



Lenz und Johlen
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Newsletter

SPEZIAL

Expo Real 2014

Einzelhandel | Vergaberecht | Öffentliches Baurecht | Privates Baurecht

Kommunalnachbarklage gegen ein auf Grundlage von § 34 BauGB genehmigtes Einkaufszentrum	Seite 2
Großflächiger Lebensmitteldiscounter in Mischgebiet zulässig	Seite 3
Die Anmietung eines nach eigenen Anforderungen errichteten Objekts stellt einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag dar!	Seite 4
Vorsicht bei der Einreichung von unvollständigen Bauanträgen und Bauvoranfragen	Seite 5
Schriftform im gewerblichen Mietrecht – Wirksamkeit von Heilungsklauseln	Seite 6
Nachweis der Mangelhaftigkeit einer Bauleistung durch Stichproben?	Seite 7

**expo
real**

6.-8. Oktober 2014 - Messe München
Stand B2.241

Oktober 2014

Kommunalnachbarklage gegen ein auf Grundlage von § 34 BauGB genehmigtes Einkaufszentrum

In den letzten Jahren ist die Zahl der Kommunalnachbarklagen gegen Baugenehmigungen zur Errichtung von Einzelhandelsbetrieben stark gestiegen. Die rechtlichen Rahmenbedingungen derartiger Klagen sind zum Teil gesetzlich geregelt (§ 34 Abs. 3 BauGB) und zum Teil höchstrichterlich geklärt (Klage gegen Einkaufszentrum auf Grundlage von § 30 bzw. § 35 BauGB).

Bundesweit sind derzeit jedoch auch Kommunalnachbarklagen anhängig, die damit begründet werden, dass es sich bei den genehmigten Einzelhandelsbetrieben im Nachbargemeindegebiet um ein Einkaufszentrum im Sinne von § 11 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO handelt, das sich auf Grundlage von § 34 BauGB nicht in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt und bereits deshalb ein Verstoß gegen das interkommunale Abstimmungsgebot in § 2 Abs. 2 BauGB besteht. In derartigen Verfahren geht es meist auch um die höchstrichterlich noch nicht geklärte Frage, ab welcher Anzahl von Betrieben bzw. ab welcher Größe der Verkaufsflä-



che selbständige Einzelhandelsbetriebe (eigener Eingang, eigene Anlieferung, eigene Sozialräume) ein Einkaufszentrum im vorgenannten Sinne bilden. Nach Auffassung des VGH Mannheim (Beschluss vom 22.09.2005 – Az. 3 S 1061/04) sind insoweit 1.433 m² Verkaufsfläche nicht ausreichend, nach Auffassung des Verwaltungsgerichts Saarland (Urteil vom 24.02.2010 – Az. 5 K 850/09) sind jedoch 2.614 m² Verkaufsfläche ausreichend für ein Einkaufszentrum im vorgenannten Sinne. Das Oberverwaltungsgericht Koblenz (Urteil vom 03.11.2011 – Az. 1 A 10270/11) hat hingegen 3.360 m² Verkaufsfläche als „eher untere Grenze für ein Einkaufszentrum“ bezeichnet. Hinsichtlich der erforderlichen Anzahl von Einzelhandelsbetrieben besteht in der Rechtsprechung ebenso noch keine Klarheit.

Das Oberverwaltungsgericht Weimar (Urteil vom 17.04.2007 – Az.: 1 KO 1127/03) hat bereits ein Einkaufszentrum beim Vorliegen von drei Betrieben angenommen.

Die vorgenannte Entwicklung zeigt jedoch, dass die Anforderungen an die Qualifizierung eines Einkaufszentrums in der Rechtsprechung inzwischen recht niedrig angesetzt werden. Hat eine Baugenehmigung die Errichtung eines Einzelhandelsbetriebes zum Inhalt und führt diese Errichtung dazu, dass unter Berücksichtigung weiterer Einzelhandelsbetriebe ein Einkaufszentrum im vorgenannten Sinne entsteht, das sich nach § 34 BauGB jedoch nicht in die nähere Umgebung einfügt, stellt sich die Frage, ob bereits dies einer kommunalen Nachbarklage zum Erfolg verhilft. Das Verwaltungsgericht des Saarlandes (Az. 5 K 446/13) hat in einem Urteil vom Dezember 2013 hierzu ausgeführt, dass eine kommunale Nachbarklage nur dann Erfolg haben kann, wenn die Einzelhandelsansiedlung zu schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der klagenden Nachbarkommune im Sinne von § 34 Abs. 3 BauGB führt. Das Verwaltungsgericht Aachen hat hingegen bei einem identischen Sachverhalt in drei Urteilen vom 06.03.2014 den Klagen der Nachbargemeinde (Az.: u.a. 6 K 2339/12) mit der Begründung stattgegeben, dass bei dem vorgenannten Sachverhalt ein Verstoß gegen das interkommunale Abstimmungsgebot in § 2 Abs. 2 BauGB besteht, weil ein Einkaufszentrum nur durch Aufstellung eines Bebauungsplanes hätte genehmigt und errichtet werden können. Es bleibt nunmehr abzuwarten, welche Auffassung die Oberverwaltungsgerichte insoweit vertreten. Der Umstand, dass durch eine Einzelhandelsansiedlung ggf. ein Einkaufszentrum entsteht, das von einer Nachbarkommune erfolgreich angefochten werden kann, sollte gleichwohl vom Bauherrn in die Überlegungen mit einbezogen werden.



Dr. Markus Johlen
 Fachanwalt für Verwaltungsrecht
 Telefon: 0221 - 97 30 02-55
 m.johlen@lenz-johlen.de



Großflächiger Lebensmitteldiscounter in Mischgebiet zulässig

Das Oberverwaltungsgericht Münster hat mit Urteil vom 02.12.2013 die Zulässigkeit eines Lebensmitteldiscounters mit 1.000 m² Verkaufsfläche im faktischen Mischgebiet bestätigt. Nach Überzeugung des Oberverwaltungsgerichts lag die erforderliche atypische städtebauliche Konstellation vor, und es war auch im Übrigen nicht mit Fernwirkungen im Sinne des § 11 Abs. 3 S. 3 BauNVO zu rechnen.

Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Der Betreiber eines Lebensmitteldiscounters stellte eine Bauvoranfrage zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit der Errichtung eines Lebensmitteldiscounters mit 1.000 m² Verkaufsfläche. Die Stadt lehnte den Antrag mit der Begründung ab, das Grundstück liege in einem Bereich, der gemäß § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 6 BauNVO als faktisches Mischgebiet zu qualifizieren sei. In diesem sei das Vorhaben aufgrund seiner Großflächigkeit unzulässig. Das Grundstück lag innerhalb eines im regionalen Einzelhandelskonzept ausgewiesenen zentralen Versorgungsbereichs (Nahversorgungszentrum). Gemäß § 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BauNVO sind großflächige Einzelhandelsbetriebe, die sich nach Art, Lage oder Umfang auf die Verwirklichung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung oder auf die städtebauliche Entwicklung und Ordnung nicht nur unwesentlich auswirken können, nur in Kern- und für sie festgesetzten Sondergebieten zulässig. Dabei sind Auswirkungen der vorgenannten Art gemäß § 11 Abs. 3 S. 3 BauNVO in der Regel anzunehmen, wenn die Geschossfläche 1.200 m² überschreitet. Nach dieser sog. Regelvermutung wäre das Vorhaben in dem faktischen Mischgebiet bauplanungsrechtlich unzulässig. Eine Ausnahme von der Regelvermutung gilt aber gemäß § 11 Abs. 3 S. 4 BauNVO dann, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Auswirkungen bei mehr als 1.200 m² Geschossfläche nicht vorliegen. Das Oberverwaltungsgericht hat in dem Urteil vom 02.12.2013 – 2 A 1510/12 – festgestellt, dass die Regelvermutung des § 11 Abs. 3 S. 3 BauNVO nicht entgegensteht. Nach Überzeugung des Gerichts handelte es sich um ein Vorhaben, das aufgrund der besonderen städtebaulichen Situation nicht die typischerweise angenommenen Auswirkungen erwarten lässt. Denn das Grundstück lag innerhalb eines ausge-

wiesenen Nahversorgungszentrums und damit in einem Bereich, in dem (großflächige) Nahversorger von der Stadt gerade konzeptionell gewollt sind. Aus der von der Klägerin vorgelegten Auswirkungsanalyse ging zudem hervor, dass mit max. 7 % Umsatzumverteilung zu Lasten anderer zentraler Versorgungsbereiche zu rechnen war. Dabei hat der Senat hervorgehoben, dass aufgrund der Lage im Nahversorgungszentrum Umsatzumverteilungen sogar von mehr als 10 % hinnehmbar gewesen wären. Im Ergebnis hat das Oberverwaltungsgericht die Stadt verpflichtet, den beantragten Vorbescheid zu erteilen.

PRAXISHINWEIS

Die Voraussetzung einer atypischen städtebaulichen Konstellation wird in der Rechtsprechung restriktiv beurteilt. Nach dem Urteil des OVG Münster vom 02.12.2013 ist eine solche gegeben, wenn sich der Standort in einem ausgewiesenen Nahversorgungszentrum – jedenfalls aber in zentraler und für die Wohnbevölkerung gut erreichbarer Lage befindet – und der Markt eine Nahversorgungsfunktion für die im Einzugsbereich ansässige Wohnbevölkerung übernimmt. Darüber hinaus dürfen von dem Vorhaben – bezogen auf den konkreten Einzelfall – keine negativen Auswirkungen auf den Verkehr, die Versorgung der Bevölkerung im Einzugsbereich, die Entwicklung der zentralen Versorgungsbereiche etc. zu erwarten sein. Das ist vom Kläger im Einzelnen darzulegen und zu beweisen. Dafür sollten Gutachten vorgelegt werden, die plausibel belegen, dass mit Auswirkungen der vorgenannten Arten nicht zu rechnen ist. Gelingt der Atypik-Nachweis und kann ausgeschlossen werden, dass das Vorhaben Auswirkungen der genannten Art hat, ist die Regelvermutung widerlegt und großflächige Lebensmitteldiscounter sind auch in Misch- oder Gewerbegebieten zulässig.



Dr. Kai Petra Dreesen
Rechtsanwältin

Telefon: 0221 - 97 30 02-38
k.dreesen@lenz-johlen.de

Die Anmietung eines nach eigenen Anforderungen errichteten Objekts stellt einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag dar!

Im Bereich des Grundstücks- und Immobilienvergaberechts sind alle Beteiligten stets auf der Suche nach innovativen und mehr oder minder rechtssicheren Vertragsgestaltungen, um das Vergaberecht nicht anwenden zu müssen. Das kann verschiedene Gründe haben, die je nach Einzelfall auch tatsächlich dazu führen, dass vergaberechtliche Vorschriften nicht greifen.

Eine seit Jahren als eindeutig vergabepflichtig erkannte Vertragsgestaltung wird allerdings in der Praxis oftmals noch immer munter ohne jegliches Vergabeverfahren betrieben. Gemeint sind Mietverträge über Gebäude, welche nach den spezifischen Erfordernissen der öffentlichen Hand errichtet werden. Mit diesen Vorgängen werden massive Risiken eingegangen, da die



mangelnde Ausschreibung zur Nichtigkeit des Mietvertrags führen kann. Seit der Entscheidung zu den Kölner Messehallen (EuGH, Urteil vom 29.10.2009 – Rs. C-536/07) steht fest, dass die bloße Bezeichnung als „Mietvertrag“ nicht verhindert, dass der entsprechende Vertrag bzgl. der Anmietung eines nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers noch zu errichtenden Gebäudes einen Bauauftrag darstellt. Dies bestätigt der EuGH mit einem aktuellen Urteil vom 10.07.2014 – Rs. C-213/13 – „Pizzarotti“. Das eigl. Interessante an der jüngsten Entscheidung sind die Ausführungen des EuGH zur Frage, wann die Errichtung des geplanten Gebäudes – was für die Annahme eines Bauauftrags ebenfalls notwendig ist – den

vom Auftraggeber genannten Erfordernissen genügt. Dies ist prinzipiell zu bejahen, wenn Maßnahmen ergriffen werden, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung zu nehmen (EuGH, Urteil vom 25.03.2010 - Rs. C-451/08 – „Helmut Müller“). Was aber ist ein „entscheidender Einfluss“? Der EuGH geht hiervon nun aus, wenn in einem sog. Anforderungsrahmen zum Mietvertrag die technischen Merkmale des Gebäudes (Zahl der Büros und Sitzungssäle, Flächen, Parkplätze) festgelegt werden und dem Auftraggeber ein Prüfungsrecht vor Abnahme eingeräumt wird. Zumindest Ersteres wird regelmäßig Vertragsbestandteil, wenn die öffentliche Hand ein noch zu errichtendes Gebäude anmieten möchte.

PRAXISHINWEIS

Mietverträge über noch zu errichtende Gebäude derart gestalten zu wollen, dass vermeintlich keine entscheidende Einflussnahme des späteren Mieters bzgl. der Gestaltung vorliegen soll, ist in Teilen praxisfern und birgt zudem ein enormes Risiko. Für den Auftraggeber gilt: Entweder man kauft die „Katze im Sack“, was politisch und haushaltsrechtlich kaum möglich sein wird und darüber hinaus stark nach Umgehung aussieht. Oder man regelt – wie dies üblich ist – die wesentliche Gestaltung des Mietobjekts, was in den meisten Fällen eine Ausschreibungspflicht mit sich bringt. Für Auftragnehmer gilt hingegen: Verstöße gegen das Vergaberecht können sich sehr nachteilig auf die Vermarktung der Immobilie auswirken, da die geschlossenen Mietverträge mit dem attraktiven Mieter „öffentliche Hand“ angreifbar sind.



Martin Hahn
Rechtsanwalt
Telefon: 0221 - 97 30 02-61
m.hahn@lenz-johlen.de



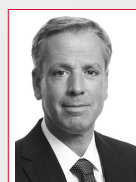
Vorsicht bei der Einreichung von unvollständigen Bauanträgen und Bauvoranfragen

Die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung einer baulichen Anlage bedarf regelmäßig einer Baugenehmigung. Wer lediglich einzelne Fragen zu seinem Bauvorhaben geklärt wissen will, stellt eine Bauvoranfrage. Ist diese unvollständig, erhält der Antragsteller durch einen entsprechenden Hinweis der Behörde – wenn alles gut geht – Gelegenheit, die fehlenden Unterlagen nachzureichen. In dieser Phase hat die Unvollständigkeit von Bauantragsunterlagen meist lediglich zur Folge, dass Bearbeitungsfristen nicht in Gang gesetzt werden.

Anders ist die Situation, wenn sich die Beteiligten über die Erteilung eines Bauvorbescheides oder einer Baugenehmigung vor Gericht streiten. In der Sache geht es regelmäßig darum, ob ein Bebauungsplan dem Vorhaben i.S.v. § 30 BauGB entgegensteht oder ob es nach § 34 BauGB genehmigungsfähig ist, weil es sich in die vorhandene Umgebungsbebauung einfügt. Im Klageverfahren muss der Antragsteller zunehmend feststellen, dass sich die Gerichte über die Genehmigungsfähigkeit des streitigen Vorhabens gar keine Gedanken machen (wollen), sondern die Klage an der Unvollständigkeit der eingereichten Unterlagen scheitert. Die Frage, welche Unterlagen im Bauantragsverfahren einzureichen sind, ist in den Bauprüf- bzw. Bauvorlagenverordnungen der Bundesländer geregelt. Es sind regelmäßig diejenigen Unterlagen vorzulegen, die für die Beurteilung des Vorhabens erforderlich sind. Die Verantwortung für die Vollständigkeit der Unterlagen tragen der Antragsteller bzw. der von ihm beauftragte Architekt. Es hat sich inzwischen herumgesprochen, dass zur Vollständigkeit eines Bauantrages im Anwendungsbereich des § 34 BauGB im Hinblick auf die Regelung in § 34 Abs. 3 BauGB zumindest bei großflächigen Einzelhandelsbetrieben regelmäßig die Vorlage einer Auswirkungsanalyse gehört. Ist Gegenstand des Antrages eine emittierende Nutzung, weil sie selbst Lärm verursacht oder Fahrzeugverkehr auslöst, und befinden sich im Einwirkungsbereich des Vorhabens schutzbedürftige Nutzungen, z.B. Wohnen, gehört zur Vollständigkeit des Antrages auch ein Immissionsgutachten. Sind erforderliche Unterlagen nicht mit vorgelegt worden,

ist die Klage auf Erteilung der Baugenehmigung zunächst einmal unzulässig. Eine Nachreichung fehlender Unterlagen im Prozess ist in vielen Fällen nicht möglich. Darauf, dass die Behörde im Genehmigungsverfahren auf die Unvollständigkeit des Bauantrages nicht hingewiesen hat, soll es nach der Rechtsprechung nicht ankommen. Sehr weitgehend und in ihrer Reichweite nicht unzweifelhaft ist eine neue Rechtsprechung des OVG Münster. In seinem Urteil vom 6.03.2014 vertritt der 7. Senat des Gerichtes die Auffassung, dass zur Vollständigkeit des Bauantrages und einer Bauvoranfrage auch die Angabe des Brutto-Rauminhaltes nach Din 277 Teil 1 des geplanten Gebäudes und hinsichtlich der Stellplätze die Angabe der geschätzten Herstellungskosten gehören. Auf diese Angaben sei die Behörde zur Errechnung der Baugenehmigungsgebühr angewiesen. Im entschiedenen Fall konnte der Antragsteller diese Angaben auch nicht mehr nachholen, da die betroffene Gemeinde zwischenzeitlich den Erlass einer Veränderungssperre beschlossen hatte.

Die Folge war, dass nach einem mehrere Jahre andauernden Streit über die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens ein Verfahren mit der Zurückweisung einer Klage endete, ohne dass sich das Gericht zur Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens äußert. Dieses unbefriedigende Ergebnis ist jedenfalls dann nicht zwingend, wenn die Behörde auf eine Unvollständigkeit des Antrages im Genehmigungsverfahren nicht hingewiesen hat. Es muss jedoch damit gerechnet werden, dass andere Gerichte sich dieser Rechtsprechung anschließen. Daher ist dringend zu empfehlen, bei Einreichung eines Bauantrages oder einer Bauvoranfrage, spätestens aber vor Klageerhebung auf die Vollständigkeitsprüfung besondere Sorgfalt zu verwenden.



Dr. Michael Oerder
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Telefon: 0221 - 97 30 02-73
m.oerder@lenz-johlen.de

Schriftform im gewerblichen Mietrecht – Wirksamkeit von Heilungsklauseln

Die gesetzliche Schriftform im gewerblichen Mietrecht beschäftigt die Gerichte seit vielen Jahren. Gemäß § 550 BGB muss ein Mietvertrag, der für eine längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen wird, die gesetzliche Schriftform einhalten. Andernfalls ist der Vertrag zwar wirksam, aber entgegen einer vertraglichen Befristung innerhalb der gesetzlichen Kündigungsfristen (sechs bis neun Monate) kündbar. Um das Risiko einer vorzeitigen Kündigung aus dem Weg zu schaffen, wird in gewerblichen Mietverträgen üblicherweise eine sogenannte Heilungsklausel aufgenommen. Darin verpflichten sich beide Vertragsparteien, den Mietvertrag nicht wegen eines Schriftformfehlers zu kündigen und notfalls an der Beseitigung eines Schriftformfehlers mitzuwirken.

Der Bundesgerichtshof hat in zwei Entscheidungen vom 22.01.2014 – XII ZR 68/10 und vom 30.04.2014 – XII ZR 146/12 entschieden, dass der Erwerber eines Mietobjekts an derartige Heilungsklauseln nicht gebunden ist. Beispielhaft ist der Vorgang, dem die Entscheidung vom 30.04.2014 zugrunde lag. In einem Einkaufszentrum werden „Räumlichkeiten zur Benutzung als Verkaufs-/Lagerflächen im EG 1, Ebene 3,75 m²“ vermietet. Der Mietvertrag nimmt Bezug auf einen Plan, in dem ein Verkaufsraum und ein Lagerraum eingezeichnet sind, daneben aber auch eine Bestuhlung in der Gemeinschaftsfläche, ohne dass diese dem Ladenlokal zugeordnet wird. Da der Lager- und der Verkaufsraum nur eine Fläche von 28,37 m² hatten, war unklar, wo die verbleibenden Mietflächen von ca. 46,35 m² liegen. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs wie auch der Vorinstanz liegt darin ein Schriftformfehler vor. Die Mietfläche als elementarer Bestandteil konnte nicht anhand der Mietvertragsurkunde ermittelt werden. Das Einkaufszentrum wird veräußert und der Erwerber kündigt. Die Kündigung wird auf einen Schriftformmangel gestützt, obwohl der Mietvertrag eine Klausel enthält, dass die Vertragsparteien eine Kündigung wegen eines Schriftformmangels nicht aussprechen werden, sondern an einer Heilung mitwirken. Der BGH gibt dem neuen Eigentümer und Vermieter Recht und verweist darauf, dass die gesetzliche Schriftform dem Schutz des Erwerbers einer vermieteten

Immobilie dient. Nach dem Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ tritt der Erwerber in alle laufenden Mietverträge ein, ganz egal ob er dies möchte oder nicht. Die Schriftform soll dem Erwerber die Möglichkeit geben, sich über alle abgeschlossenen Mietverträge anhand schriftlicher Verträge zu informieren. Gibt es mündliche Absprachen zwischen dem Mieter und dem Voreigentümer, muss der Erwerber einer Immobilie zwar auch die mündliche Abrede gegen sich gelten lassen. Er kann den Mietvertrag aber sofort mit den oben genannten Fristen kündigen. Der Bundesgerichtshof lässt nicht den Einwand gelten, dass ein Erwerber gegebenenfalls Schadensersatzansprüche gegen einen Verkäufer hat, der über mündliche Abreden mit Mietern falsch informiert. Der Sinn und Zweck der gesetzlichen Schriftform liege darin, dass einem Erwerber auch die Möglichkeit offen steht, sich von dem Mietvertrag vorzeitig zu lösen. Diese Regelung ist zwingendes Recht, die weder durch einen individuell formulierten Vertrag noch durch eine Allgemeine Geschäftsbedingung aufgehoben werden kann.

PRAXISHINWEIS

Nach den beiden Entscheidungen ist geklärt, dass Erwerber eines Mietobjekts nicht an eine Schriftformheilungsklausel gebunden sind. Nach wie vor ist die Einhaltung der Schriftform deshalb bei der Abfassung langfristiger Mietverträge sorgfältig zu beachten. Nicht höchstrichterlich geklärt ist nach wie vor, ob die ursprünglichen Vertragsparteien an eine Heilungsklausel gebunden sind. Die überwiegende Meinung geht dahin, eine Heilungsklausel für die ursprünglichen Vertragsparteien als wirksam anzusehen.



Dr. Philipp Libert
Rechtsanwalt
Telefon: 0221 - 97 30 02-39
p.libert@lenz-johlen.de



Nachweis der Mangelhaftigkeit einer Bauleistung durch Stichproben?

Treten an einer großflächig ausgeführten Bauleistung, beispielsweise an großflächigen Hallenböden oder Platzanlagen stellenweise Mängel auf, stellt sich die Frage, ob der Auftraggeber sich auf die punktuelle Nachbesserung auftretender Schäden einlassen muss oder ob er auch eine vollständige Erneuerung der Bauleistung verlangen kann. Damit ist auch immer die Frage verbunden, wie man bei großen Flächen den Beweis führt, dass diese insgesamt mangelhaft und damit erneuerungsbedürftig sind. Das OLG München hat dazu am 03.09.2012 (28 U 3473/10) eine interessante Entscheidung getroffen, die indirekt durch den BGH mit Beschluss vom 20.02.2014 (VII ZR 291/12) bestätigt worden ist.



Auf der 700 m² großen Fläche eines Hallenbodens hatten sich vereinzelt Fliesen gelöst, die in Summe eine Gesamtfläche von ca. 3 m² ausmachten. Ein Sachverständiger öffnete den Boden an acht Stellen und entnahm jeweils Proben. Er kam für alle von ihm stichprobenartig untersuchten Stellen zu dem Ergebnis, dass der Verlegemörtel mangelhaft war, und folgerte daraus, dass der Boden insgesamt mangelhaft sei und erneuert werden muss. Der beklagte Bauunternehmer hat dagegen eingewandt, dass aus lediglich acht Stichproben nicht der Rückschluss gezogen werden könne, dass der Boden insgesamt mangelhaft und sanierungsbedürftig sei. Das OLG München sah dies anders und hat entschieden, dass der Auftraggeber zu Recht die vollständige Erneuerung des gesamten Bodens verlangen könne. Das ist deshalb bemerkenswert, weil nach dem Gesetz der Auftraggeber verpflichtet ist, das Vorhandensein eines Mangels vollständig zu beweisen. Dass durch acht Stichproben die gesamte Mangelhaftigkeit eines 700 m² großen Bodens bewiesen werden kann, ist also keineswegs selbstverständlich.

Das OLG München hat die Annahme der vollständigen Mangelhaftigkeit der gesamten Fläche aber damit begründet, dass der in Anspruch genommene Bauunternehmer seinerseits im Verfahren keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen hatte, dass seine Bauleistung unter Berücksichtigung der vorliegenden Stichproben nur teilweise mangelhaft sein könnte.

PRAXISHINWEIS

Nach Abnahme der Bauleistung trifft den Auftraggeber die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein Mangel der gesamten Werkleistung gegeben ist. Nach der Entscheidung des OLG München können repräsentative Stichproben für die Beweisführung ausreichend sein. Um dem Auftragnehmer den Einwand abzuschneiden, Stichproben würden nicht den Rückschluss auf eine insgesamt mangelhafte Werkleistung zulassen, empfiehlt es sich, den Auftragnehmer bei der Festlegung der Untersuchungspunkte für die stichprobenmäßige Materialuntersuchung mit einzubeziehen. Dann wird es bei der Feststellung eines Mangels dem Unternehmer im Nachhinein schwerer fallen, mit dem Einwand gehört zu werden, es handele sich bei den negativen Untersuchungsergebnissen um Ausreißer oder um andere Sondersituationen, die nicht auf das Gesamtwerk übertragbar seien. Umgekehrt muss sich der auf eine Mangelbeseitigung der Gesamtleistung in Anspruch genommene Auftragnehmer darüber im Klaren sein, dass er unter Berücksichtigung der Grundsätze des OLG München mit dem pauschalen Einwand, getätigte Stichproben seien nicht repräsentativ, kaum Erfolgsaussichten haben wird. Er muss sich vielmehr der Mühe unterziehen, konkrete Sachargumente dafür vorzutragen, weshalb die Werkleistung nicht insgesamt mangelbehaftet sein soll. Ist der Auftragnehmer nicht in der Lage, eine solche Argumentation aufzubauen, wird es kaum möglich sein, sich einer Komplettisanierung zu entziehen.



Thomas Elsner
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Telefon: 0221 - 97 30 02-65
t.elsner@lenz-johlen.de



Lenz und Johlen

Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Prof. Dr. Heribert Johlen^{PV}

Dr. Klaus Schmiemann^{PV}

Dr. Franz-Josef Pauli^P

Dr. Rainer Voß^{PVM}

Dr. Michael Oerder^{PV}

Dr. Thomas Lüttgau^{PV}

Thomas Elsner^{PB}

Rainer Schmitz^{PV}

Dr. Alexander Beutling^{PVM}

Dr. Markus Johlen^{PV}

Eberhard Keunecke^{PB}

Dr. Inga Schwertner^{PV}

Dr. Philipp Libert^{PF}

Dr. Christian Giesecke^{PVL}

Dr. Felix Pauli^{PV}

Dr. Tanja Lehmann^{PV}

Martin Hahn

Dr. Kai Petra Dreesen^E

Nick Kockler

Béla Gehrken^D

Markus Nettekoven

Philipp Caspar Hellermann

Stephan Matzerath

Kristina Dörnenburg

P Partner i. S. d. PartGG

V Fachanwalt für Verwaltungsrecht

B Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht

M AnwaltMediator DAAV/FU Hagen

L McGill University (Montreal, Kanada)

F Maîtrise en droit (Université Paris X)

E Master of European Studies

D Dipl.-Verwaltungsbetriebswirt (FH)

Kaygasse 5 • 50676 Köln

Postfach 102365 • 50463 Köln

Telefon: +49 221 97 30 02-0

Telefax: +49 221 97 30 02-22



Bildnachweis: S.2, 4 wikipedia, S.7 Thomas Elsner