häufig nicht mehr möglich, den Mangel im Nachhinein zu beheben. Hat sich die Fehlleistung des Architekten durch ihre Umsetzung im Bauwerk bereits realisiert, bringt eine fehlerfreie Wiederholung der Leistung des Architekten keine Verbesserung. Der nunmehr fehlerfrei gezeichnete Plan ist für den Besteller wertlos, wenn der Bauunternehmer danach bereits gebaut und den Planungsfehler im Bauwerk umgesetzt hat. Ebenso wenig lässt sich die unterlassene oder ungenügende Überwachung der Bauarbeiten nachträglich korrigieren. Die mangelhafte Bauüberwachung kann nicht mehr ungeschehen gemacht werden, denn sie ist schon im fraglichen Bauteil verkörpert.<sup>34</sup> Dann ist eine Nacherfüllung für den Bauherrn „unzumutbar“, weil sie sinnlos ist.<sup>35</sup> In diesem Fall stehen dem Besteller die Sekundäransprüche auf Rücktritt, § 636 BGB, Minderung, § 638 BGB und Schadensersatz „statt der Leistung“, § 280 Abs. 1 BGB ohne weiteres zu; eine Fristsetzung zur Nacherfüllung ist nicht notwendig.

---

*Allgemeinen nicht in Betracht.*“ BGH Urt. v. 18.9.1967 – VII ZR 88/65, NJW 1967, 2259.

„Es ist richtig, dass der Unternehmer gemäß dem § 633 Abs. 2 BGB in erster Linie eine Sachleistung (die Nachbesserung) schuldet und in der Regel auf Gewährleistung, insbesondere Schadensersatz, erst in Anspruch genommen werden kann, wenn er jener Pflicht nicht fristgerecht nachkommt. Das gilt aber nicht für den Architekten.“ BGH Urt. v. 2.5.1963 – VII ZR 171/61, NJW 1963, 1401.

lassen bei oberflächlicher Betrachtung diesen (falschen) Schluss zu.

<sup>33</sup> Eine Selbstvornahme nach § 637 BGB kommt hier nicht in Betracht.

<sup>34</sup> BGH Urt. v. 7.3.2002 – VII ZR 1/00, BauR 2002, 571; BGH Urt. v. 29.9.1988 – VII ZR 182/87, NJW-RR 1989, 86.

<sup>35</sup> Der BGH Beschl. v. 1.2.1965 – GSZ 1/64, NJW 1965, 1175 drückt dies plastisch aus: „Umgekehrt kann der Architekt zwar in der Regel in Fällen wie hier nach § 633 BGB (a.F.) nicht nachbessern; denn das würde zu nichts führen. Durch die bloße Änderung eines fehlerhaften Planes würde der Mangel nicht behoben, und die versäumte Bauaufsicht kann nicht nachgeholt werden.“ Ebenso: BGH Urt. v. 27.11.2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582.

b) *Die Pflicht und das Recht des Architekten zur Nacherfüllung*

Der Architekt ist wie jeder andere Werkunternehmer zur Nacherfüllung verpflichtet, solange sie dem Bauherrn nach §§ 636, 637 Abs. 2 S. 2 BGB „zumutbar“ ist. Die Pflicht zur Nacherfüllung korrespondiert mit einer als „Recht auf Nacherfüllung“ zu bezeichnenden Befugnis des Architekten, einen von ihm verursachten Mangel beheben zu dürfen. Verstößt der Besteller gegen diese Obliegenheit<sup>36</sup>, dem Architekten die Möglichkeit zur Nacherfüllung einzuräumen, so verliert er seine weitergehenden Mängelansprüche. Hier spricht man auch von der „Chance zur zweiten Andienung“.<sup>37</sup> Der Architekt gerät nicht in Verzug. Gegebenenfalls ist er sogar zur Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB berechtigt. **42**

c) *Nacherfüllung einer mangelhaften Planung*

Der Architekt ist zur Nacherfüllung seiner mangelhaften Planung verpflichtet, solange seine Pläne noch nicht im Bauwerk umgesetzt sind<sup>38</sup> oder eine Mangelbeseitigung nur mit überarbeiteten Planunterlagen erfolgen kann. Dagegen ist der Architekt nicht für die Lieferung einer Mangelbeseitigungsplanung verantwortlich, die sich damit beschäftigt, wie der bereits entstandene Mangel zu beseitigen ist. Diese „Sanierungsplanung“ zu erstellen ist vielmehr Sache des für den Mangel (ebenfalls) verantwortlichen Unternehmers.<sup>39</sup> **43**

aa) *Nacherfüllung bei der Genehmigungsplanung*

Eine Nacherfüllung der mangelhaften Architektenplanung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn das Baurechtsamt den Bauantrag wegen Verstoßes gegen bauplanungsrechtliche und/oder bauordnungs-

<sup>36</sup> Ebenso: BGH Urt. v. 27.11.2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582.

<sup>37</sup> Einzelheiten bei Preussner, Die Chance zur zweiten Andienung, BauR 2015, 345 ff.

<sup>38</sup> BGH Urt. v. 21.12.2000 – VII ZR 488/99, NZBau 2001, 211; BGH Urt. v. 29.9.1988 – VII ZR 182/87, NJW-RR 1989, 86.

<sup>39</sup> BGH Urt. v. 16.2.2017 – VII ZR 242/13, NJW 2017, 1669; BGH Urt. v. 11.10.2007 – VII ZR 65/06, NZBau 2008, 187; OLG Dresden Urt. v. 23.7.2020 – 10 U 1863/19; BGH Beschl. v. 9.6.2021 – VII ZR 122/20 (NZB zurückgewiesen), IBR 2021, 527; aA: OLG Hamm Beschl. v. 22.9.2020 – 21 U 92/19, 2021, 422; Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, Teil 11 Rz. 721: „Auch eine Sanierungsplanung betreffend eigene Fehler gehört in den Bereich der Nacherfüllung, sogar dann, wenn die ursprünglich mangelhafte Planung bereits umgesetzt ist. Diesbezüglich bedarf es also der Aufforderung mit Fristsetzung seitens des Bauherrn und des Ablaufs der Frist, wenn er die Kosten als Schadensersatz geltend machen will.“

rechtliche Vorschriften ablehnt.<sup>40</sup> Mangels Baufreigabe haben die Bauarbeiten zu diesem Zeitpunkt regelmäßig noch nicht begonnen. Es ist also noch möglich, die Genehmigungsplanung den Vorgaben des Baurechtsamtes anzupassen und die Baugenehmigung zu erhalten. Hier muss und darf der Architekt nacherfüllen.

- 45 Die Varianten, um eine genehmigungsfähige Planung zu erzielen, sind vielfältig. Eine Änderung des Bauantrags kann ebenso zur Lösung beitragen wie Verhandlungen mit der Baugenehmigungsbehörde über eine Befreiung oder mit dem Träger der Planungshoheit<sup>41</sup> über eine Änderung der Bauleitplanung.<sup>42</sup>
- 46 Die Anpassung der Genehmigungsplanung an die öffentlich-rechtlichen Vorgaben muss dem Bauherrn jedoch „zumutbar“ sein, § 636 BGB. Der Bauherr ist nicht in jedem Fall verpflichtet, eine Änderung der vereinbarten Planung hinzunehmen, damit sie dauerhaft genehmigungsfähig ist.<sup>43</sup> Eine Nacherfüllung kommt nur in Betracht, wenn die genehmigungsfähige Planung weiterhin den vertraglich vereinbarten Planungszielen entspricht.<sup>44</sup>
- 47 Dagegen kann der Besteller die Nacherfüllung zurückweisen, wenn die festgestellten Abweichungen einiges Gewicht haben. Als Gründe kommen in Betracht, dass die Ausführung für den Besteller nicht mehr wirtschaftlich ist oder dass er von seiner ursprünglichen Bauabsicht spürbare Abstriche im Hinblick auf die beabsichtigte Nutzung oder Gestaltung machen muss.<sup>45</sup>
- 48 Verweigert der Bauherr die Fortsetzung des Bauvorhabens ohne einleuchtenden Grund, also mutwillig, und lässt er die Nacherfüllung nicht zu, kann darin eine konkludente Kündigung des Architektenvertrages mit der Folge des § 648 BGB gesehen werden.<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> BGH Urt. v. 21.12.2000 – VII ZR 488/99, NZBau 2001, 211.

<sup>41</sup> Bei Abweichungen vom Bebauungsplan ist das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB erforderlich.

<sup>42</sup> In der Entscheidung vom 21.12.2000 – VII ZR 488/99, NZBau 2001, 211 verweist der BGH ausdrücklich auf diesen Ausweg und das damit verbundene Recht zur Nachbesserung.

<sup>43</sup> BGH Urt. v. 26.9.2002 – VII ZR 290/01, NJW 2003, 287; Urt. v. 21.12.2000 – VII ZR 17/99, NZBau 2001, 261; Urt. v. 19.2.1998 – VII ZR 236/96, BauR 1998, 579.

<sup>44</sup> BGH Urt. v. 26.9.2002 – VII ZR 290/01, NJW 2003, 287.

<sup>45</sup> OLG Nürnberg Urt. v. 14.12.2001 – 6 U 2285/01, BauR 2002, 976.

<sup>46</sup> Einzelheiten zur Kündigung finden sich in Teil IX.


**Lösung: „Der fehlende Befreiungsantrag“**

Der Architekt ist grundsätzlich zur Nacherfüllung seiner mangelhaften Planung berechtigt. Wenn der Besteller ihn dieser Möglichkeit beraubt und einen Dritten mit der Mangelbeseitigung beauftragt, verkürzt er das Nacherfüllungsrecht des Architekten.

Gelingt es dem Generalübernehmer, die Baugenehmigung zu erhalten, so ist geklärt, dass der Mangel des fehlenden Befreiungsantrages hätte behoben werden können, die Nacherfüllung also möglich und dem Besteller auch zumutbar war. Die Einwendung des Bestellers geht ins Leere und der Architekt erhält sein gesamtes Honorar.

*bb) Nacherfüllung der Ausführungsplanung*

Häufig verlangt die Beseitigung eines Baumangels, dass zunächst eine neue planerische Konzeption entwickelt wird, die eine mangelfreie Ausführung sicherstellt. Hier gehört es zur originären Leistungspflicht des Architekten, die erforderlichen **Planunterlagen** zu liefern. Der Architekt ist ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden verpflichtet, nicht nur die zur Mangelbeseitigung notwendigen Maßnahmen zu konzipieren, sondern auch eine Konstruktion zu planen, die nunmehr die Herstellung eines mangelfreien Werkes sicherstellt.<sup>47</sup> Verwehrt der Bauherr dem Architekten diese Möglichkeit zur Nacherfüllung, so kann er keinen Ersatz der Kosten für die erforderliche Neuplanung verlangen. Davon zu unterscheiden ist die Lieferung einer Sanierungsplanung, die sich mit der Umsetzung der zur Mangelbeseitigung erforderlichen Maßnahmen auseinandersetzt.<sup>48</sup>

Nach Beginn der Bauarbeiten kommt eine Nacherfüllung durch Korrektur mangelhafter Ausführungspläne weiter in Betracht, wenn der Bauunternehmer seiner Hinweispflicht nach § 4 Nr. 3 VOB/B<sup>49</sup> genügt, Bedenken gegen die geplante Herstellung äußert und die Ausführung von der Lieferung mangelfreier Pläne abhängig macht. Sind die Bedenken berechtigt, muss der Architekt mit entsprechenden Planungsänderungen reagieren.

<sup>47</sup> Dies gilt insoweit, als der Architekt die Planung der Konstruktion übernommen hat.

<sup>48</sup> Fuchs/Berger/Seifert, Beck HOAI § 34, Rn. 283.

<sup>49</sup> Die Hinweispflicht besteht in entsprechender Anwendung des § 4 Abs. 3 VOB/B auch bei einem Bauvertrag, für den die VOB/B nicht vereinbart wurde, OLG Hamm Beschl. v. 12.10.2010 – 19 W 33/10, BeckRS 2010, 27515.

*d) Nacherfüllung bei Kostenüberschreitung und Bausummenüberschreitung*

- 51** Im Zuge des Kostenmanagements können an mehreren Stellen Mängel auftreten. Haben die Parteien vertraglich einen Kostenrahmen vereinbart oder hat der Bauherr Kosten vorgegeben, muss der Architekt dafür sorgen, dass diese Kostenvorgabe eingehalten wird.<sup>50</sup>
- 52** Fehler können sich auch bei der Erstellung der Kostenermittlungen (Kostenschätzung, Kostenberechnung oder Kostenanschlag) nach DIN 276 und ihrer Fortschreibung oder bei der Rechnungsprüfung einschleichen.
- 53** Werden die vertraglich vorgegebenen Kosten oder die Ergebnisse einer früheren Kostenermittlung ausweislich der Kostenberechnung (im Zuge der Entwurfsplanung) und ihrer Fortschreibung überschritten, macht das die Planungen noch nicht gänzlich unbrauchbar oder so fehlerhaft, dass eine Nacherfüllung von vornherein ausscheidet.<sup>51</sup> Nacherfüllung kann in folgenden Fällen durchaus möglich sein:
- die Kostenermittlung wird von Fehlern befreit (falsche Mengensätze, Annahme überhöhter Einheitspreise, Rechenfehler),
  - es werden Kosten eingespart,
  - durch konstruktive Umplanung,
  - durch Reduzierung des Aufwands an Material (kostengünstiger, kleinere Menge), technischer Ausstattung (Reduzierung des Standards) und Gestaltungselementen (Verzicht auf „Kunst am Bau“)
  - durch Verkleinerung des Bauvolumens, sofern sie unter Rentabilitäts Gesichtspunkten sinnvoll und dem Bauherrn zumutbar ist
  - durch Änderung der Nutzungsanforderungen.
- 54** Diese Korrekturen finden aber dort ihre Grenze, wo zwingende vertragliche Vorgaben aufgegeben werden müssten. Lautet die Planungsvorgabe beispielsweise, eine bestimmte Mindestnutzfläche zu erreichen oder ökologische Baumaterialien zu verwenden, kann der Architekt hiervon nicht unter Hinweis auf notwendige Kostenein-

<sup>50</sup> BGH Urt. v. 13.2.2003 – VII ZR 395/01, BauR 2003, 1061; BGH Urt. v. 23.1.1997 – VII ZR 171/95, NJW-RR 1997, 850; OLG München Urt. v. 6.9.2005 – 28 U 1860/04, BeckRS 2005, 33858; nachfolgend: BGH Beschl. v. 26.4.2007 – VII ZR 250/07 (NZZ zurückgewiesen), IBR 2007, 381.

<sup>51</sup> OLG Hamm Urt. v. 2.2.1995 – 17 U 162/92, BauR 1995, 413; OLG Düsseldorf Urt. v. 28.5.1993 – 22 U 300/92, BauR 1994, 133; OLG Düsseldorf Urt. v. 24.6.1986 – 23 U 240/85, BauR 1988, 237.