



**[ Gaßner, Groth, Siederer & Coll. ]**  
Partnerschaft von Rechtsanwälten

## Bau • Newsletter

November 2009

Liebe Mandantschaft,  
sehr geehrte Damen und Herren,

mit dem vorliegenden Bau • Newsletter November 2009 möchten wir Sie wie gewohnt über aktuelle Entwicklungen aus dem öffentlichen und privaten Baurecht und entsprechende Tätigkeiten von [GGSC] informieren. Aus aktuellem Anlass haben wir in diesem Newsletter auch einen Bericht über die EnEV 2009 aufgenommen, die zum 01.10.2009 mit massiven Verschärfungen für energetische Anforderungen an Wohngebäude in Kraft getreten ist.

Ferner berichten wir über ein umfangreiches Urteil des BGH, das sowohl zu Abschlagszahlungen, als auch zum sogenannten Baugrundrisiko interessante Neuigkeiten enthält.

Viel Spaß bei der Lektüre wünscht Ihnen Ihr

[GGSC]-Anwaltsteam.

- EnEV 2009 in Kraft getreten
- BGH: Keine Abschlagszahlungen mehr, wenn Leistung fertig gestellt ist
- Baugrundrisiko ist Bauherrenrisiko? – Kommt drauf an!
- Denkmaleigentümer können sich jetzt gegen Nachbarbebauung wehren!
- Streit um das Bauforderungssicherungsgesetz
- Nochmals: Mehrkostenerstattung bei Verzögerung des Vergabeverfahrens?
- [GGSC] auf Veranstaltungen
- [GGSC]-Veröffentlichungen

Wenn Sie Interesse an dem Bezug weiterer Newsletter aus anderen Bereichen haben, senden Sie uns bitte eine E-Mail an [berlin@GGSC.de](mailto:berlin@GGSC.de) oder nutzen Sie im Internet das Newsletter-Archiv unter [www.ggsc.de/service](http://www.ggsc.de/service).



## [ENEV 2009 IN KRAFT GETRETEN]

Am 01.10.2009 ist die neue, erheblich verschärfte Energieeinsparverordnung in Kraft getreten (Bundesgesetzblatt 2009, Teil I/23, Seite 954).

### Die Neuerungen

Die Anforderungen an den Jahresprimärenergiebedarf bei der Errichtung von Neubauten im Wohngebäudebereich werden nach der neuen EnEV um durchschnittlich 30 % verschärft; die Anforderungen an die Wärmedämmung der Gebäudehüllen sind um durchschnittlich 15 % höher als zuvor. Auch wer Gebäude modernisiert, muss bei den neu eingebauten Teilen darauf achten, dass diese Teile 30 % weniger Wärme als bisher entweichen lassen. Zudem müssen Eigentümer von Wohngebäuden dafür Sorge tragen, dass bisher ungedämmte, nicht begehbare aber zugängliche oberste Geschossdecken gedämmt werden. Alternativ kann auch das bisher ungedämmte Dach gedämmt werden. Für begehbare oberste Geschossdecken gilt diese Pflicht erst ab Ende 2011.

Maßgeblicher Stichtag ist der Moment der Einreichung der Unterlagen bei der Bauaufsichtsbehörde. Für alle nach dem 01.10.2009 begonnenen Verfahren gilt also die neue EnEV.

## Welche EnEV gilt für welche Projekte?

Problematisch sind die Fälle, in denen die Bauantragsstellung noch vor Inkrafttreten der EnEV 2009 stattfand, die Fertigstellung und Abnahme der Bauleistung jedoch erst nach Inkrafttreten der EnEV im Oktober 2009 oder später. Bauherren haben nämlich einen Anspruch darauf, dass das Bauwerk zum Zeitpunkt der Abnahme den gesetzlichen Mindeststandards entspricht. Diese zivilrechtliche Wertung, die in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) steht, ist von der Frage der öffentlich-rechtlichen Behandlung der Anwendbarkeit der EnEV 2009 strikt zu trennen.

## Vorsicht bei Übergangsfällen!

Für Bauträger und Wohnungsbaugesellschaften ist es deshalb für diese Übergangsfälle von entscheidender Bedeutung, sicherzustellen – ggf. durch Nachverhandlung –, dass sich die zivilrechtlichen Regelungen mit den öffentlich-rechtlichen decken. Häufig finden sich in den Verträgen Formulierungen, dass das Gebäude etwa dem „modernsten energetischen Stand“ entspricht. Das gilt dann aber für den Zeitpunkt der Abnahme; das heißt: Es muss die neue EnEV eingehalten werden.



Vereinzelt wird in der juristischen Literatur die Auffassung vertreten, die energetischen Anforderungen der EnEV seien keine anerkannten Regeln der Technik, die zum Abnahmezeitpunkt einzuhalten seien, sondern stellten lediglich das Ergebnis des politischen Gestaltungswillens des Gesetzgebers im Hinblick auf Klimaschutz und Energieeinsparung dar. Deshalb seien Klarstellungen im Vertrag im Regelfall nicht notwendig. Hiervor können wir nur warnen. Schon bei der EnEV 2007 haben die Obergerichte festgestellt, dass die technischen Mindeststandards der EnEV 2007 zum Abnahmezeitpunkt eingehalten sein müssen.

Wer die damit verbundenen Mehrkosten zu tragen hat, ist ungeklärt und wird wesentlich von den ursprünglichen Vereinbarungen im Vertrag abhängen, ferner davon, ob die Änderungen der EnEV bei Vertragsschluss bereits vorhersehbar waren.

Für Rückfragen bei [GGSC] stehen Ihnen gerne unsere Kollegen Dr. Joachim Wrase und Dr. Sebastian Schattenfroh zur Verfügung.

### **[BGH: KEINE ABSCHLAGSZAH- LUNGEN MEHR, WENN LEISTUNG FERTIG GESTELLT IST]**

Der BGH hat in einem umfangreichen Urteil zu Tiefbauarbeiten seine Rechtsprechung bestätigt und präzisiert, wonach der Auf-

tragnehmer kein Recht auf Abschlagszahlungen mehr hat, wenn die Leistung fertig gestellt ist (Az.: VII ZR 205/07). Die Entscheidung erlaubt Praxisfolgerungen sowohl für Auftraggeber als auch für Auftragnehmer.

---

### **Erlöschen der Abschlagsforderungen**

---

Aus den Regelungen der VOB/B zu Abschlagszahlungen folgert der BGH mit ausführlicher Begründung, dass jeder Anspruch auf Abschlagszahlung automatisch in dem Moment endet, in dem die Leistung *fertig gestellt* und die Frist nach § 14 Nr. 3 VOB/B für die Vorlage der Schlussrechnung abgelaufen ist. Abschlagsrechnungen, die in diesem Moment unbezahlt in der Welt sind, verlieren ihre Berechtigung; der Auftragnehmer kann keine Abschlagszahlung mehr verlangen; Geld steht ihm dann nur noch aufgrund der Schlussrechnung zu. Das hat für den Auftragnehmer zwei Nachteile: Die Abrechnung kann aufwändig sein; und der Auftraggeber hat zwei weitere Monate Zeit für die Prüfung der Schlussrechnung (§ 16 VOB/B).

Die Abschlagsforderungen erlöschen entweder mit der Abnahme plus der Frist für die Vorlage der Schlussrechnung (im Regelfall 12 Werktage ab Abnahme, bei größeren Verträgen auch später, siehe § 14 Nr. 3 VOB/B); oder mit der „Erbringung der vertraglichen



Leistungen“ plus derselben Frist des § 14 Nr. 3 VOB/B.

---

### Folgerungen für Auftraggeber und Auftragnehmer

---

Für Auftraggeber gibt die Entscheidung das klare Recht, ab Fertigstellung Abschlagsrechnungen, auch wenn sie schon länger vorliegen, unbezahlt zu lassen und eine Schlussrechnung zu verlangen – mit dann entsprechend langer Prüffrist. Natürlich dürfen Abschlagsrechnungen aber dennoch bezahlt werden.

Auftragnehmer wiederum sind gut beraten, Zahlungspläne festzulegen, nach denen die Schlussrechnung möglichst gering ausfällt. Vermeiden sollte man ferner große Abschlagsrechnungen kurz vor Fertigstellung. Schließlich sollte so schnell wie möglich nach Fertigstellung Schlussrechnung gelegt werden. Dabei gilt: Eine Schlussrechnung setzt nicht voraus, dass die Arbeiten bereits abgenommen sind, sondern nur, dass die Arbeiten fertig gestellt sind.

Für Rückfragen stehen Ihnen unsere Kollegen Dr. Sebastian Schattenfroh und Dr. Joachim Wrase gerne zur Verfügung.

## [BAUGRUNDRISIKO IST BAUHERREN- RISIKO? – KOMMT DRAUF AN!]

Der BGH hat sich in dem oben erwähnten Urteil zu Tiefbauarbeiten (VII ZR 205/07) auch zu Forderungen des Auftragnehmers geäußert, die auf unerwarteten Erschwernissen im Baugrund beruhen; ein „Dauerbrenner“ des Tiefbaurechts. Auch insoweit erlaubt die Gerichtsentscheidung nützliche Praxisfolgerungen für Auftraggeber und Auftragnehmer.

---

### Das Baugrundrisiko

---

Mit Baugrundrisiko ist das Risiko gemeint, dass sich Erschwernisse im Baugrund ergeben, die Mehrkosten verursachen und mit denen niemand gerechnet hat. Wer trägt dann diese Kosten? Ein landläufiges Schlagwort lautet insoweit: „Baugrundrisiko ist Bauherrenrisiko.“ Das stimmt auch oft – aber nicht immer. Der BGH entscheidet (in insoweit ständiger Rechtsprechung): Wer welches Risiko trägt, hängt allein vom Vertrag ab; es gibt keinen Automatismus, dass der Bauherr das Baugrundrisiko trägt. Nur wenn der Vertrag zu der Frage nicht hergibt, gilt die Faustregel, dass der Baugrund vom Auftraggeber gestellt wird und er deshalb das Baugrundrisiko trägt.



Im zitierten neuen Urteil schafft der BGH nun konkretere Regeln zur Risikoverteilung für den häufig vorkommenden Fall, dass im Vorfeld des Vertragsschlusses ein Baugrundgutachten im Spiel ist:

---

### Die Bedeutung des Baugrundgutachtens

---

Je mehr sich ein Auftragnehmer auf ungenaue Leistungsbeschreibungen einlässt, umso eher trägt er auch das Baugrundrisiko. Wenn also vor Vertragsschluss keinerlei Ermittlungen zum Baugrund stattgefunden haben, kann es durchaus sein, dass das Baugrundrisiko beim Auftragnehmer liegt. Erschwernisse muss er dann selbst bezahlen. Wenn hingegen der Bauherr ein Baugrundgutachten vorgelegt hat, das konkrete Angaben zu den Bodenverhältnissen macht, und diese sind – so der BGH – erkennbar von Bedeutung für die Preiskalkulation, dann muss man davon ausgehen, dass das Gutachten auch Vertragsbestandteil ist und der Auftragnehmer sich auf das Gutachten verlassen darf. Wenn sich dann die Bodenverhältnisse anders darstellen als vermutet, trägt die Mehrkosten der Auftraggeber. Bemerkenswert an dem Urteil ist dann noch: Die von § 2 Nr. 5 VOB/B vorgesehene „Anordnung“ des Auftraggebers zur Leistungsänderung kann auch stillschweigend erfolgen, z. B. indem der Auftraggeber in Kennt-

nis der Baugrunderschwernisse die Leistung fordert.

---

### Folgerungen

---

Aus Auftragnehmersicht ist es dringend ratsam, bei Tiefbauarbeiten auf der Vorlage eines Baugrundgutachtens zu bestehen, zumindest aber in den Angebotstext unmissverständliche Vorbehalte zu den Bodenverhältnissen aufzunehmen. Geht das nicht – etwa bei öffentlicher Ausschreibung – so ist eine Bedenkensanmeldung bzw. vergaberechtliche Rüge wegen unvollständiger Ausschreibung (§ 9 VOB/A) ratsam; denn ohne diese droht ein Nachtrag später zu scheitern.

Öffentliche Auftraggeber haben letztlich kaum eine Wahl: Sie müssen nach § 9 VOB/A vollständig ausschreiben und die Rahmenbedingungen angeben; dazu gehört bei Tiefbauarbeiten einfach ein Baugrundgutachten. Daran ist man dann in aller Regel gebunden. Für private Auftraggeber aber gilt: Je weniger Informationen zum Baugrund vorliegen, und je funktionaler (pauschaler) die Leistungsbeschreibung insoweit ist, umso eher trägt der Auftragnehmer das Risiko von Baugrunderschwernissen.

Für Rückfragen stehen Ihnen bei [GGSC] unsere Kollegen Dr. Sebastian Schattenfroh und Dr. Joachim Wrase gerne zur Verfügung.



## [DENKMALEIGENTÜMER KÖNNEN SICH JETZT GEGEN NACHBAR-BEBAUUNG WEHREN!]

Mit einem überraschenden Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht die bisherige Rechtsprechung fast aller Oberverwaltungsgerichte gekippt, wonach dem Eigentümer eines Denkmals von vornherein kein Anspruch auf Schutz vor Beeinträchtigungen der Denkmalwürdigkeit seines Anwesens durch Vorhaben in der Umgebung zustehe. Diese Rechtsprechung sei – so der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 21.04.2009 (BVerwG 4 C 3.08) – mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren.

### Änderung der bisherigen Rechtsprechung

Wenn das Denkmalschutzrecht den Eigentümer des Denkmals verpflichte, dieses dauerhaft auf seine Kosten zu erhalten und zu pflegen, müsse es ihm auch das Recht zusprechen, das Denkmal vor Beeinträchtigungen durch Bauvorhaben in seiner Umgebung zu schützen. Wenn die Denkmalschutzbehörden rechtswidrig Vorhaben zulassen, die die Denkmalwürdigkeit des Anwesens eines Eigentümers erheblich beeinträchtigen, so müsse sich aus dem Landesdenkmalschutzgesetz auch ein Recht des Eigentümers ergeben, sich dagegen durch Rechtsmittel zu wehren.

### Konfliktfeld denkmalrechtlicher Umgebungsschutz

Durch diese Rechtsprechung wird der denkmalrechtliche Umgebungsschutz nun zu einem wirklich komplizierten Konfliktfeld. Während bisher schon die Denkmalschutzbehörden und die Eigentümer der Nachbargrundstücke jeweils darum ringen, was (gerade noch) zulässig ist oder nicht, hat in Zukunft auch der Eigentümer des Denkmals selbst ein gewichtiges Wörtchen mitzureden. Wo dabei die Grenze seines subjektiven Rechtsschutzes liegt, müssen die Oberverwaltungsgerichte jetzt unter Beachtung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.04.2009 jeweils für ihr Landesgesetz festlegen, wenn es zu entsprechenden rechtlichen Auseinandersetzungen kommt. Dass solche zu erwarten sind, steht für [GGSC] fest, weil schon in der Vergangenheit häufig Denkmaleigentümer nach den Erfolgsaussichten von Rechtsmitteln gegen benachbarte Vorhaben gefragt haben.

### Klagebefugnis der Denkmaleigentümer

Bisher musste man dann stets ohne inhaltliche Prüfung auf die vom zuständigen OVG nicht anerkannte Zulässigkeit solcher Rechtsmittel hinweisen. Das ist ab sofort grundlegend anders. Zukünftig wird erst im Dreieck Behörde/Nachbar/Denkmaaleigentü-



mer das Maß des Umgebungsschutzes verbindlich festgelegt und es ist den bauwilligen Nachbarn deshalb zu empfehlen, sich frühzeitig rechtlich beraten zu lassen und ggf. eine Verständigung mit dem Denkmaleigentümer herbeizuführen.

Als Ansprechpartner in diesem Bereich stehen ihnen bei [GGSC] Dr. Gerrit Aschmann und Dr. Jörg Beckmann zur Verfügung.

## [STREIT UM DAS BAUFORDERUNGSSICHERUNGSGESETZ]

Zum 01.01.2009 ist das neue BauFordSiG in Kraft getreten. Im Gegensatz zum alten Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen (GSB) hat der Gesetzgeber u. a. den Baugeldbegriff und die damit korrespondierende Baugeldverwendungspflicht erheblich verschärft (siehe unseren Newsletter Forderungssicherungsgesetz vom September 2008). Ein General- oder Hauptunternehmer als Baugeldempfänger muss das erhaltene Baugeld auf einem gesonderten Konto separieren und dafür Sorge tragen, dass es nicht von Dritten gepfändet werden kann. Er darf das Baugeld nicht für eigene Zwecke oder zur Deckung der allgemeinen Geschäftskosten verwenden, sondern muss vorrangig die Nachunternehmer bedienen; und er darf insbesondere das Baugeld bisher auch nicht für andere Baustellen einsetzen.

---

## Persönliches Haftungsrisiko

---

Sobald ein Unternehmen das Baugeld zweckwidrig verwendet, müssen die Verantwortungsträger mit einer persönlichen Inanspruchnahme rechnen. Es bestehen also erhebliche Haftungsrisiken.

---

## Neuer Gesetzesentwurf

---

Die Bauindustrie geht mit Vehemenz gegen das bestehende Gesetz vor. Kurz vor der Bundestagswahl ist im Bundestag ein von der Bauindustrie angeregter Gesetzesentwurf der Bundesregierung gescheitert, wonach die Verwendungspflicht auf die Baugelder *aller* Baustellen des Empfängers erstreckt werden sollte. Der Bauindustrieverband hat, um diesen Gesetzesentwurf zu fördern, ein Rechtsgutachten beauftragt, das zu dem Ergebnis kommt, die aktuelle Fassung des BauFordSiG sei verfassungswidrig.

---

## Ausblick

---

Zunächst bleibt es bei den bestehenden Regelungen des BauFordSiG. Aufgrund der neuen Mehrheitsverhältnisse im Bundestag nach der Bundestagswahl bleibt abzuwarten, ob die Bauindustrie nochmals einen An-



lauf unternommen wird, dass das Gesetz zu ihren Gunsten geändert wird. Darüber werden wir Sie selbstverständlich informieren.

Für Rückfragen bei [GGSC] stehen Ihnen gerne die Rechtsanwälte Dr. Sebastian Schattenfroh und Dr. Joachim Wrase zur Verfügung.

### **[NOCHMALS: MEHRKOSTENERSTAT- TUNG BEI VERZÖGERUNG DES VER- GABEVERFAHRENS?]**

In unserem Newsletter September 2009 hatten wir über eine Grundsatzentscheidung des BGH berichtet; es ging um Mehrkosten, die dem Auftragnehmer bei Verzögerung des Vergabeverfahrens entstehen. Der BGH hatte dort erstmals dieses Kostenrisiko dem Auftraggeber zugeordnet. Nur wenige Monate später folgt nun ein weiteres Urteil zu diesem Thema, das für Bieter wie für die Vergabestelle eine wichtige Differenzierung einführt (Urteil vom 10.09.2009, VII ZR 255/08):

---

#### **Unterschiedliche Spielregeln bei offenem Verfahren und bei Verhandlungsverfahren**

---

Nach dieser neuen Entscheidung wird man künftig bei Vergabeverzögerungen und damit verbundenen Mehrkosten unterschei-

den müssen: Lag ein *offenes Verfahren* (öffentliche Ausschreibung) vor, oder ein *Verhandlungsverfahren* (freihändige Vergabe)? Im offenen Verfahren haben die Bieter keine Möglichkeit, nach Angebotsabgabe ihr Angebot zu verändern; der Zuschlag erfolgt auf das einmal eingereichte Angebot; es gilt ein striktes Verhandlungsverbot (§ 24 VOB/A). Für diese Konstellation schützt der BGH die Bieter: Wenn sich dann das Verfahren verzögert und dadurch z.B. die Stahlpreise steigen, kann der Bieter seine Preise im Verfahren gar nicht ändern; er kann nur sein Angebot aufrecht erhalten. Wegen dieser Zwangslage muss der Auftraggeber die Mehrkosten tragen, die durch die Verfahrensverzögerung entstehen, auch wenn sie im Angebot nicht eingepreist waren.

Anders aber – so der BGH – im Verhandlungsverfahren (freihändige Vergabe): Dort hat jeder Bieter auch nach Angebotsabgabe noch die Möglichkeit, seine Preise im Wege der Verhandlung zu verändern, wenn sich seine Kosten geändert haben. Wenn sich das Verfahren dann verzögert, muss er das auch tun und die Preise konkret beziffern. Tut er es nicht und meldet nur unbeziffert Mehrkosten an, so „bestraft“ der BGH den Bieter: Kosten, die dann nicht verhandelt wurden, sind nicht Vertragsbestandteil; sie können dann auch nicht nachgeschoben werden.



---

## Folgerungen für die Praxis

---

Für Auftraggeber gilt: In der öffentlichen Ausschreibung tragen sie das Verzögerungsrisiko; daran hat sich nichts geändert, und das kann man auch nicht vertraglich anders regeln. Wenn aber ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, und die Mehrkosten fließen nicht beziffert in das endverhandelte Angebot ein, so dürfen Nachträge wegen der Verzögerung abgelehnt werden.

Umgekehrt gilt für Bieter im Verhandlungsverfahren: Mehrkosten nur anzumelden, genügt nicht. Im Verhandlungsverfahren müssen die Preise ausgehandelt und beziffert werden; ansonsten läuft man Gefahr, auf den Verzögerungsmehrkosten sitzen zu bleiben.

Für Rückfragen stehen Ihnen unsere Kollegen Dr. Sebastian Schattenfroh und Dr. Joachim Wrase gerne zur Verfügung

## [GGSC AUF VERANSTALTUNGEN]

### Rechtsanwalt Dr. Klaus-Martin Groth

„Auswirkungen der neuen Klimaschutzgesetzgebung auf die Stadtentwicklung und die Gebäudeplanung“

26.11.2009 in Berlin

33/09 Städtebau und Energie  
(Institut für Städtebau Berlin)

Das Seminarprogramm sowie weitere Informationen finden Sie unter [www.staedtebau-berlin.de](http://www.staedtebau-berlin.de).

### Rechtsanwalt Dr. Sebastian Schattenfroh

„Die Stellung des Architekten zwischen Bauherren und Bauunternehmen“

28.11.2009 in Potsdam

Fortbildungsreihe der Brandenburgischen Architektenkammer

Seminarprogramme sowie weitere Informationen finden Sie unter [www.ak-brandenburg.de/veranstaltung](http://www.ak-brandenburg.de/veranstaltung). Telefonische Anmeldung bei der Brandenburgischen Architektenkammer unter 0331/2759120.

## [GGSC-VERÖFFENTLICHUNGEN]

### Rechtsanwalt Dr. Gerrit Aschmann

„Rechtsfragen bei der Wärmedämmung von Bestandsgebäuden“

Veröffentlicht in:

Das Grundeigentum 2009, 1232 f.