



FACILITY MANAGEMENT

2. AUFLAGE

Facility Management

Impressum

Sonderausgabe: Facility Management 2. Auflage

Copyright 2011 • Redaktionelle Verantwortung:

HFK RECHTSANWÄLTE LLP

Gestaltung und Satz: appelt mediaservice, Berlin

Druck: FATA MORGANA Verlag, Schwenzer & Partner GbR

Vorwort zur 2. Auflage

Seit dem Erscheinen der Voraufgabe vor zwei Jahren hat das FM volkswirtschaftlich enorm an Bedeutung gewonnen. Auch die Wahrnehmung der Branche in der Öffentlichkeit hat zugenommen. Gleichzeitig haben sich Gesetzgebung wie Rechtsprechung weiterentwickelt. Somit haben die dem FM zugrunde liegenden Rechtsgebiete in vielen Bereichen Änderungen erfahren. Gleichwohl ist das Recht des FM im juristischen Schrifttum nach wie vor nicht systematisiert und weitgehend unbehandelt, obwohl der Beratungsbedarf steigt.

HFK Rechtsanwälte LLP tragen dieser Weiterentwicklung und dem gestiegenen Beratungsbedarf daher durch eine umfassende Überarbeitung Rechnung. Insbesondere haben wir die Einführung in das Recht des FM um Ausführungen zum Vergabe- und Arbeitsrecht erweitert. Auch finden sich erweiterte Ausführungen zum Thema Green Building/Nachhaltiges Bauen, da diese Themen Schwerpunkte eines zukunftsfähigen FM sind.

Somit bietet die Neuauflage abermals einen systematischen Überblick über das Recht des FM und soll dem geneigten Leser als Leitfaden für die praktische Arbeit dienen. Eine rechtliche Beratung können die Ausführungen allerdings nicht ersetzen – unsere Spezialisten stehen Ihnen gerne zur Verfügung.

April 2011

Dr. Christian Nunn
Dr. Florian Schrammel
*Rechtsanwälte/Fachanwälte
für Bau- und Architektenrecht*

Dr. Jens Nusser, LL.M.
Christoph Kaiser
Jonas Kollewe
Rechtsanwälte

Vorwort

In Zeiten der Finanzkrise mit Auftragsrückgang und Kurzarbeit sind nicht nur Produktionsunternehmen sondern auch Inhaber oder Nutzer von Büro- oder Handelsunternehmen gezwungen, über Einsparungen und Optimierungen beim Betrieb ihrer Immobilien nachzudenken. Daher gewinnt das Facility Management/Gebäudemanagement (FM/GM) als professioneller Unterstützungsprozess eine immer entscheidendere Bedeutung. Das FM/GM leistet einen wesentlichen Beitrag zur Bau- und Betriebskostensenkung bei gleichzeitiger Erhaltung oder gar Verbesserung der Funktionalität und ist deshalb langfristig Ausdruck nachhaltigen Wirtschaftens. Folgerichtig stieg das Gesamtleistungsvolumen im Bereich des FM/GM in den letzten Jahren stetig an. Anbieter versprechen Kosteneinsparungen von bis zu 25 % bei Aufrechterhaltung der notwendigen Services. Um dies zu erreichen, muss der rechtliche Rahmen nicht nur den Erfolg ermöglichen, sondern auch damit verbundene Risiken ausschließen.

Der Markt verändert sich stark. Im Bereich der Technik findet ein enormer Fortschritt statt. Beides führt zu einem laufenden Wandel und einer stetigen Entwicklung des FM/GM. Außerdem ist das FM/GM in zahlreichen Varianten denkbar und tritt auch tatsächlich so auf. Dies mag ein Grund dafür sein, dass das FM/GM im juristischen Schrifttum bislang nicht systematisiert wurde und weitgehend unbehandelt blieb. Auch die Gesetzgebung sieht kein eigenständiges FM/GM-Recht vor. Die Folge: Eine Vielzahl einzelgesetzlicher Vorschriften sowie technischer Normen und Richtlinien ist zu beachten. Vor diesem Hintergrund gewinnt die juristische Behandlung des FM/GM zunehmend an Bedeutung.

HFK Rechtsanwälte haben sich bereits 1975 auf das Recht der Immobilie spezialisiert. Ausgehend vom Bau- und Architektenrecht hat sich HFK Rechtsanwälte zu einer Spezialkanzlei entwickelt, die im gesamten Spektrum des Lebenszyklus einer Immobilie berät. Die Beratungsbandbreite umfasst die komplette Projektentwicklung, das öffentliche Baurecht, das Vergaberecht, die Bauerrichtung (Bau- und Architektenrecht), den Betrieb und die Verwaltung, wie auch die Verwertung der Immobilie. Das FM/GM weist daher signifikante Überschneidungen mit den Kernkompetenzen der HFK Rechtsanwälte auf.

HFK Rechtsanwälte sind daher Spezialisten auch für das Recht des FM/GM. Neben der zwingend erforderlichen hohen juristischen Kompetenz haben HFK Rechtsanwälte aufgrund langjähriger Tätigkeit das erforderliche technische Hintergrundwissen, um den Mandanten

und seine Interessen zu verstehen. Nur so können Verträge optimal gestaltet oder Prozesse erfolgreich geführt werden. HFK Rechtsanwälte bieten daher eine kompetente anwaltliche Begleitung in allen Bereichen des FM/GM an.

Die vorliegende Einführung soll Anwendern, Nutzern, Systemanbietern und Einzeldienstleistern im Bereich des FM/GM einen systematischen Überblick über das Recht des FM/GM bieten. Eine rechtliche Beratung können die Ausführungen allerdings nicht ersetzen - unsere Spezialisten stehen Ihnen gerne zur Verfügung.

August 2009

Dr. Christian Nunn
Dr. Florian Schrammel
*Rechtsanwälte/Fachanwälte
für Bau- und Architektenrecht*

Vorwort zur 2. Auflage	3
Vorwort	4
Abkürzungsverzeichnis	11
1. Einführung	15
1.1 Begriffsbestimmung	15
1.1.1 Eckpunkte und Grundsätze des FM	16
1.1.2 GM als Teilbereich des FM	17
1.1.3 Drei-Säulen-Modell	20
1.2 Begriffsabgrenzungen	23
1.3 FM im Spannungsfeld der Beteiligten	24
2. Rechtsgrundlagen	26
2.1 Vergaberecht	28
2.1.1 Öffentlicher Auftraggeber	29
2.1.2 Öffentliche Aufträge	30
2.1.3 Vergaberechtsvorschriften	30
2.1.4 Schwellenwerte	31
2.1.5 Verfahrensgrundsätze	31
2.1.6 Der Ablauf eines Vergabeverfahrens	32
2.1.7 Vergabearten	33
2.1.8 Fristen	33
2.1.9 Bekanntmachung	33
2.1.10 Angebotsphase	34
2.1.11 Angebotsöffnung	35
2.1.12 Eignung	35
2.1.13 Prüfung und Wertung	36
2.1.14 Nebenangebote	37
2.1.15 Informationspflichten	37
2.1.16 Zuschlag	38
2.1.17 Aufhebung/Verzicht	38
2.1.18 Rechtsschutz	39
2.2 Rechtsgrundlagen des technischen FM	40
2.2.1 Werkvertragsrecht	40
2.2.1.1 BGB- oder VOB-Vertrag	40

2.2.1.2	Werkerfolg	40
2.2.1.3	Vergütung	41
2.2.1.4	Leistungsbeschreibung	41
2.2.1.5	Abnahme	42
2.2.1.6	Kündigung	42
2.2.1.7	Haftung für Mängel	43
2.2.1.7.1	Mängel vor Abnahme	44
2.2.1.7.2	Mängel nach Abnahme	44
2.2.1.7.3	Verjährung	45
2.2.1.7.4	Verjährung bei Mängelbürgschaften	47
2.2.2	Energieeinsparverordnung (EnEV) und allgemein anerkannte Regeln der Technik	47
2.3	Rechtsgrundlagen des kaufmännischen FM	49
2.3.1	Mietrecht	50
2.3.1.1	Form des Mietvertrages	50
2.3.1.2	Allgemeine Geschäftsbedingungen	52
2.3.1.3	Übergabeprotokoll	53
2.3.1.4	Wertsicherungsklauseln	54
2.3.1.5	Betriebs- und Nebenkosten	55
2.3.1.6	Schönheitsreparaturen	59
2.3.1.7	Wechsel der Vertragsparteien	61
2.3.1.8	Hausordnung	62
2.3.2	Steuerrechtliche Anforderungen an den FM-Manager	63
2.3.2.1	Umsatzsteueroption	63
2.3.2.2	Betriebsvorrichtungen/Gewerbesteuer	65
2.4	Rechtsgrundlagen des infrastrukturellen FM	65
2.4.1	Grundsätze des Dienstvertragsrechts	66
2.4.1.1	Abschluss des Dienstvertrages	66
2.4.1.2	Vertragliche Pflichten	66
2.4.1.3	Beendigung des Dienstvertrages	67
2.4.1.4	Haftung bei Vertragsverletzungen	68
2.4.2	Hinweise zum Arbeitsrecht	69
2.4.2.1	Allgemeine Regelungen des individuellen Arbeitsrechts	69
2.4.2.2	Spezialregelungen des kollektiven Arbeitsrechts	71
2.4.2.3	Rechtsschutz im Arbeitsrecht	72

2.4.2.4	Sonderproblem Betriebsübergang	72
2.4.3	Arbeits- und Gesundheitsschutz	74
2.4.4	Versorgungsverträge	75
3.	Vertragsgestaltung	76
3.1	Der FM-Vertrag (Vertragsverhältnis Anwender/Nutzer-Systemanbieter)	76
3.1.1	Der FM-Vertrag als Dauerschuldverhältnis	76
3.1.2	Inhalt und Umfang des FM-Vertrages	77
3.1.3	Die Regelungen im Einzelnen	80
3.2	Häufige Vertragstypen im Verhältnis (Teil-)Systemanbieter-Dienstleister	88
3.2.1	Der Wartungsvertrag	88
3.2.2	Der Reinigungsvertrag	91
3.2.3	Der Wachdienstvertrag	92
4.	Betreiberverantwortung	94
4.1	Begriffsbestimmung, Abgrenzung, Übersicht	95
4.2	Verantwortungsbereiche	98
4.3	Gesetzliche Pflichten des Betreibers	101
4.3.1	Eigenverantwortung	101
4.3.2	Differenzierung: Unternehmenspflichten/Persönliche Pflichten	102
4.4	Unternehmenspflichten	103
4.4.1	Beschäftigte	103
4.4.2	Dritte	103
4.4.3	Behörden und Träger der gesetzlichen Unfallversicherung	105
4.4.4	Umwelt	105
4.4.4.1	Immissionsschutz	105
4.4.4.2	Klimaschutz	106
4.4.4.3	Bodenschutz	107
4.4.4.4	Gewässerschutz	107
4.4.4.5	Abfallentsorgung	107
4.5	Persönliche Pflichten	108
4.6	Spezifische Betreiberpflichten des FM	111
4.6.1	Fristgerechte Durchführung der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungen	111
4.6.2	Instandhaltung	113
4.6.3	Verkehrssicherung	114

4.6.4	Hygienemaßnahmen	115
4.6.5	Dokumentation	115
4.7	Übertragung der Verantwortung (Delegation)	117
4.7.1	Die fünf Voraussetzungen ordnungsgemäßer Delegation	117
4.7.2	Pflichtenübertragung bei Mietverhältnissen	119
4.8	Pflichtverletzung, Verschulden, Exkulpation	120
4.8.1	Haftungsbegründung	120
4.8.2	Mögliche Rechtsfolgen der Haftung	121
4.8.3	Exkulpation (Entlastung/Rechtfertigung)	122
4.9	Haftungsdeckung durch Versicherungen	123
4.10	Strafrechtliche Aspekte	126
4.11	Handlungsempfehlungen	126
4.11.1	Klärung grundlegender Fragen	127
4.11.2	Organisatorische Regelungen	127
4.11.3	Überprüfung der Grundlagen	128
4.11.4	Dokumentation aller Prüfungs-, Überwachungs- und Abhilfemaßnahmen	128
4.11.5	Mittelverwendung	129
4.12	Fazit	129
5.	Gebäudesubstanzanalyse	129
6.	Green Building/Nachhaltiges Bauen	130
6.1	Begriffsbestimmung	131
6.2	Rechtliche Anforderungen	131
6.2.1	Technische Gebäudeausrüstung (TGA)	132
6.2.2	Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden	133
6.2.3	Einsatz Erneuerbarer Energien	134
6.2.4	Smart Metering	135
6.2.5	Wasserversorgung/Abwasserentsorgung	136
6.2.6	Abfallentsorgung	137
6.3	Zertifizierung der Nachhaltigkeit von Gebäuden	138
6.3.1	Nachhaltige Gebäudelösungen – International	138
6.3.2	Nachhaltige Gebäudelösungen – National (DGNB)	140
6.3.3	Neue Rechtsverhältnisse und Rechtsfragen	142



Abkürzungsverzeichnis

AbfBeauftrV	Verordnung über Betriebsbeauftragte für Abfall
AbwV	Verordnung über Anforderungen an das Einleiten von Abwasser in Gewässer
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbStättV	Arbeitsstättenverordnung
ASiG	Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit
BaFiN	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauO	Bauordnung
BauPrüfVO	Verordnung über bautechnische Prüfungen
BauR	Zeitschrift für Baurecht
BaustellV	Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz auf Baustellen
BayAbfG	Bayerisches Abfallwirtschaftsgesetz
BayAbwG	Bayerisches Gesetz zur Ausführung des Abwasserabgabengesetzes
BayGaStellV	Verordnung über den Bau und Betrieb von Garagen sowie über die Zahl der notwendigen Stellplätze – Bayern
BaySPrüfV	Verordnung über Prüfungen von sicherheitstechnischen Anlagen und Einrichtungen-Bayern
BayVkv	Verordnung über den Bau und Betrieb von Verkaufsstätten
BayWasserG	Bayerisches Wassergesetz
BBodSchG	Bundes-Bodenschutzgesetz
BBodSchV	Bundes-Bodenschutzverordnung
BetrKV	Betriebskostenverordnung
BetrSichV	Betriebssicherheitsverordnung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BeVO	Beherbergungsstättenverordnung
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGV	Berufsgenossenschaftliche Vorschriften
BlmschG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BlmschV	Bundes-Immissionsschutzverordnung

Abkürzungsverzeichnis

BMVBS	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
BREEAM	Building Research Establishment Environmental Assessment Method
CAD	Computer-aided Design
CAFM	Computer-aided Facility Management
DGNB	Deutsche Gesellschaft für Nachhaltiges Bauen e.V.
DIN	Deutsches Institut für Normung e.V.
DVGW	Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V.
EDL-RL	Energieeffizienzdienstleistungs-Richtlinie
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EEWärmeG	Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz
EG VOL/A	Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG
ElektroG	Elektro- und Elektronikgerätegesetz
EnEG	Energieeinspargesetz
EnEV	Energieeinsparverordnung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EStG	Einkommenssteuergesetz
ESTR	Einkommenssteuerrichtlinie
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FM	Facility Management
GarVO	Verordnung über den Bau und Betrieb von Garagen
GEFMA	German Facility Management Association
GefStoffV	Gefahrstoffverordnung
GewAbfallV	Gewerbeabfallverordnung
GiF	Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung e. V.
GM	Gebäudemanagement
GPSG	Geräte- und Produktsicherheitsgesetz
GSG	Gesundheitsstrukturgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HAD	Hessische Ausschreibungsdatenbank
HGB	Handelsgesetzbuch
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
HochhVO	Verordnung über den Bau und Betrieb von Hochhäusern
IBR	Immobilien- & Baurecht
IMR	Immobilien- und Mietrecht

Abkürzungsverzeichnis

KAG	Kommunalabgabengesetz
KhBauVO	Verordnung über den Bau und Betrieb von Krankenhäusern
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAbfG	Landes-Abfallgesetz
LEED	Leadership in Energy and Environmental Design
LG	Landgericht
LImSchG	Landes-Immissionsschutzgesetz
LWG	Landeswassergesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PrKG	Gesetz über das Verbot der Verwendung von Preisklauseln bei der Bestimmung von Geldschulden
SektVO	Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung
SGB	Sozialgesetzbuch
SLA	Service Level Agreements
StGB	Strafgesetzbuch
StrlSchV	Strahlenschutzverordnung
StromStG	Stromsteuergesetz
TA	Technische Anleitung
TGA	Technische Gebäudeausrüstung
TPrüfVO	Verordnung über die Prüfung technischer Anlagen und Einrichtungen nach Bauordnungsrecht
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz
UStG	Umsatzsteuergesetz
UVV	Unfallverhütungsvorschriften
VDE	Verband der Elektrotechnik Elektronik Informationstechnik e.V.
VDI	Verband deutscher Ingenieure e.V.
VkVO	Verkaufsstättenverordnung
VOB/A	Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen

Abkürzungsverzeichnis

VOB/B	Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
VOB/C	Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV)
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
VOL/A	Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen
VStättVO	Versammlungsstättenverordnung
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WuM	Zeitschrift für Wohnungswirtschaft und Mietrecht
ZMR	Zeitschrift für Mietrecht

1. Einführung

Allen Unternehmen ist gemein, dass sich der unternehmerische Gesamtprozess in einen Kern- und einen Sekundärprozess unterteilt.

Tätigkeiten wie zum Beispiel die Herstellung eines Produktes, die direkt und unmittelbar zum Erlös aus der Geschäftstätigkeit, also dem Umsatz und Gewinn eines Unternehmens beitragen, gehören zum **Kernprozess**.

Demgegenüber gehören solche notwendigerweise anfallenden Teilaufgaben wie z.B. die Instandhaltung unternehmerischer Ressourcen, die selbst keinen direkten Beitrag zum Erlös aus der Geschäftstätigkeit des Unternehmens leisten, zum **Sekundärprozess** des Unternehmens. Diese Teilaufgaben leisten allenfalls einen mittelbaren Beitrag zum Unternehmensprofit. Zu diesem Bereich ist das FM zu zählen.

1.1 Begriffsbestimmung

Die **GEFMA-Richtlinie 100-1** als Basisrichtlinie der German Facility Management Association (GEFMA) definiert das FM als eine Managementdisziplin, die durch eine ergebnisorientierte Handhabung von facilities (Objekte) und services (Dienstleistungen) im Rahmen geplanter, gesteuerter und beherrschter Facility Prozesse eine Befriedigung der Grundbedürfnisse von Menschen am Arbeitsplatz, Unterstützung der Unternehmens-Kernprozesse und Erhöhung der Kapitalrentabilität bewirkt. Hierzu dient die permanente Analyse und Optimierung aller kostenrelevanten Vorgänge rund um bauliche und technische Anlagen, Einrichtungen und im Unternehmen erbrachte (Dienst-)Leistungen, die nicht zum Kerngeschäft gehören.

Aus dieser Definition ergibt sich, dass das FM als Teil des Sekundärprozesses eines Unternehmens einzuordnen ist, der in direktem Zusammenhang mit Aufgabenstellungen rund um die Immobilie oder technische Anlagen steht. So ist zum Beispiel die Einrichtung und Pflege eines Arbeitsplatzes in einer Immobilie Gegenstand des FM, da das Unternehmen diesen Arbeitsplatz für den Kernprozess benötigt. Kurzum: Ein optimaler Arbeitsplatz als Teil des Sekundärprozesses leistet seinen Beitrag für ein optimales Ergebnis im Bereich des Kernprozesses.

1.1.1 Eckpunkte und Grundsätze des FM

Auf Grundlage der GEFMA-Richtlinie 100-1 lassen sich die Eckpunkte des aktuellen FM-Verständnisses im Rahmen eines prozessorientierten Ansatzes wie folgt zusammenfassen:

- Unterscheidung zwischen facilities (Objekte wie z.B. Gebäude und Anlagen) und services (Dienstleistungen),
- Zusammenwirken von facilities und services innerhalb von Facility Prozessen,
- Facility Produkte als Ergebnis von Facility Prozessen,
- systematische und professionelle Planung, Steuerung und Beherrschung von Facility Prozessen durch das FM und
- Facility Management-System als Gesamtheit aller Facility Prozesse und deren Management.

Die Aufrechterhaltung und Optimierung des Sekundärprozesses ist nicht nur mit erheblichen Kosten verbunden, sondern stellt in seiner Komplexität vergleichbare Anforderungen an ein Unternehmen wie das Management des Kernprozesses. Während jedoch ein Unternehmen für den Kernprozess in der Regel über die notwendigen professionellen Strukturen und Kompetenzen verfügt und auch bereit ist, die hierfür notwendigen finanziellen Mittel aufzuwenden, ist diese Bereitschaft für die Abläufe des Sekundärprozesses in aller Regel weniger ausgeprägt, obgleich mit einem professionellen FM nicht nur ein erheblicher **Nutzwert** sondern auch eine signifikante **Kostenreduktion** verbunden ist. Im Einzelnen (vgl. GEFMA-Richtlinie 100-1):

- optimierter und wirtschaftlicher Betrieb der Immobilie (langfristiger Erhalt und Erhöhung von Vermögenswerten, Verringerung der gebäude- und servicebedingten Kosten, Schaffung von Anreizen für einen sparsamen Umgang mit den vorhandenen Ressourcen),
- Nutzen für das Kerngeschäft des Anwenders (Gestaltung und Optimierung von Arbeitsbedingungen und –umgebungen, Beitrag zur Steigerung der Arbeitsproduktivität im Bereich des Kernprozesses),
- Nutzen für die Mitarbeiter des Anwenders (Sicherheit am Arbeitsplatz, Gesundheitsschutz) und
- Nutzen für die Umwelt (sparsamer Umgang mit Ressourcen).

Grundsätze des FM (vgl. GEFMA-Richtlinie 100 -1) sind:

- Kunden- und Serviceorientierung,
- Prozessorientierung,
- Produktorientierung (Ergebnis),
- Lebenszyklusorientierung,
- Ganzheitlichkeit,
- Marktorientierung und
- Partnerschaftlichkeit.

1.1.2 GM als Teilbereich des FM

Der FM-Prozess umfasst alle mit der baulichen und technischen Anlage, den sonstigen Einrichtungen und den im Unternehmen erbrachten (Dienst-)Leistungen in Zusammenhang stehenden Teilaufgaben des Sekundärprozesses. Übertragen auf eine Immobilie bedeutet dies, dass der gesamte Lebenszyklus des Gebäudes vom FM umfasst ist.

Der **Lebenszyklus** der Immobilie umfasst unterschiedliche Wertschöpfungsbereiche und Teilaufgaben. Im Einzelnen:

- Idee/Beratung/Konzeption,
- Finanzierung,
- Planung,
- Bauausführung bzw. Beschaffung,
- Vermarktung,
- Nutzung und Bewirtschaftung,
- Sanierung/Umbau und
- Verwertung/Rückbau/Abriss.

FM im Lebenszyklus

Konzeption

Projektentwicklung
Akquisition von Grundstücken
Grundlagen der Planung

Planung

Objektplanung
Ausschreibung
Vergabe

Errichtung

Bauleistungen
Überwachung

Vermarktung

Verkauf
Vermietung

Beschaffung	Betrieb u. Nutzung	Umbau, Sanierung	Leerstand	Verwertung
Erwerb Vermietung/ Verpachtung	Management Betrieb Versorgung/ Entsorgung Reinigung/ Pflege Schutz/ Sicherheit Verwaltung	Planung Ausschreibung Vergabe Bauleistungen Überwachung	Management Verwaltung Erhaltung	Verkauf Abbruch Rückbau Entsorgung

Demgegenüber bezeichnet der Begriff des GM lediglich einen Teilbereich der Gesamtleistung des FM. Das GM umfasst nur die Leistungen während der Nutzungsphase von Immobilien. Gemäß GEFMA-Richtlinie 100-1 lassen sich FM und GM anhand folgender Kriterien unterscheiden:

Zeithorizont	Objekthorizont	Organisationshorizont
FM ist phasenübergreifend, umfasst also den gesamten Lebenszyklus von facilities	FM ist objekt- und standortübergreifend	FM umfasst auch die Bedarfsplanung
GM beschränkt sich demgegenüber auf die Nutzungsphase	GM ist objektbezogen	GM dagegen umfasst neben der eigentlichen Dienstleistungserbringung nur die darauf ausgerichtete operative Führung

1.1.3 Drei-Säulen-Modell

Grundsätzlich untergliedert sich das FM in drei Teilbereiche mit unterschiedlichen Leistungsinhalten (**Drei-Säulen-Modell**):

Technisches FM	Kaufmännisches FM	Infrastrukturelles FM
Energiemanagement Modernisierung Optimierung Sanierung Umbau Wartung	Verwaltung Vermietung Rechnungswesen Vertragsmanagement Einkaufsmanagement Materialbeschaffung Inventarverwaltung Budgetverwaltung Controlling Berichtswesen Benchmarking	Flächenmanagement Reinigung Catering Automatenversorgung Sicherheitsdienste Hausmeisterdienste Bürodienstleistungen Pfortnerdienste Postdienste Fuhrparkmanagement EDV-Dienste Telefondienste

Mitunter wird das **Flächenmanagement** als vierter Teilbereich des FM qualifiziert. Zutreffend ist es jedoch systematisch dem infrastrukturellen FM zuzurechnen, denn das Flächenmanagement definiert sich über seine Zielsetzung, insbesondere Büroflächen einer möglichst effektiven und kosteneffizienten Nutzung zuzuführen. Die hierzu notwendigen konkreten (Dienst-)Leistungen gehören wiederum zum Bereich des infrastrukturellen FM, auch wenn sich mitunter Überschneidungen mit dem technischen FM (Wartung, Optimierung) ergeben. Grundlage jedes Flächenmanagements ist ein Datenbestand, der u.a. die vorhandenen Flächen, ihre Nutzungsart und die für die Bereitstellung und Bewirtschaftung der Flächen aufzuwendenden Kosten systematisch erfasst.

Der Begriff der Fläche ist dabei nicht einheitlich definiert. Zum Teil macht sich das Flächenmanagement Vorschriften zu Nutze, die bei der Planung von Bauvorhaben angewendet werden, zum Teil wird versucht, einheitliche Definitionen zu etablieren. Beispielfhaft sind hier zu nennen:

- **DIN 277:** „Grundflächen und Raumhöhen von Bauwerken im Hochbau“ dient der Berechnung von Grundflächen und Rauminhalten von Bauwerken. Die DIN sieht eine grobe Einteilung in verschiedene Nutzungsarten (Nutzfläche, Funktionsfläche, Verkehrsfläche) vor.
- **DIN 276:** „Kosten im Bauwesen – Teil 1: Hochbau“ dient der Ermittlung und Gliederung von Kosten für den Neubau, Umbau und die Modernisierung von Bauwerken einschließlich zusammenhängender projektbezogener Kosten.
- **GiF:** Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für gewerblichen Raum (Mf-G) der Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung e.V.
- **WoFlV** (Wohnflächenverordnung): zwingend anzuwenden, soweit das Wohnraumförderungsgesetz Anwendung findet; kann aber auch anderweitig als Grundlage vereinbart bzw. bezeichnet werden.

Praxishinweis: Da der Begriff der „Fläche“ nicht definiert ist, muss bei Flächenangaben unbedingt angegeben werden, auf welcher Grundlage die Flächenberechnung im konkreten Fall erfolgt. Bei fehlender konkreter Angabe der Berechnungsgrundlage besteht die Gefahr, dass die für den Vermieter ungünstigste Berechnung zugrunde gelegt wird. Dann ist unmittelbar bedeutsam, dass Flächenabweichungen von mehr als 10 % einen Mangel begründen und zur Minderung, ggf. Kündigung berechtigen (*OLG Düsseldorf NZM 2005, 378; BGH NJW 2005, 2152*).

Es empfiehlt sich, die genannten Daten in der Regel in einem **CAD-gestützten Informationssystem** zu erfassen. Dadurch können diese – insbesondere in größeren Unternehmen – vielfältigen Nutzungsmöglichkeiten zugeführt werden:

Die vorhandene Flächennutzung kann analysiert und optimiert werden (Ermittlung des Flächenbedarfs einzelner Bereiche, Ermittlung von Mitarbeiterbelegungszahlen/Fläche pro Mitarbeiter, etc.).

Mit dem durch eine Kostenstellenzuordnung geschaffenen Kostenbewusstsein kann eine Selbstregulierung des Flächenbedarfs erreicht werden.

Die erfassten Daten ermöglichen eine systematische Umzugsplanung.

Ein im Rahmen des Flächenmanagements erfasster Datenbestand kann im Übrigen in effizienter Weise auch für die „klassische“ Immobilienverwaltung nutzbar gemacht werden:

- Erfolgt eine detaillierte Aufnahme des vorhandenen Bestands (z.B. durch ein Raumbuch) können die Daten als Grundlage für die Beauftragung von weiteren Dienstleistungsfirmen (z.B. Reinigung, Instandhaltungsarbeiten, etc.) Verwendung finden.
- Die Daten können weiterhin als Grundlage für den Abschluss und die Abwicklung von Mietverträgen herangezogen werden, wenn sie entsprechend den Anforderungen des Mietrechts und der einschlägigen Rechtsprechung erhoben werden. Insbesondere die Angabe der Mietfläche in Mietverträgen, die Grundlage für die Höhe der Miete und in jedem Fall die Betriebskostenabrechnung ist, bietet immer wieder Anlass zu (vermeidbaren) gerichtlichen Auseinandersetzungen.

Praxishinweis: Für ein rechtlich sicheres FM erscheint heute eine umfassende und IT-gestützte Aufnahme und Dokumentation der Flächen unverzichtbar. Dabei ist auch darauf zu achten, dass die IT des Dienstleisters mit der IT des Nutzers übereinstimmt oder zumindest kompatibel ist. Nur dann ist ein fehlerfreier Datentransfer gewährleistet. Es ist im Rahmen der Vertragsgestaltung auch sicherzustellen, dass zwischen Anwender und Dienstleister geregelt wird, dass im Falle einer Vertragsbeendigung die Daten im Eigentum des Anwenders verbleiben.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein erfolgreiches Flächenmanagement in vielen Punkten der fachkundigen, rechtlichen Unterstützung bedarf. So können bei einem Neubau-

vorhaben oder einer Sanierung im Bestand bereits im Bauvertrag die Weichen für ein zukünftiges effektives Flächenmanagement gestellt werden. Wichtig ist, dass in Verträgen, insbesondere Mietverträgen, die Flächen einheitlich definiert sind. Nicht selten kommt es vor, dass Mietverträge für verschiedene Einheiten in einem Objekt verschiedene Flächenberechnungen vorsehen (z.B. GiF, DIN). Dies kann zu erheblichen Problemen bei der Nebenkostenabrechnung führen. Je nach geplanter Art des Flächenmanagements sind daher die zu erhebenden Daten – wie das Beispiel der Mietfläche zeigt – mit rechtlichen Vorgaben abzugleichen. Zudem bedarf die Beauftragung des Flächenmanagements klarer vertraglicher Regelungen, die im Einzelfall je nach individuellem Bedarf zu formulieren sind.

Ein optimiertes und strukturiertes Flächenmanagement ist nicht zuletzt Grundlage einer unverzichtbaren Flexibilität. Jeder Immobilieneigentümer und jeder Nutzer einer oder mehrerer Immobilien hat ein vitales Interesse an größtmöglicher Flexibilität in Bezug auf die Nutzungsmöglichkeiten der Immobilie. Denn schnell ergeben sich aufgrund innerbetrieblicher Gründe aus dem Kerngeschäft Veränderungen im Produktionsablauf, die auch Änderungen bei der Nutzung der Immobilie zur Folge haben.

Praxishinweis: Ein optimiertes und strukturiertes Flächenmanagement ist die erforderliche Grundlage für kurzfristig umzusetzende Veränderungen bei der Flächennutzung und somit notwendige Voraussetzung für ein flexibles Handeln.

1.2 Begriffsabgrenzungen

Das FM ist begrifflich bisher nicht eindeutig definiert, so dass sich zahlreiche Begriffe finden, die teilweise Überschneidungen aufweisen.

Neben dem Begriff des FM finden sich in der Praxis insbesondere auch die Begriffe Asset Management und Property Management. Während das FM Teil des Sekundärprozesses eines Unternehmens ist, stellt das **Asset Management** Vermögensverwaltung dar mit dem Ziel, eine möglichst optimale Rendite zu erwirtschaften. Dem Asset Management fällt die Aufgabe zu, die Bewirtschaftung des Immobilienportfolios und damit auch die Dienstleister des FM im Sinne des Eigentümers zu steuern und dabei die Wert- und Ertragsentwicklung im Auge zu behalten. Das Asset Management ist daher weniger im Bereich der selbstnutzenden Eigentümer anzusiedeln.

Demgegenüber setzt sich das Tätigkeitsprofil des Property Managements aus folgenden Teilleistungen zusammen:

- Eigentümerversammlung gegenüber Dritten wie z.B. Behörden, Versicherungen, Mietern, etc.,
- Vermietung bzw. Steuerung der Vermietung,
- Einkauf, Steuerung, Controlling der technischen und infrastrukturellen Objektverwaltung und
- Wahrnehmung kaufmännischer und strategischer Aufgaben.

Dieser Aufstellung ist zu entnehmen, dass das Property Management im Wesentlichen im kaufmännischen und infrastrukturellen Bereich anzusiedeln ist. Allerdings lässt die Begriffsbestimmung Raum für Unschärfe bei der Abgrenzung zum FM.

1.3 FM im Spannungsfeld der Beteiligten

Bei einer strukturellen Betrachtung des FM sind vier Personengruppen zu unterscheiden, die in Rechtsbeziehungen zueinander treten bzw. stehen:

- Anwender/Nutzer,
- Systemanbieter,
- Dienstleister und
- Dritte.

Unter dem **Anwender/Nutzer** ist derjenige zu verstehen, welcher die Potenziale des FM ausschöpft. Dabei kann es sich um den (selbstnutzenden) Eigentümer oder auch um den Mieter bzw. Vermieter handeln.

Der Eigentümer kann den Nutzwert des FM voll ausschöpfen, insbesondere wenn er selbstnutzender Eigentümer ist. Für gewerbliche Vermieter, also nicht selbstnutzende Eigentümer, sind insbesondere diejenigen Teilaspekte des FM interessant, die auf Werterhalt und/oder -erhöhung abzielen, sowie diejenigen FM-Effekte, die eine Erhöhung der Attraktivität der Mietflächen wie z. B. die Verbesserung der Nutzbarkeit bei gleichzeitiger Verringerung der vom Mieter zu tragenden Betriebs-/Nebenkosten bewirken (vgl. Ziffer 6.2 GEFMA-Richtlinie 100-1). Für gewerbliche Mieter sind durch das FM Nutzen für das Kerngeschäft sowie für Kunden und Mitarbeiter zu erwarten.

Demgegenüber steht der **Systemanbieter**, der eine umfassende FM-Dienstleistung gegenüber dem Eigentümer, dem Vermieter oder dem Mieter erbringt und seinerseits gegebenenfalls Dienstleister (siehe nachstehend) mit der Erbringung einzelner Teilleistungen beauftragt. Unter der umfassenden systematischen FM-Dienstleistung ist dabei all das zu verstehen, was in die Kategorien technisches, kaufmännisches und infrastrukturelles FM einzuordnen ist.

Zu nennen ist in diesem Zusammenhang auch der Teilsystemanbieter, der im Gegensatz zum Systemanbieter keine vollumfängliche FM-Leistung, sondern nur Leistungen einer „Säule“ aus dem Drei-Säulen-Modell, z.B. das technische FM, anbietet.

In Abgrenzung dazu bieten **Dienstleister** lediglich einzelne ausgesuchte FM-Dienstleistungen an, wie z. B. Reinigungs- oder Wachdienstleistungen. Im Regelfall wird der Dienstleister in einem Vertragsverhältnis mit dem Systemanbieter stehen. Er kann aber auch in einer direkten Vertragsbeziehung zum Anwender/Nutzer stehen, wobei in letzterem Fall die Gefahr erheblicher Schnittstellenprobleme insbesondere in Bezug auf die Abgrenzung von Verantwortlichkeiten als Voraussetzung zur Abwehr einer Haftung (siehe hierzu unsere Ausführungen zur Betreiberverantwortung unter Ziffer 4) besteht.

Schließlich kommen in vielfältiger Weise **Dritte** mit der FM-Dienstleistung in Berührung. Dabei handelt es sich z. B. um die Mitarbeiter des Anwenders/Nutzers, da das FM nicht nur für die Einhaltung der Arbeitsschutzrichtlinien und das Wohlbefinden der Mitarbeiter am Arbeitsplatz sorgt, sondern insbesondere auch für die Gestaltung, Sauberkeit und Sicherheit zuständig ist und dadurch für eine Atmosphäre sorgt, in der sich Dritte wie z. B. Kunden wohlfühlen.

Seitens der Mitarbeiter und Kunden als Dritte existiert keine vertragliche Beziehung zum Systemanbieter und/oder Dienstleister. Demgegenüber bestehen zwischen den Mitarbeitern und dem Anwender/Nutzer u. U. Arbeitsverträge, aus denen sich Verpflichtungen des Anwenders/Nutzers als Arbeitgeber in arbeitsschutzrechtlicher Hinsicht ergeben. Das FM dient in diesem Fall dazu, die Einhaltung dieser Vorschriften zu gewährleisten. Daneben können sich auch sonstige rechtliche Beziehungen in Zusammenhang mit den Verkehrssicherungspflichten des Betreibers ergeben. So kann z. B. ein Mitarbeiter oder Dritter Schadensersatzansprüche nach Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) geltend machen, wenn er auf frisch gereinigten Flächen ausrutscht und sich eine Verletzung zuzieht. Diese Problematik spiegelt sich in der

Betreiberverantwortung (siehe hierzu unsere Ausführungen zur Betreiberverantwortung unter Ziffer 4) wider.

2. Rechtsgrundlagen

Das FM ist in das Gesetz- und Normungswesen eingebunden. Alle Teilgebiete des FM unterliegen **Gesetzen, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, technischen Regelwerken wie z.B. DIN-Normen**, etc. Dabei ist zwischen den Normen, die die zivil-, insbesondere die vertragsrechtliche Beziehung der Beteiligten regeln, und den öffentlich-rechtlichen Normen wie z.B. den Arbeitsschutzvorschriften zu unterscheiden. Als wichtige Rechtsgrundlagen sind hier beispielhaft zu nennen:

Technisches FM	Kaufmännisches FM	Infrastrukturelles FM
<ul style="list-style-type: none">• Instandhaltung/Sanierung (Werkvertragsrecht: §§ 631 ff. BGB, VOB/A, VOB/B, VOB/C, HOAI und sonstige allgemeinen technischen Regelwerke wie z.B. DIN 276 (Kosten im Hochbau), DIN 18 205 (Bedarfsplanung im Bauwesen), DIN 18 960 (Nutzungskosten im Hochbau), DIN EN 13 306 (Begriffe der Instandhaltung)• Energie und Umwelt (EnEG und EnEV)	<ul style="list-style-type: none">• Vermietung (Mietvertragsrecht: §§ 535 ff. BGB, Betriebskostenverordnung, Heizkostenverordnung)• Steuern (EStG, UStG)	<ul style="list-style-type: none">• Flächenmanagement (DIN 283, GiF-Richtlinien)• Arbeitsschutz (ArbSchG)• Dienstleistungsrecht (z.B. Reinigungs- und Wachdienste, §§ 611 ff. BGB)

Hinzu kommen die vergaberechtlichen Vorschriften, die bei der Vergabe von FM-Leistungen durch die öffentliche Hand zu beachten sind (GWB, VOL/A, VOB/A, SektVO, etc.).

Daneben gibt es Regelwerke, die zur Strukturierung und Systematisierung des FM, der Schaffung einer „gemeinsamen Sprache“, der Vereinheitlichung und Standardisierung und der Formulierung eines „Standes der Technik“ dienen. Beispielhaft seien hierfür folgende

Regelwerke aufgeführt:

- **DIN EN 15 221-1:**
Diese Norm dient insbesondere der Definition und Strukturierung der Inhalte des FM.
- **DIN EN 15 221-2:**
Diese Norm ist ein Leitfaden für die Ausarbeitung von vertraglichen Vereinbarungen in Bezug auf FM-Leistungen.
- **DIN EN ISO 9000:**
Diese Norm definiert qualitäts-, management-, organisations-, prozess- und produktbezogene Begriffe.
- **DIN 32 736:**
Diese Norm definiert Begriffe und Leistungen des GM.
- **GEFMA-Richtlinie 100-1:**
Die Richtlinie behandelt die Grundlage des FM und nimmt eine systematische Einordnung vor.
- **GEFMA-Richtlinie 100-2:**
Die Richtlinie stellt anhand eines Leistungsspektrums alle möglichen FM-Leistungen aus allen Lebenszyklusphasen zur Verfügung. Dies soll dem Anwender/Nutzer die Möglichkeit geben, das Profil des gewünschten FM-Spektrums zusammenzustellen und auf dieser Grundlage eine seinen Bedürfnissen entsprechende vertragliche Vereinbarung zu treffen.

Problematisch ist, dass sich aus den einschlägigen Gesetzen, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, etc. auf der einen und dem FM-spezifischen Richtlinienwerk auf der anderen Seite Differenzen im Verständnis wichtiger Begriffe und Inhalte ergeben können. Diese Differenzen liegen mitursächlich darin begründet, dass es weder eine FM-bezogene Gesetzgebung noch eine normierte Begriffsdefinition gibt und die Richtlinienverfasser keiner einheitlichen Struktur folgen.

Beispielhaft sei der Begriff der Instandhaltung angeführt. DIN 31 051 erläutert diesen Begriff hinsichtlich seiner technischen Inhalte und definiert ihn als Oberbegriff für die Inspektion, Wartung, Instandsetzung und Verbesserung. Demgegenüber kennen das Handelsgesetzbuch (§ 255 HGB) und die Steuergesetzgebung (Einkommensteuergesetz, Einkommensteuerrichtlinien, § 7 EStG und Ziffer 7.3 EStR) den Begriff Instandhaltung nur im Rahmen der Differenzierung zwischen Herstellungs- und Erhaltungsaufwand, die steuerlich unterschiedlich zu

behandeln sind. Eine Deckungsgleichheit der Begriffe in HGB, EStG/EStR und DIN besteht indes nicht.

Solche unterschiedlichen Begrifflichkeiten, aber auch Lücken im gesetzlichen Regelwerk sind insbesondere bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen. Die Aufgabe des Juristen ist es, etwaig unterschiedliche Definitionen und fehlende gesetzliche Grundlagen durch vertragsrechtliche Regelungen klarzustellen bzw. zu schaffen, so dass das tatsächlich Gewollte auch rechtlich durchgesetzt und eingefordert werden kann.

Praxishinweis: Aufgrund der fehlenden Kodifizierung des Rechtes des FM und aufgrund der nicht einheitlichen Begriffsdefinitionen ist eine sorgfältige Vertragsgestaltung von entscheidender Bedeutung.

Nachfolgend werden anhand des Drei-Säulen-Modells die wichtigsten Rechtsgrundlagen für das technische, kaufmännische und infrastrukturelle FM dargelegt. Vorab wird das Vergaberecht in Grundzügen dargestellt.

2.1 Vergaberecht

Das Vergaberecht normiert die Beschaffungstätigkeit öffentlicher Auftraggeber. Es regelt das „Wie“ der Beschaffung, nicht das „Ob“. Mit anderen Worten ist die Entscheidung, ob und mit welchen Mitteln der öffentliche Auftraggeber seinen Bedarf befriedigen will (**Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers**), keine vergaberechtliche, sondern primär eine haushaltsrechtliche Frage. Beschließt der öffentliche Auftraggeber bspw. seine Haustechnik doppelt so häufig warten zu lassen, als der Hersteller dies vorgibt, mag diese Entscheidung haushaltsrechtlich bedenklich sein. Vergaberechtlich ist diese Vorgabe nicht angreifbar.

Zu unterscheiden ist zwischen nationalem und europäischem (Kartell-)Vergaberecht. Das nationale Vergaberecht regelt die Vergabe von Aufträgen, deren Werte die sog. **EU-Schwellenwerte** nicht erreichen. Erreichen die geschätzten Auftragswerte die EU-Schwellenwerte oder überschreiten sie, müssen die Leistungen grds. EU-weit ausgeschrieben werden. An EU-weite Vergaben werden wesentlich strengere Anforderungen im Hinblick auf deren Transparenz und Publizität gestellt, der Rechtsschutz ist erheblich stärker ausgeprägt.

Praxishinweis: Die geschätzten Auftragswerte von Leistungen des FM erreichen den derzeit maßgeblichen Schwellenwert von 193.000,- €(netto) regelmäßig oder übersteigen ihn, sodass der Schwerpunkt der folgenden Erläuterungen auf dem EU-Vergaberecht (VOL/A und SektVO) liegt.

Das **EU-Vergaberecht** ist anzuwenden, wenn ein öffentlicher Auftraggeber (§ 98 GWB) einen öffentlichen Auftrag (§ 99 GWB) vergeben will, dessen geschätzter Wert die Schwellenwerte (§ 100 Abs. 1 GWB) erreicht oder überschreitet.

2.1.1 Öffentlicher Auftraggeber

Öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB und damit zur Beachtung des Vergaberechts verpflichtet sind:

- Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen (Länder, Landkreise, Gemeinden, etc.), § 98 Nr. 1 GWB,
- juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, deren Gründungszweck in der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art liegt und die staatlicher Kontrolle unterliegen (Rundfunkanstalten, kommunale Unternehmen, Krankenkassen, öffentliche Wohnungsbaugesellschaften, etc.), § 98 Nr. 2 GWB,
- Verbände, deren Mitglieder die zuvor genannten Anforderungen erfüllen (Wasser-, Abwasser- und Landeswohlfahrtsverbände, etc.), § 98 Nr. 3 GWB,
- öffentliche und private Sektorauftraggeber der Trinkwasser- oder Energieversorgung und des Verkehrs (Flughäfen, Häfen, Wasserwerke, Energieversorger, Verkehrsbetriebe, etc.), § 98 Nr. 4 GWB,
- Maßnahmen mit überwiegend öffentlicher Finanzierung (für Tiefbaumaßnahmen, die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Auslobungsverfahren), § 98 Nr. 5 GWB und
- Baukonzessionäre, § 98 Nr. 6 GWB.

Praxishinweis: Die Frage, ob ein Auftraggeber öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB ist, bedarf vor allem in den Fällen der § 98 Nr. 2 und Nr. 4 GWB regelmäßig einer vertieften Prüfung und Auswertung der Rechtsprechung.

2.1.2 Öffentliche Aufträge

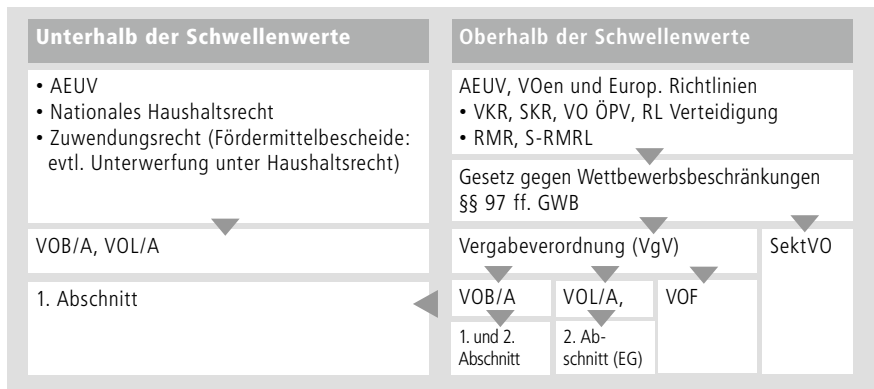
Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen u.a. über die Beschaffung von Leistungen (§ 99 GWB). FM-Leistungen sind regelmäßig **Dienstleistungsaufträge**.

Neben der Vergabe von FM-Leistungen als einheitlichem Auftrag kommt in Einzelfällen der Abschluss einer **Rahmenvereinbarung** mit einem oder mehreren Unternehmen als eine Möglichkeit zur flexiblen Vertragsgestaltung in Betracht. In einer Rahmenvereinbarung werden die (Rahmen-)Bedingungen festgelegt, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, § 4 EG VOL/A.

Solche Rahmenvereinbarungen sind gerade im GM sinnvoll, da die dort geregelten Rahmenbedingungen unabhängig vom konkreten Bestand des Immobilienportfolios sind und somit nicht für jede Immobilie ein eigener umfangreicher Vertrag ausgehandelt werden muss. Vielmehr reicht es aus, auf den Rahmenvertrag Bezug zu nehmen.

2.1.3 Vergaberechtsvorschriften

Das Vergaberecht basiert auf dem sog. **Kaskadenprinzip** (EU-Recht: AEUV, Richtlinien; nationales Recht: Gesetze, Verordnungen, Vergabe- und Vertragsordnungen wie VOL/A, VOF, VOB/A, SektVO; Vorschriften im Landesrecht: Vergabe- und Korruptionsgesetze, Verordnungen, Erlasse). Die jeweiligen Vergabe- und Vertragsordnungen regeln die Details und den Ablauf eines Vergabeverfahrens.



FM-Leistungen sind regelmäßig nach der **Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen** (VOL/A, Abschnitt 2: EG) zu beschaffen (vgl. hierzu auch **HFk – Sammlung der wichtigsten Rechtsvorschriften**, Vergabe von Liefer-, Dienst- und freiberuflichen Leistungen), wenn der Auftraggeber öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 bis 3 GWB (sog. **klassischer Auftraggeber**) und Nr. 5 ist. Die Vorschriften der **Sektorenverordnung** (SektVO) sind zu beachten (vgl. hierzu auch **HFk – Sammlung der wichtigsten Rechtsvorschriften**, Vergabe von Aufträgen im Bereich Verkehr, Trinkwasser und Energieversorgung), wenn der Auftraggeber öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 4 GWB ist (sog. **Sektorenauftraggeber**).

§ 1 EG VOL/A und § 4 SektVO unterscheiden in ihren **Anhängen I** jeweils zwischen „vorrangigen Dienstleistungen“ (Teil A) und „nachrangigen Dienstleistungen“ (Teil B). Während das Vergaberecht auf die in Teil A abschließend aufgezählten Leistungen in vollem Umfang anwendbar ist, findet auf die in Teil B aufgezählten Leistungen nur ein eingeschränktes Vergaberegime Anwendung. FM-Leistungen fallen unter Ziffer 1 des Teils A, so dass das Vergaberecht **uneingeschränkt** Anwendung findet.

2.1.4 Schwellenwerte

Überschreitet der zum Zeitpunkt der Vergabebekanntmachung geschätzte Auftragswert (netto) den für FM-Leistungen maßgeblichen **Schwellenwert** (derzeit 193.000,- EUR netto), sind die Leistungen EU-weit ausschreibungspflichtig. Berechnungsgrundlage für den geschätzten Auftragswert bei einem zeitlich begrenzten Auftrag mit einer Laufzeit von bis zu 48 Monaten ist dessen Gesamtwert über dessen Laufzeit; bei Aufträgen mit unbestimmter Laufzeit oder mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten der 48-fache Monatswert.

Die Schwellenwerte werden von der Kommission turnusmäßig alle zwei Jahre mittels einer EU-Verordnung, die in allen Mitgliedstaaten unmittelbar (also ohne Umsetzung) gilt, neu festgelegt. Die nächste Änderung erfolgt zum 01.01.2012.

2.1.5 Verfahrensgrundsätze

Das Vergabeverfahren wird von folgenden **Grundsätzen und Programmsätzen** geprägt, die der öffentliche Auftraggeber bei allen Entscheidungen im Vergabeverfahren zwingend beachten muss:

-
- Gleichbehandlungsgebot,
 - Wirtschaftlichkeitsgebot,
 - Transparenzgebot,
 - Wettbewerbsgebot,
 - Neutralitätsgebot und
 - Förderung mittelständischer Interessen.

Die Vergabe- und Vertragsordnungen gestalten die Grundsätze näher aus.

2.1.6 Der Ablauf eines Vergabeverfahrens

Der Ablauf eines Vergabeverfahrens gestaltet sich in der Regel wie folgt:

- Vorbereitung der Beschaffung: Definition des Auftragsgegenstandes, Schätzung des Auftragswertes, Wahl der Vergabeart, Zusammenstellung der Vergabeunterlagen, Sicherung einer ausreichenden Finanzierung, Bekanntmachung, Beginn der Dokumentation,
- *ggf. Bewerbungsphase/Teilnahmewettbewerb (nur Beschränkte Ausschreibung, Nicht-offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren),*
- Angebotsphase,
- Eingang und Öffnung der Angebote,
- Prüfung der Angebote,
- Aufklärungsgespräche/*ggf. Verhandlungen (nur Verhandlungsverfahren, Freihändige Vergabe),*
- Wertung der Angebote,
- Vorabinformation (§ 101a GWB),
- Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlag oder Aufhebung.

Über das Vergabeverfahren ist eine **Dokumentation** zu erstellen (§ 24 EG VOL/A, § 32 SektVO), in der die wesentlichen Entscheidungen des Auftraggebers (Wahl der Vergabeart, Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes, etc.) von Beginn des Vergabeverfahrens an fortlaufend und für einen nicht am Vergabeverfahren beteiligten Dritten transparent dargestellt werden müssen.

Praxishinweis: Auf die Abfassung der Dokumentation (Vergabevermerk) ist höchste Sorgfalt zu verwenden, da ein Vergabenachprüfungsverfahren allein wegen einer lückenhaften Dokumentation zugunsten des Bieters ausgehen kann.

2.1.7 Vergabearten

Bei Dienstleistungsaufträgen nach der VOL/A besteht ein grundsätzlicher **Vorrang des einstufigen Offenen Verfahrens**. Von diesem Grundsatz kann nur in Fällen abgewichen werden, die in § 3 EG VOL/A abschließend genannt sind. Auftraggeber nach der SektVO haben grundsätzlich die freie Wahl der Verfahrensart, § 6 SektVO. Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb ist gesondert zu begründen (vgl. zu den Einzelheiten **HFK – Sammlung der wichtigsten Rechtsvorschriften**, Vergabe von Liefer-, Dienst- und freiberuflichen Leistungen sowie **HFK – Sammlung der wichtigsten Rechtsvorschriften**, Vergabe von Aufträgen im Bereich Verkehr, Trinkwasser und Energieversorgung).

2.1.8 Fristen

Fristen im Vergabeverfahren sind angemessen zu bestimmen. Grundsätzlich gilt, dass sich die Festlegung einer Frist an der konkreten von den interessierten Unternehmen zu erwartenden Leistung (insbesondere bei der Bearbeitung der Vergabeunterlagen, Kalkulationsaufwand, etc.) orientieren muss, vgl. § 12 EG VOL/A, § 17 ff. SektVO.

2.1.9 Bekanntmachung

Die **Bekanntmachung** ist der formelle Beginn des Vergabeverfahrens (§ 15 EG VOL/A, § 12 ff. SektVO). Mit der Bekanntmachung eröffnet der Auftraggeber den Wettbewerb um den Auftrag.

Aufträge **oberhalb der Schwellenwerte** müssen grundsätzlich im Supplement zum Amtsblatt der EU (TED) veröffentlicht werden. Zusätzliche Veröffentlichungspflichten können sich aus landesrechtlichen Regelungen ergeben (z.B. die Hessische Ausschreibungsdatenbank HAD).

Praxishinweis: Das Vergabeverfahren muss zum Zeitpunkt der Vergabebekanntmachung „ausschreibungsreif“ sein. D.h., dass die Vergabeunterlagen fertiggestellt sein müssen und innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann.

2.1.10 Angebotsphase

Damit Bieter ein ordentlich kalkuliertes Angebot abgeben können, müssen ihnen die gesamten verfahrensrelevanten Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellt werden (**Aufforderung zur Angebotsabgabe** wie Anschreiben und ggfs. Bewerbungsbedingungen und **Vertragsunterlagen** als vorformuliertes Angebot wie Leistungsbeschreibung/Aufgabenbeschreibung, Besondere Vertragsbedingungen, Zusätzliche Vertragsbedingungen, etc., § 9 EG VOL/A).

In der **Leistungsbeschreibung** hat der Auftraggeber die Leistung so eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bieter sie im gleichen Sinne verstehen. Die Beschreibung hat grds. produktneutral zu erfolgen. Ungewöhnliche Wagnisse zu Lasten der Bieter, die eine seriöse Kalkulierbarkeit der Leistung nicht ermöglichen, sind unzulässig.

Praxishinweis: „Echte“ *Produktvorgaben* („genau dieses Produkt“) sind ausnahmsweise zulässig, wenn sie Folge sach- und auftragsbezogener Erwägungen zur Leistungsbestimmung sind (vgl. *OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.03.2010, VergR 46/09*). Der Zusatz „oder gleichwertig“ rechtfertigt die Vorgabe von Leitfabrikaten („dieses oder ein ähnliches Produkt“) nicht per se, sondern ist zwingender Zusatz, wenn die Anforderungen an das benötigte Produkt nicht hinreichend genau oder allgemeinverständlich beschrieben werden können (§ 8 Abs. 7 EG VOL/A, § 7 Abs. 9 SektVO).

Klarstellungen und die Beantwortung von Fragen können in der Angebotsphase vorgenommen werden. Der **Auftraggeber** ist verpflichtet, zu sachdienlichen Fragen unter Beachtung des Diskriminierungsverbots unverzüglich Angaben gegenüber allen Bietern zu machen. Auftraggeber haben dafür Sorge zu tragen, dass auch nach Erteilung sachdienlicher Auskünfte eine angemessene Restbearbeitungszeit vor Angebotsabgabe besteht. Dem **Bieter** obliegt es, eine unvollständige, fehlerhafte, unklare, mehrdeutige oder nicht kalkulierbare Leistungsbeschreibung zu rügen (Rügeobliegenheit, § 107 Abs. 3 GWB). Spekuliert ein Bieter auf Lücken oder Widersprüche in den Unterlagen, so kann er damit nicht nur die Durchsetzungsmöglichkeit im Rechtsschutz vor den Vergabekammern verlieren. Auch vertragsrechtliche Risiken gilt es abzuwägen.

Rechtzeitig eingegangene Angebote werden geöffnet und zur Prüfung und Wertung zugelassen.

2.1.11 Angebotsöffnung

Übermittelte Angebote sind mit **Eingangsvermerk** (Datum, Uhrzeit und Unterschrift der das Angebot entgegennehmenden Person) zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Elektronische Angebote sind auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt aufzubewahren.

Die **Öffnung der Angebote** wird von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam durchgeführt und dokumentiert. Die Angebote werden in allen wesentlichen Teilen, einschließlich Anlagen, gekennzeichnet. Bei Vergabearten mit **Teilnahmewettbewerb** ist mit übermittelten Teilnahmeanträgen entsprechend zu verfahren.

Praxishinweis: Die Vertreter des Auftraggebers müssen während der Angebotsöffnung ein „Echtes Vier-Augen-Prinzip“ einhalten. Eine wechselseitige „Genehmigung“ der Tätigkeiten reicht nicht aus.

2.1.12 Eignung

Aufträge werden grundsätzlich nur an **geeignete Unternehmen** vergeben, die also insbesondere über die für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderliche **Fachkunde, Leistungsfähigkeit sowie Gesetzestreue und Zuverlässigkeit** verfügen, § 97 Abs. 4 GWB. Abhängig von der jeweiligen Vergabeart findet die Prüfung der Eignung der Bieter anhand formaler Eignungsnachweise entweder in einem dem eigentlichen Angebotsverfahren vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb statt oder auf Grundlage der Angaben der Bieter in den eingegangenen Angeboten.

Von den Unternehmen dürfen zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nur Unterlagen und Angaben gefordert werden, die durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind. Grundsätzlich sind **Eigenerklärungen** zu verlangen (§ 7 EG VOL/A, § 20 ff. SektVO). Nach § 7 Abs. 4 VOL/A bzw. § 24 SektVO können Auftraggeber Eignungsnachweise zulassen, die durch **Präqualifizierungsverfahren** (abstrakte Vorprüfung der Eignung) erworben werden bzw. selbst Präqualifikationssysteme einrichten.

Praxishinweis: Der Auftraggeber hat sowohl bei der Aufstellung der Kriterien zur Eignungsprüfung als auch bei der Eignungsprüfung selbst einen nur eingeschränkt nachprüfbaren Beurteilungsspielraum.

2.1.13 Prüfung und Wertung

Die **Prüfung und Wertung** der Angebote ist das Kernstück des Verfahrens.

Erklärungen und Nachweise (Zertifikate, etc.), die trotz Anforderung des Auftraggebers bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegt werden, können bis zum Ablauf einer zu bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden. Fehlende **Preisangaben** können nur nachgefordert werden, soweit es sich um unwesentliche Einzelpositionen handelt, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen. Die SektVO regelt keine explizite Einschränkung der Nachforderungen. Die Grenzen werden hier durch die vergaberechtlichen Grundsätze gezogen.

Aufklärungen über Unklarheiten oder Widersprüche in den Angeboten dürfen Auftraggeber außerhalb des Verhandlungsverfahrens nur über das Angebot oder die Bieterreignung verlangen. Veränderungen des Angebotsinhaltes sind unzulässig.

Formal fehlerhafte Angebote (unvollständig, nicht unterschrieben, nicht form- und fristgerecht eingegangen, etc.) werden – ggf. nach erfolgloser Nachforderung – von der Wertung ausgeschlossen.

Prüfungsmaßstab für die **Angemessenheit des Preises** ist grundsätzlich die angebotene **Endsumme**. Nur ausnahmsweise können auch in sich abgeschlossene Angebotsteile oder wichtige Einzelpositionen betrachtet werden.

Der **Zuschlag** ist auf das unter Berücksichtigung aller bekanntgegebenen Kriterien **wirtschaftlichste Angebot** zu erteilen. Der niedrigste **Preis** ist bei der Vergabe von FM-Leistungen regelmäßig nicht allein entscheidend. Bedeutsam sind vielmehr die vom Auftraggeber in der Bekanntmachung oder der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorgegebenen Kriterien in ihrer jeweiligen Gewichtung. Sind die **Zuschlagskriterien** einmal bekanntgegeben, dürfen sie grds. nicht mehr verändert werden, ohne den Bietern Gelegenheit zu geben, ihre Angebote auf die geänderten Kriterien abzustimmen. Als Zuschlagskriterien kommen ausschließlich Kriterien in Betracht, die mit der konkreten Leistung im Zusammenhang stehen und deren wirtschaftlichen Wert beeinflussen. Bei FM-Leistungen kommen neben dem Preis folgende Kriterien in Betracht, die einen Schluss auf die Qualität der zu erwartenden Leistungsausführung erlauben:

-
- Personalkonzept,
 - Konzepte zum Betreiben mit/ohne CAFM,
 - Störungsmanagement,
 - Instandsetzung während/außerhalb der Normalarbeitszeit,
 - Schwachstellenanalyse,
 - Konzept zur Inspektion/Wartung,
 - Konzept für Energiesparmaßnahmen und
 - Innovationskonzept.

Praxishinweis: Der gesamte Wertungsprozess ist möglichst präzise zu dokumentieren, da die Vergabekammer nicht das Ergebnis selbst, sondern die Erwägungen der Vergabestelle prüft, die zu diesem Ergebnis geführt haben.

2.1.14 Nebenangebote

Nebenangebote können vom Auftraggeber zugelassen werden. Damit Nebenangebote oberhalb der Schwelle berücksichtigt werden können, müssen sie die vom Auftraggeber zuvor festgelegten Mindestanforderungen erfüllen. Haupt- und Nebenangebote werden gleich behandelt und gewertet. Nebenangebote müssen alle Daten und Angaben enthalten, die nötig sind, damit sich der Auftraggeber ein klares Bild über den Inhalt verschaffen kann.

2.1.15 Informationspflichten

Vorabinformationspflicht ist die Pflicht des Auftraggebers, die im Verfahren nicht berücksichtigten Bieter von der bevorstehenden Zuschlagserteilung auf das Angebot eines anderen Bieters zu informieren (§ 101 a GWB). Der Zuschlag darf nicht vor Ablauf einer Frist von 15 Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach Absendung der Vorabinformation, erteilt werden. Wird die Information per Fax oder auf elektronischem Wege versendet, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage. Schließt der Auftraggeber den Vertrag unter Verstoß gegen seine Pflichten aus § 101a GWB, so ist dieser Vertrag von Anfang an – allerdings zeitlich befristet – **unwirksam** (§ 101b GWB).

Praxistipp: Merkregel für die zwingenden Inhalte des Schreibens nach § 101a GWB:

- a) Wer soll es werden?
- b) Wann soll er es werden?
- c) Warum kann es der Adressat nicht werden?

2.1.16 Zuschlag

Der **Zuschlag** (Annahme des Angebotes) erfolgt in Schriftform, elektronischer Form oder mittels Telekopie, § 21 EG VOL/A. Mit der Zuschlagserteilung kommt der Vertrag zustande. Vertragsinhalte sind das Angebot inkl. aller Anlagen und ggf. Bieterprotokolle sowie die Unterlagen, die in den Vergabeunterlagen ausdrücklich zu Vertragsbestandteilen erklärt wurden. Das Vergabeverfahren ist mit wirksamer Erteilung des Zuschlags (keine Unwirksamkeit wegen § 101b GWB, § 134 BGB i.V.m. § 115 Abs. 1 GWB oder § 118 Abs. 3 GWB, § 138 BGB) beendet. Die Vergabekammer kann einen wirksam erteilten Zuschlag nicht wieder aufheben, § 114 Abs. 2 S. 1 GWB.

2.1.17 Aufhebung/Verzicht

Mit der **Aufhebung** des Vergabeverfahrens (§ 20 EG VOL/A, § 30 SektVO) gibt der Auftraggeber zu erkennen, dass er das Verfahren nicht durch Vertragsabschluss (Zuschlag) beenden will. Die Bieter sind unverzüglich zu informieren. Ein stillschweigendes „Auslaufen-Lassen“ des Verfahrens ist unzulässig.

Aufhebungsgründe für Vergabeverfahren nach der VOL/A liegen vor, wenn

- kein Angebot eingegangen ist, das den Bewerbungsbedingungen entspricht,
- sich die Grundlagen der Vergabeverfahren wesentlich geändert haben,
- das Vergabeverfahren kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat oder
- andere schwerwiegende Gründe bestehen.

In § 30 SektVO werden keine expliziten Gründe für die Rechtfertigung einer Aufhebung benannt. Die Grenzen ziehen die vergaberechtlichen Grundprinzipien.

Wird das Vergabeverfahren aus einem der vorgenannten Gründe aufgehoben, ist die Auf-

hebung rechtmäßig. Schadensersatzansprüche der Bieter bestehen in solchen Fällen nicht.

Der öffentliche Auftraggeber kann nicht zum Abschluss des Vertrages mit einem Bieter gezwungen werden (**kein Kontrahierungszwang**) und das Vergabeverfahren auch ohne rechtfertigende Gründe jederzeit beenden. In diesem Fall kommen aber **Schadensersatzansprüche** der Bieter in Betracht, die neben den Kosten für die Angebotserstellung im Einzelfall auch den entgangenen Gewinn umfassen können (§ 126 GWB, §§ 280, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB).

2.1.18 Rechtsschutz

Oberhalb der Schwellenwerte kann ein Bieter **Primärrechtsschutz** (gerichtet auf Erteilung des Zuschlags) vor der Vergabekammer in erster Instanz und vor dem Oberlandesgericht in zweiter Instanz sowie **Sekundärrechtsschutz** (gerichtet auf Schadensersatz) vor den Zivilgerichten geltend machen.

Die Vergabekammer wird nur auf **Antrag** eines Unternehmens (Bewerber oder Bieter) tätig. Das Unternehmen muss **antragsbefugt** im Sinne des § 107 GWB sein, d.h., Interesse am Auftrag haben, eine Verletzung in seinen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machen, und darlegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Das Unternehmen muss außerdem seiner **Rügeobliegenheit**, vgl. § 107 Abs. 3 GWB, gegenüber dem Auftraggeber fristgemäß nachgekommen sein. Rügt das Unternehmen nicht fristgemäß, ist ein auf diese Beschwerde gestützter Nachprüfungsantrag unzulässig.

Praxishinweis: Wegen zweier Entscheidungen des EuGH zu vergleichbaren Regelungen im Vereinigten Königreich und in Irland (C-406/08 und C-456/08, beide vom 28.01.2010) ist in der deutschen Rechtsprechung momentan ungeklärt, ob die Anforderung der „unverzüglichen“ Rüge gem. § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB europarechtskonform und die Norm daher anwendbar ist.

Das Verfahren vor der Vergabekammer wird vom **Beschleunigungsgrundsatz** (§ 113 Abs. 1 GWB) und vom **Untersuchungsgrundsatz** (§ 110 Abs. 1 GWB) geprägt. Die Vergabekammer ist bei ihrer gesamten Tätigkeit gehalten, das Vergabeverfahren nicht unangemessen zu beeinträchtigen (§ 110 Abs. 1 S. 4 GWB).

2.2 Rechtsgrundlagen des technischen FM

Das technische FM basiert auf spezifischen Rechtsgrundlagen, deren Kenntnis zumindest in Grundzügen von grundlegender Bedeutung ist.

Praxishinweis: Die Kenntnis der rechtlichen Grundlagen des FM ist für Nutzer/Anwender, (Teil-)Systemanbieter und Dienstleister unabdingbar, vermag aber eine kompetente Rechtsberatung nicht zu ersetzen.

Die wichtigsten Rechtsgrundlagen werden nachfolgend vorgestellt.

2.2.1 Werkvertragsrecht

Das Werkvertragsrecht ist im Bereich des technischen FM vor allem in Bezug auf alle baulichen Maßnahmen wie z.B. Sanierung, Instandhaltung, Instandsetzung, Umbau, etc. anwendbar.

2.2.1.1 BGB- oder VOB-Vertrag

Der Werkvertrag ist ein entgeltlicher gegenseitiger Vertrag. Bei den im Rahmen des FM relevanten Verträgen unterscheidet man zwischen so genannten BGB-Verträgen und VOB-Verträgen. Die grundlegenden Regelungen finden sich in §§ 631 ff. BGB (BGB-Vertrag). Darüber hinaus kann – als Allgemeine Geschäftsbedingung – die VOB/B vereinbart werden (VOB-Vertrag).

Praxishinweis: Einzelheiten zum Werkvertrag, insbesondere zum VOB/B-Vertrag sind in HFK-Kompakt – Privates Baurecht dargestellt.

2.2.1.2 Werkerfolg

In einem Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer (im Fall des FM: der (Teil-)Systemanbieter) zur Herstellung und Verschaffung des versprochenen individuellen Werkes. Das Besondere am Werkvertrag ist seine **Erfolgsbezogenheit**. Dies bedeutet, dass seitens des Unternehmers der vertraglich versprochene Leistungserfolg geschuldet wird. Durch diese

Erfolgsbezogenheit unterscheidet sich der Werkvertrag vom Dienstvertrag (siehe hierzu unsere Ausführungen unter Ziffer 2.3.1), der nur zur Erbringung der versprochenen Dienste verpflichtet. Die Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages bedeutet, dass der Unternehmer den vertraglich versprochenen Leistungserfolg herbeiführen muss, ohne dass es darauf ankommt, welchen (zeitlichen und/oder finanziellen) Aufwand er für die Herbeiführung des Werkerfolges betreiben muss. Da jeder Werkvertrag ein Leistungsversprechen beinhaltet, ist es ebenfalls ohne Bedeutung, ob der Unternehmer ohne sein Verschulden daran gehindert ist, den Leistungserfolg herbeizuführen.

Praxishinweis: Aufgrund der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages schuldet der Unternehmer den Werkerfolg. Daher ist es von entscheidender Bedeutung, den Werkerfolg (die zu erbringende Leistung) im Vertrag möglichst konkret zu definieren (vgl. zum Beispiel zur Frage der Haftung für Tauwasserbildung am Glasdach, *OLG Braunschweig IBR 2009, 400*; Schimmel- und Algenbefall am Wärmedämmverbundsystem, *LG München IBR 2008, 574*).

2.2.1.3 Vergütung

Als Gegenleistung für das versprochene Werk schuldet der Auftraggeber gemäß § 632 BGB eine Vergütung. Insoweit geht das Gesetz zunächst davon aus, dass die Parteien eine Vergütung vereinbaren. Sollten die Parteien keine Vergütung vereinbart haben, regelt § 632 Abs. 1 BGB zunächst, dass eine Vergütung als **stillschweigend** vereinbart gilt, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Dies wird bei Werkverträgen, welche im Rahmen des FM abgeschlossen werden, regelmäßig der Fall sein. Haben sich die Parteien auf eine Vergütung nicht geeinigt, so bestimmt § 632 Abs. 2 BGB, dass dann die taxmäßige Vergütung anzusetzen bzw. – falls es eine solche nicht gibt – die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist.

2.2.1.4 Leistungsbeschreibung

Dreh- und Angelpunkt des Werkvertrages ist die Leistungsbeschreibung. Aufgrund der Erfolgsbezogenheit hat der Werkunternehmer den geschuldeten Erfolg herbeizuführen. Ein Werkunternehmer kann sich bspw. nicht auf die Angaben in einem Leistungsverzeichnis für ein Dach berufen, wenn das Dach später nicht dicht ist. Der BGH hat insoweit unmissverständlich klargestellt: „Ein Dach muss dicht sein“ (*BGH BauR 2000, 411*). Daher muss bei der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses/einer Leistungsbeschreibung nicht nur auf die

technischen Einzelbeschreibungen, sondern auch auf den **vertraglich** geschuldeten Erfolg geachtet werden. Insofern ist bei einem Werkvertrag immer zwischen der technischen und der juristischen Leistungsbeschreibung zu unterscheiden. Während die technische Leistungsbeschreibung „nur“ die technisch zu erbringenden Leistungsinhalte enthält, ergibt sich aus der juristischen Leistungsbeschreibung, was der Werkunternehmer tatsächlich schuldet (*BGH IBR 2003, 117*). Dies kann weit über die technische Leistungsbeschreibung hinausgehen.

Praxishinweis: Bei einem Werkvertrag ist zwischen der technischen und der juristischen Leistungsbeschreibung zu unterscheiden. Jeder Vertragspartner eines Werkvertrages muss neben der technischen Leistungsbeschreibung auch die juristische Leistungsbeschreibung kennen, da diese letztlich für den zu erbringenden Leistungserfolg maßgeblich ist.

2.2.1.5 Abnahme

Von besonderer Bedeutung im Werkvertragsrecht ist die Abnahme. Die Abnahme ist eine Hauptpflicht des Auftraggebers. Unter Abnahme versteht man die Entgegennahme der vertraglich geschuldeten Werkleistung mit der ausdrücklich oder stillschweigend (*OLG Hamm IBR 2009, 266; OLG Düsseldorf BauR 2008, 1466*) erklärten Billigung, dass die Werkleistung im Wesentlichen dem Vertrag entspricht. An die Abnahme ist eine **Fülle von Rechtsfolgen** geknüpft. Die Rechtsfolgen der Abnahme sind bspw. das Ende des Erfüllungsstadiums, der Beginn des Gewährleistungszeitraumes und die Fälligkeit der Vergütung. Letztere setzt beim VOB/B-Vertrag noch zusätzlich die Einreichung einer prüffähigen Schlussrechnung und den Ablauf der zweimonatigen Prüffrist (§ 16 Abs. 3 VOB/B) voraus.

2.2.1.6 Kündigung

Der gesonderten Erwähnung bedarf das Kündigungsrecht des Bestellers, welches in § 649 BGB bzw. § 8 Abs. 1 VOB/B geregelt ist. Gemäß dieser Vorschriften darf der **Besteller** (im Fall des FM: der Anwender/Nutzer im Verhältnis zum (Teil-)Systemanbieter oder Dienstleister oder der (Teil-)Systemanbieter im Verhältnis zum Dienstleister) bis zur Vollendung des Werkes **jederzeit** und ohne wichtigen Grund den Vertrag kündigen. Dies hat die Vergütungsfolge, dass der Unternehmer die vereinbarte Vergütung verlangen kann (*OLG Brandenburg IBR 2008, 204*). Allerdings muss sich der Unternehmer anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen/Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

2.2.1.7 Haftung für Mängel

Im Falle der Mangelhaftigkeit des Werkes, d.h., bei Vorliegen von Sach- und/oder Rechtsmängeln, hat der Auftraggeber verschiedene Rechte bzw. Handlungsmöglichkeiten. Die maßgeblichen Regelungen finden sich in §§ 633 ff. BGB bzw. § 4 Abs. 7 VOB/B (vor Abnahme) / § 13 VOB/B (nach Abnahme).

Gemäß § 633 Abs. 1 BGB hat der Unternehmer dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Gemäß § 633 Abs. 2 S. 1 BGB ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Ist eine solche nicht vereinbart, muss das Werk die nach dem Vertrag vorausgesetzte, ansonsten die für die gewöhnliche Verwendung erforderliche Eignung aufweisen und im letzteren Fall von einer Beschaffenheit sein, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten darf.

Bauleistungen und andere Leistungen haben zudem den **allgemein anerkannten Regeln der Technik** zu entsprechen, auch wenn diese nicht ausdrücklich vertraglich vereinbart sind. Ist die VOB/B Vertragsbestandteil, ergibt sich aus § 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B, dass die allgemein anerkannten Regeln der Technik (VOB/C) ohne Weiteres Vertragsbestandteil sind. Allgemein anerkannte Regeln der Technik sind Regeln, die auf wissenschaftlichen Erkenntnissen und praktischen Erfahrungen beruhen und von fachkundigen Personen als richtig anerkannt werden. Dazu gehören insbesondere die DIN-Vorschriften des Normenausschusses Bauwesen im Deutschen Institut für Normung e.V., die Vorschriften des Verbandes Deutscher Elektrotechniker e.V. (VDE-Vorschriften) und die Vorschriften des Deutschen Vereins des Gas- und Wasserfaches e.V. (DVGW). Davon zu unterscheiden ist der **Stand der Technik**, der möglicherweise einen höheren aber noch nicht so grundlegend erprobten Leistungsinhalt berücksichtigt. Der Stand der Technik wird erfahrungsgemäß erst nachlaufend in einem Regelwerk umgesetzt, das dann jedoch zu beachten ist, da anderenfalls ein Mangel vorliegt (*BGHZ 139, 16*). Von diesen technischen Standards wiederum abzugrenzen ist der **Stand der Wissenschaft**, der das theoretisch Machbare, aber in der Praxis noch nicht Erprobte und noch nicht in ein Regelwerk Umgesetzte beinhaltet (*OLG Düsseldorf IBR 1998, 437*).

Zu beachten ist allerdings auch, dass **Herstellervorschriften** im Einzelfall den allgemein anerkannten Regeln der Technik vorgehen können (*BGH IBR 2009, 511*). Über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehende Anforderungen eines Herstellers für die Grund-

überholung bzw. Wartung sind demnach jedenfalls dann zu beachten, wenn die Sicherheit des Betriebs einer Anlage betroffen ist.

Praxishinweis: Der Unternehmer muss also nicht nur Kenntnis der allgemein anerkannten Regeln der Technik haben, sondern auch die (ggf. abweichenden bzw. darüber hinausgehenden) Herstellerangaben berücksichtigen, auch wenn ihm die Herstellerangaben nicht zugänglich sind.

Ausschlaggebend sind die im **Zeitpunkt der Abnahme** der jeweiligen Leistung allgemein anerkannten Regeln der Technik und nicht diejenigen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Im Einzelfall kann dies zu praktischen Unterschieden führen, wenn z.B. eine DIN-Norm im Laufe eines Bauvorhabens geändert wird. Allerdings wird dem Unternehmer, soweit er die Entwicklung des Regelwerkes nicht vorhersehen kann (z.B. durch Gelbdrucke), ein (zusätzlicher) Vergütungsanspruch zuerkannt.

2.2.1.7.1 Mängel vor Abnahme

Vor Abnahme hat der Auftraggeber einen auf Herstellung des mangelfreien Werks gerichteten Erfüllungsanspruch. Bei wesentlichen Mängeln kann die Abnahme verweigert und die Herstellung eines mangelfreien Werkes verlangt werden. Unter besonderen Umständen sind die Mängelrechte gemäß §§ 634 ff. BGB anwendbar. Ansonsten richten sich die Rechte und Pflichten bei einem BGB-Werkvertrag nach dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht (*BGH IBR 2009, 15*).

Beim VOB-Vertrag besteht nach § 4 Abs. 7 VOB/B die Besonderheit, dass der Auftraggeber, wenn der Auftragnehmer der Pflicht zur Mängelbeseitigung vor Abnahme nicht nachkommt, nach Fristsetzung mit Kündigungsandrohung den Auftrag (auch teilweise) nach § 8 Abs. 3 VOB/B kündigen kann, um den noch nicht vollendeten Teil der Leistung auf Kosten des Auftragnehmers durch eine Drittfirma ausführen zu lassen.

2.2.1.7.2 Mängel nach Abnahme

Tritt ein Mangel nach Abnahme auf, muss der Auftraggeber diesen zur Wahrung seiner Rechte gegenüber dem Auftragnehmer – nach § 13 Abs. 5 VOB/B schriftlich – rügen. Dazu ist nur die Angabe der Mangelsymptome und der genauen Örtlichkeiten notwendig, Ursachen müssen dagegen nicht genannt werden (vgl. zum „Fogging“ *BGH NJW 2008, 2432*).

Kommt der Auftragnehmer trotz **Mängelrüge** seiner Mängelbeseitigungspflicht nicht nach, sind die weiteren Rechte von der Setzung einer angemessenen **Nacherfüllungsfrist** (meist zusammen mit der Mängelrüge) abhängig, soweit diese nicht aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist. Nach Ablauf der Frist kann der Auftraggeber nach § 637 BGB bzw. § 13 Abs. 5 Ziffer 2 VOB/B die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen (so genannte **Selbstvornahme**).

Nach erfolglosem Ablauf der Nacherfüllungsfrist besteht auch das Recht auf Rücktritt, Minderung und (bei Verschulden) Schadensersatz. Beim VOB-Vertrag ist zu beachten, dass die Minderung nach § 13 Abs. 6 VOB/B nur möglich ist, wenn die Nacherfüllung vom Auftragnehmer wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit verweigert wird. Zum Schadensersatz enthält § 13 Abs. 7 VOB/B Sonderregelungen, die u.a. einen solchen Anspruch von der Wesentlichkeit des Mangels abhängig machen.

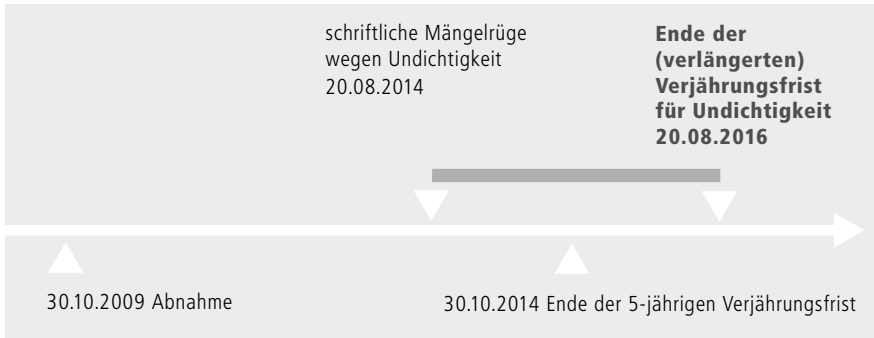
2.2.1.7.3 Verjährung

Über welchen Zeitraum die Mängelrechte ab Abnahme durchgesetzt werden können, hängt von der vereinbarten Verjährungsfrist (früher auch Gewährleistungsfrist genannt) ab. Wird keine Vereinbarung getroffen, gelten im BGB-Vertrag gemäß § 634 a BGB für Leistungen bei einem Bauwerk fünf Jahre, für die Herstellung, Veränderung und Wartung einer sonstigen Sache (nicht Bauwerk) zwei Jahre und für alle sonstigen Leistungen drei Jahre. Im VOB-Vertrag beträgt die Verjährungsfrist nach § 13 Abs. 4 VOB/B für Bauwerke vier Jahre, für andere Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht, und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen zwei Jahre. Die Verjährungsfrist für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen beträgt ein Jahr. Ist für Teile von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, nichts anderes vereinbart, beträgt für diese Anlagenteile die Verjährungsfrist zwei Jahre, wenn der Auftraggeber sich dafür entschieden hat, dem Auftragnehmer die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist **nicht** zu übertragen.

Erkennt der Auftragnehmer den Mangel an, beginnt die Verjährungsfrist erneut (§ 212 BGB). Die Verjährungsfrist verlängert sich auch unter den folgenden Voraussetzungen: Nach § 13 Abs. 5 Ziffer 1 Satz 2 VOB/B verjährt der Anspruch auf Beseitigung eines konkreten Mangels zwei Jahre nach Zugang der ersten schriftlichen Mängelrüge zu diesem Mangel, nicht jedoch

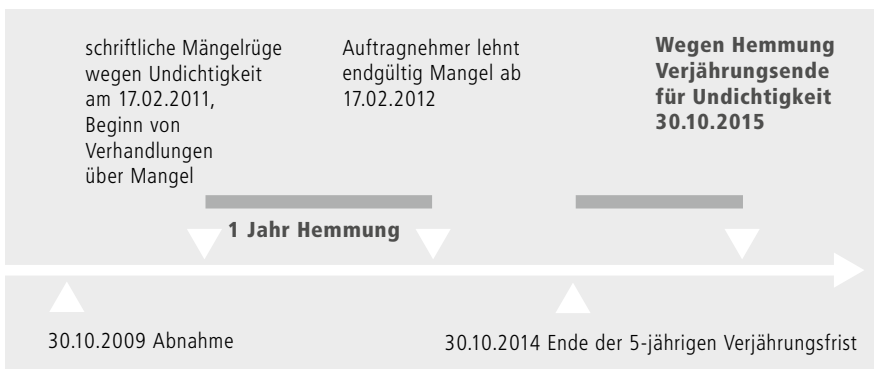
vor Ablauf der vereinbarten/regulären Verjährungsfrist. Wird bspw. kurz vor Ablauf der vereinbarten Verjährungsfrist ein Mangel wegen Undichtigkeit gerügt, verlängert sich die Verjährungsfrist für diesen konkreten Mangel um weitere zwei Jahre ab schriftlicher Rüge.

Schaubild Verjährungslauf



Zudem wird die Verjährung gemäß §§ 203, 204 BGB unter Anderem durch Verhandlungen über den Mangel und die Geltendmachung im Rahmen einer Klage oder eines selbständigen Beweisverfahrens gehemmt, d.h., der Zeitraum der Hemmung wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet.

Schaubild Hemmung der Verjährung



Grundsätzlich gilt, dass die Verjährung aufgrund der dargestellten Hemmungstatbestände für jeden Mangel einzeln zu betrachten ist (*BGH IBR 1993, 142; OLG München IBR 2007, 1127; OLG Hamm IBR 2009, 188*).

Praxistipp: Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen und Anspruchsvoraussetzungen ist bei Abschluss eines jeden Werkvertrages genau zu prüfen, ob die VOB/B mit einbezogen werden soll. Gerade bei FM-Verträgen ist dies von entscheidender Bedeutung für die Vertragsabwicklung.

2.2.1.7.4 Verjährung bei Mängelbürgschaften

Besondere Vorsicht ist bei Mängelbürgschaften geboten.

Praxistipp: Der erfahrene FM-Manager führt für die vertraglichen Mängelhaftungsfristen und die dafür erhaltenen Bürgschaften getrennte Verjährungskalendarien, um jederzeit die zutreffende Verjährungsfrist abrufen zu können.

Ansprüche gegen den Bürgen verjähren **unabhängig** von den Ansprüchen gegenüber dem Schuldner (Auftragnehmer) in drei Jahren nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld, d.h., wenn der Auftraggeber nach fruchtloser Fristsetzung gegenüber dem Auftragnehmer auf Geldzahlung gerichtete Mängelansprüche geltend machen kann und damit der bürgschaftsrechtliche Sicherungsfall eingetreten ist (*OLG Schleswig IBR 2009, 453; OLG Celle IBR 2008, 1282; BGH BauR 2008, 1885*).

Praxishinweis: In der Rechtsprechung sind aktuell Tendenzen erkennbar, die Entstehung des Bürgschaftsanspruchs erst dann anzunehmen, wenn der Auftraggeber seinen Geldanspruch gegenüber dem Auftragnehmer geltend macht (*OLG Frankfurt IBR 2011, 83*).

2.2.2 Energieeinsparverordnung (EnEV) und allgemein anerkannte Regeln der Technik

Die Energieeinsparverordnung (EnEV) regelt die bautechnischen Standardanforderungen an den effizienten Betriebsenergieverbrauch eines Gebäudes, die ein Bauherr bei der Errichtung und Änderung bzw. Erweiterung eines Gebäudes, teilweise auch bei Bestandsgebäuden, oder einer technischen Anlage einzuhalten hat. Mit der EnEV 2009, die am 01. Oktober 2009 in Kraft getreten ist, wurden die Anforderungen nochmals erhöht. Unter anderem wurden

bei Neubauten und Modernisierungen von Altbauten die Anforderungen hinsichtlich des Jahres-Primärenergiebedarfs um ca. 30 % und hinsichtlich des Gebäudewärmeschutzes um ca. 15 % verschärft.

Praxishinweis: Der Regelungsinhalt von EnEG und EnEV sind wesentlicher Bestandteil eines zukunftsfähigen FM, da sie Aspekte des Green Building/Nachhaltigen Bauens abdecken (vgl. unsere Ausführungen unter Ziffer 6.2.2 und **HFK-Kompakt**, Green Building/Nachhaltiges Bauen).

Die EnEV gilt insbesondere auch für Wohngebäude, Bürogebäude und bestimmte Betriebsgebäude. Welche Anforderungen für Neubauten und welche für Bestandsgebäude einzuhalten sind, ist jeweils gesondert festgelegt.

Die EnEV regelt neben den energetischen Anforderungen, die an ein Gebäude bzw. technische Anlagen/Einrichtungen gestellt werden, auch die Erbringung eines Nachweises über den Energiebedarf bzw. Energieverbrauch mittels des so genannten **Energieausweises**. Der Energieausweis ist ein Dokument, das das Gebäude energetisch bewertet. Er ist bei Neubauten oder Änderungen von Gebäuden auf der Grundlage des Energiebedarfs zu erstellen, der anhand der Vorgaben aus der EnEV rechnerisch ermittelt wird (so genannter **Bedarfsausweis**, § 5a EnEG). Für bestehende Gebäude kann der Energieausweis, mit einigen im Gesetz genannten Ausnahmen, auch auf Grundlage des tatsächlichen (gemessenen) Energieverbrauchs der vergangenen drei Jahre erstellt werden (so genannter **Verbrauchsausweis**, § 5a EnEG).

Hinsichtlich der letztgenannten Form des Energieausweises wird überwiegend moniert, dass er dem Bedarfsausweis unterlegen sei, da nur dieser Modernisierungsempfehlungen im Hinblick auf Anlagentechnik und Gebäudedämmung geben kann. Dem erfahrenen FM-Manager ist jedoch bewusst, dass Bedarfsausweise tendenziell eine zu schlechte Bewertung von Gebäuden mit hohen Bedarfswerten ergeben. Wird dann hinsichtlich der Modernisierungsempfehlungen der tatsächliche Verbrauch außer Acht gelassen (für dessen Ermittlung besteht beim Bedarfsausweis keine Pflicht), sind häufig nicht erreichbare Einsparversprechen und falsche Rentabilitätsberechnungen die Folge. Eine angemessene Beurteilung der energetischen Qualität ist ohne Berücksichtigung des tatsächlichen Verbrauches erfahrungsgemäß nicht möglich.

Von der Pflicht zur Vorlage des Energieausweises waren bis Januar 2009 nur bestimmte

Wohngebäude betroffen. Seit Januar 2009 ist jeder Vermieter oder Verkäufer von Wohnraum verpflichtet, einen Energieausweis auf Verlangen eines potentiellen Mieters oder Käufers vorzulegen. Nichtwohngebäude, also Gebäude, die z.B. der Büronutzung dienen, benötigen einen Energieausweis ab Juli 2009.

Verstöße gegen die im Hinblick auf die Energieausweise eingeführten Pflichten sind in Form von Ordnungswidrigkeitstatbeständen sanktioniert (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 EnEG i.V.m. § 27 Abs. 2 EnEV). **Ordnungswidrig** (und damit bußgeldbewehrt) handelt, wer entgegen § 16 Abs. 2 S. 1 bzw. S. 2 EnEV vorsätzlich oder fahrlässig einen Energieausweis nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig zugänglich macht.

Die EnEV benennt den Personenkreis genau, der zur Erstellung von Energieausweisen für bestehende Gebäude berechtigt ist. Im Übrigen sind die Landesgesetzgeber für die Benennung von Aussteller-Stellen zuständig. In Hessen kann bspw. der TÜV-Hessen Energieausweise erstellen.

Problematisch ist, ob ein Mieter Mängelansprüche geltend machen kann, wenn der im Energieausweis dokumentierte Zustand nicht der Realität entspricht. Konkretisiert der Energieausweis den vertraglich geschuldeten Zustand der Mietfläche oder wird die im Energieausweis dokumentierte Beschaffenheit zugesichert, kommen Ansprüche wegen Mängeln in Betracht (*BGH ZMR 2004, 425; BGH NZM 2005, 60*). Entsteht dem Anwender/Nutzer dadurch ein Schaden, kann er ggf. gegenüber dem Vermieter und dieser ggf. wiederum gegenüber dem FM-Unternehmen Regress nehmen. Darüber hinaus kommt ein Anfechtungsrecht des Mieters in Betracht, wenn sich der Mieter auf Grundlage des Energieausweises über die energetische Beschaffenheit des Mietobjekts irrt.

Praxistipp: Jedem FM-Manager kann nur geraten werden, für die von ihm betreuten Objekte inhaltlich richtige Energieausweise (unter Haftungsinanspruchnahme des Ausstellers) erstellen zu lassen und darüber hinaus mögliche Regressansprüche seines Auftraggebers vertragsrechtlich zu regeln (d.h., wirksam auszuschließen).

2.3 Rechtsgrundlagen des kaufmännischen FM

Auch im kaufmännischen FM besteht für den FM-Manager das Erfordernis, die maßgeblichen Rechtsgrundlagen in ihren Grundzügen zu kennen. Dabei werden Leistungen des

kaufmännischen FM insbesondere bei nicht selbst genutzten Immobilien des Anwenders/ Nutzers anfallen.

2.3.1 Mietrecht

Das Mietvertragsrecht ist in den §§ 535 ff. BGB geregelt. Weitere Vorschriften finden sich in Spezialgesetzen (z.B. Heizkostenverordnung, Betriebskostenverordnung).

Grundsätzlich ist zwischen Wohnraum- und Gewerberaummietrecht zu unterscheiden. Für das **Wohnraummietrecht** enthält das Gesetz zahlreiche Sondervorschriften, die im Wesentlichen dem Schutz des Wohnraummieters dienen.

Dem **Gewerberaummietrecht** kommt eine herausragende wirtschaftliche Bedeutung zu. Es ist für den FM-Manager von entscheidender Bedeutung und bildet einen Schwerpunkt unserer Beratung. So wird die Werthaltigkeit einer Gewerbeimmobilie im Wesentlichen durch ihre Vermietung bestimmt. Miethöhe und Laufzeit des Mietvertrages sind in aller Regel bei einer Veräußerung der Immobilie maßgebend für den Kaufpreis. Des Weiteren werden Mietverhältnisse über Gewerbeflächen häufig fest über einen langen Zeitraum abgeschlossen. Eine zehnjährige Vertragslaufzeit ist insoweit eher die Regel als eine Ausnahme. Die im Mietvertrag getroffenen Regelungen – etwa über Miete, Nebenkosten und Schönheitsreparaturen – haben daher über einen langen Zeitraum Geltung. Dementsprechend zeitigen fehlerhafte oder lückenhafte Regelungen schwerwiegende Auswirkungen.

Praxistipp: Der FM-Manager muss größten Wert auf eine rechtlich einwandfreie Gestaltung von Mietverträgen legen, da anderenfalls Regressansprüche seitens des Anwenders/Nutzers drohen.

Die folgenden Ausführungen beziehen sich überwiegend auf das Gewerberaummietrecht und gehen nur am Rande – dann ausdrücklich erwähnt – auf das Wohnraummietrecht ein.

2.3.1.1 Form des Mietvertrages

Grundsätzlich kann ein Mietvertrag formfrei, d.h., auch mündlich abgeschlossen werden. Wird der Mietvertrag jedoch für einen längeren Zeitraum als ein Jahr abgeschlossen, bedarf er der **Einhaltung der gesetzlichen Schriftform** (§§ 550, 578 Abs. 2, 126 BGB). Dieses

Schriftformerfordernis bei langfristigen Mietverträgen verfolgt in erster Linie den Zweck, den Erwerber der Immobilie über seine künftigen Rechte und Pflichten zu informieren, tritt er doch mit dem Erwerb der Immobilie zwingend in das bestehende Mietverhältnis ein (§ 566 Abs. 1 BGB).

Um dem Schriftformerfordernis zu genügen, müssen alle wesentlichen Vertragsinhalte schriftlich festgehalten werden. Der Mietgegenstand ist genau zu bezeichnen. Die Lage der Mieträume ist ggf. anhand von beigefügten Plänen, die Beschaffenheit ggf. anhand von Baubeschreibungen zu präzisieren. Der Mietvertrag muss mindestens auch Angaben über die Parteien, die Miethöhe sowie den Umlageschlüssel der Nebenkosten, die Mietdauer sowie den Nutzungszweck enthalten (*BGH NJW 2007, 3202; OLG Düsseldorf IMR 2007, 384; OLG Frankfurt ZMR 2007, 532*).

Wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Urkunde ist darüber hinaus sicher zu stellen, dass der Mietvertrag sowie alle zugehörigen Anlagen und ergänzenden Dokumente miteinander verbunden sind. Die Rechtsprechung hat sich insoweit zwar in den letzten Jahren etwas gelockert (*BGHZ 160, 97*), gleichwohl empfiehlt es sich, alle Vertragsbestandteile durch Heften, Ösen, Binden, etc. fest miteinander zu verbinden.

Auch spätere wesentliche Vertragsänderungen (z.B. eine Veränderung von Mietflächen, Vertragsverlängerung oder Reduktion der Miete) müssen durch formgerechte Nachträge festgehalten werden (*BGH NJW 2008, 365*), die ebenfalls mit dem Hauptmietvertrag fest verbunden werden sollten, zumindest jedoch textlich auf den Hauptmietvertrag ausdrücklich und eindeutig Bezug nehmen müssen. Bei bestehenden Mängeln hinsichtlich der Schriftform können diese durch formwirksamen Nachtrag geheilt werden (*BGH vom 29.04.2009, XII ZR 142/07, IBR-online*). Zu beachten ist andererseits, dass ein formunwirksamer Nachtrag den bis dahin formwirksamen Hauptmietvertrag infiziert. Es liegt dann insgesamt ein nicht schriftformgerechter Mietvertrag (mit der Folge des § 550 S. 1 BGB – siehe hierzu nachstehend) vor (*BGH NJW 1987, 948*).

Praxistipp: Der hervorragende FM-Manager achtet nicht nur (selbstverständlich) darauf, dass von ihm neu abgeschlossene Mietverträge dem Schriftformerfordernis entsprechen, sondern veranlasst bei Übernahme eines bereits vermieteten Objekts die qualifizierte Prüfung (Due Diligence) der bestehenden Mietverträge, um den Anwender/Nutzer auf etwaige Risiken hinweisen und Lösungsmöglichkeiten (insbesondere Heilung durch formwirksamen Nachtrag) initiieren zu können.

Erfüllt der Vertrag die Schriftformkriterien nicht, besteht die Rechtsfolge nicht, wie sonst bei Formverstößen üblich, in der Nichtigkeit des Vertrages. Vielmehr tritt die gesetzliche Fiktion ein, dass der Mietvertrag als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt (§ 550 S. 1 BGB). Dies hat zur Folge, dass der Mietvertrag – ungeachtet der vereinbarten festen Laufzeit – bereits vorzeitig nach den gesetzlichen Vorschriften gekündigt werden kann (§ 542 Abs. 1 BGB), d.h., insbesondere unter Einhaltung der **gesetzlichen Kündigungsfrist** gemäß § 580a Abs. 2 BGB (spätestens am 3. Werktag eines Quartals zum Ablauf des nächsten Quartals, mithin rund sechs Monate). Darüber hinaus besteht die Folge, da eine nicht angreifbare Wertsicherungsvereinbarung (siehe dazu nachstehend) eine mindestens 10-jährige Vertragslaufzeit voraussetzt, dass auch eine solche Vereinbarung bei Formunwirksamkeit des Mietvertrages keinen Bestand hat. Infolgedessen entfällt die Durchsetzbarkeit der Indexierung der Miete.

In der Praxis werden häufig sog. Schriftformheilungsklauseln in den Vertrag aufgenommen, nach denen sich beide Parteien verpflichten, im Falle eines Schriftformmangels auf dessen Heilung hinzuwirken. Eine Kündigung unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform soll dann treuwidrig sein. Bislang wurde die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung jedoch vom BGH nicht bestätigt (*BGH NJW 2007, 3202*).

Praxishinweis: Auf die Einhaltung der Schriftform ist wegen der gravierenden Folge der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung mit der gesetzlichen, kurzen Kündigungsfrist äußerste Sorgfalt zu verwenden. Es drohen insoweit nicht nur Schäden beim Vermieter, sondern auch Schadensersatzverpflichtungen des unaufmerksamen FM-Managers.

2.3.1.2 Allgemeine Geschäftsbedingungen

In der Praxis ist es üblich, dass der Vermieter den Mietvertrag stellt. Die Mietverträge sind häufig standardisiert, d.h., für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert. Selten sind Mietverträge hinsichtlich ihrer Regelungen im Einzelnen ausgehandelt.

Bei derartigen Formularmietverträgen ist das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), das in den §§ 305 ff. BGB geregelt ist, zu beachten. Danach können einzelne Vertragsklauseln unwirksam sein, wenn sie z.B. überraschend für den Vertragspartner sind oder diesen unangemessen benachteiligen. Zum Recht der AGB existiert eine umfangreiche Kasuistik (*BGH NZM 2011, 150; BGH IMR 2009, 2; OLG Köln IMR 2008, 158; OLG Düsseldorf IMR*

2007,11; OLG Koblenz IMR 2006, 1023; Lehmann-Richter NZM 2011, 57). Ist eine Klausel wegen eines Verstoßes gegen das Recht der AGB unwirksam, gilt die **gesetzliche Regelung**, die in der Regel mieterfreundlich ist. Regelt die unwirksame Klausel allerdings einen wesentlichen Vertragsinhalt, so kann dies zur Folge haben, dass die **Schriftform** des Vertrages nicht eingehalten ist, mit der weiteren Folge (siehe hierzu unsere Ausführungen unter Ziffer 2.3.1.1), dass der Mietvertrag mit gesetzlicher Frist – und damit ggf. gravierend vor dessen vertraglichem Beendigungszeitpunkt – gekündigt werden kann.

Praxishinweis: Bei der Vertragsgestaltung muss das AGB-Recht auf der Grundlage der jeweils aktuellen Rechtsprechung peinlich genau beachtet werden. Dies erfordert in aller Regel die Beiziehung eines erfahrenen Mietrechtsexperten.

2.3.1.3 Übergabeprotokoll

Bei der Übergabe des Mietgegenstandes sollten die Parteien ein Übergabeprotokoll anfertigen, in dem der Zustand der Mietsache, Zählerstände sowie etwaige Mängel aufgenommen werden. Eine gesetzliche Verpflichtung hierzu besteht zwar nicht, gleichwohl empfiehlt sich die Erstellung eines Übergabeprotokolls zu **Beweis Zwecken**. Streiten die Parteien später darüber, ob ein bestimmter Mangel bereits bei Mietbeginn vorlag oder nicht, z.B. im Zusammenhang mit einer Mietminderung, kann ein Übergabeprotokoll die Beweisführung erheblich erleichtern.

Hat der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses, wie häufig vereinbart, seine Einbauten zu entfernen und den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen, kann sich die Ermittlung dieses Zustands – insbesondere bei langjährigen Mietverhältnissen – als schwierig erweisen. Ein detailliertes Übergabeprotokoll erweist sich hier in aller Regel als äußerst hilfreich.

Auf keinen Fall jedoch darf das Übergabeprotokoll materiell-rechtliche (inhaltliche) mietvertragliche Regelungen enthalten, auch wenn dies den Parteien ggf. zweckmäßig erscheinen mag, etwa weil bestimmte Regelungen vergessen oder aufgrund geänderter Umstände nach Abschluss des Mietvertrages erforderlich werden. Vom Mietvertrag abweichende Regelungen, z.B. zum Mietbeginn oder zur Miethöhe oder zur Fälligkeit der Miete (*BGH IMR 2008, 41*), müssen in einem förmlichen Nachtrag zum Mietvertrag festgehalten werden. Anderenfalls kann ein Verstoß gegen das Schriftformgebot (siehe hierzu unsere Ausführungen

unter Ziffer 2.3.1.1) vorliegen, mit der Folge der Kündbarkeit des Mietvertrages mit der gesetzlichen (kurzen) Kündigungsfrist.

Praxistipp: Der Zustand der Mieträume sollte in einem Übergabeprotokoll sorgfältig und detailliert, ggf. mit Fotos, dokumentiert werden. Zugleich darf das Protokoll keine inhaltlichen mietvertraglichen Regelungen enthalten!

2.3.1.4 Wertsicherungsklauseln

Die Höhe der Miete richtet sich nach der vertraglichen Vereinbarung. Ist die vereinbarte Miete zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausgewogen verhandelt und angemessen hoch, kann sich dies im Laufe des Mietverhältnisses insbesondere infolge der allgemeinen Geldentwertung ändern. Gerade bei langfristigen Mietverhältnissen können sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen z.B. durch Inflation oder Änderung der marktüblichen Miete verschieben. Um das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis zu wahren, ist es im Gewerbemietrecht weit verbreitet, Wertsicherungsklauseln zu vereinbaren. Diese können grundsätzlich auch formularmäßig im Rahmen von AGB vereinbart werden.

Die Parteien können z.B. vereinbaren, dass die Höhe der Miete entsprechend des vom Statistischen Bundesamt ermittelten Verbraucherpreisindexes anzupassen ist (*BGH NJW 1990, 115*; siehe hierzu auch *BGH IMR 2009, 197*: Der Verbraucherpreisindex ersetzt einen nicht mehr fortgeschriebenen Index).

Eine dahingehende Klausel ist allerdings nur unter den Voraussetzungen des seit dem 14.09.2007 geltenden **Preisklauselgesetzes** zulässig. Das Preisklauselgesetz hat die Preisklauselverordnung mit einigen signifikanten inhaltlichen Änderungen ersetzt.

Maßgebende Zulässigkeitskriterien einer Wertsicherungsklausel sind demnach:

- Die Miete muss durch die Änderung eines vom Statistischen Bundesamt oder einem Statistischen Landesamt ermittelten Preisindexes für die Gesamtlebenshaltung oder eines vom Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaft ermittelten Verbraucherpreisindexes bestimmt werden.
- Der Vermieter muss für einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet oder das Mietverhältnis eine Laufzeit von min-

destens 10 Jahren haben oder dem Mieter muss die Möglichkeit zur Verlängerung des Mietverhältnisses auf mindestens 10 Jahre eingeräumt sein.

- Die Anpassung muss sowohl zugunsten des Mieters als auch zugunsten des Vermieters eingreifen.

Zu beachten ist, dass der Mietvertrag bei einem Verstoß gegen das Schriftformgebot (siehe hierzu unsere Ausführungen unter Ziffer 2.3.1.1) ordentlich kündbar ist mit der Folge, dass die oben genannte 10-Jahres-Frist nicht eingehalten wird. Die betreffende Wertsicherungsklausel ist dann jedenfalls unzulässig.

Anders als noch unter der Geltung der Preisklauselverordnung führt die **Unzulässigkeit** einer Wertsicherungsklausel allerdings nicht mehr **unmittelbar** zur **Unwirksamkeit**. Vielmehr tritt die Unwirksamkeit der in Frage stehenden Wertsicherungsklausel gemäß § 8 des Preisklauselgesetzes erst zu dem Zeitpunkt ein, in dem die Unzulässigkeit rechtskräftig festgestellt ist. Eine unzulässige Wertsicherungsklausel ist daher – vorbehaltlich einer anderweitigen mietvertraglichen Regelung – bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils anzuwenden.

Praxistipp: Die Wertsicherungsklausel sollte eine automatische Anpassung bei Erreichen des jeweiligen Schwellenwertes regeln, nicht erst eine Anpassung ab ausdrücklichem Verlangen. Dies vermeidet etwaige Verluste durch zeitlich verzögerte Mitteilung (vgl. *OLG Düsseldorf IMR 2008, 343*).

2.3.1.5 Betriebs- und Nebenkosten

Die Nebenkosten machen einen beträchtlichen Anteil der Zahlungsverpflichtungen eines Mieters aus. Darüber hinaus kennzeichnet die Gestaltung und Abrechnung der Betriebs- und Nebenkosten ein wesentliches Betätigungsfeld des FM-Managers. Nach dem Gesetz hat der Vermieter die Nebenkosten zu tragen, die nicht kraft vertraglicher Vereinbarung der Mieter zu bezahlen hat (§ 556 BGB). Der Vermieter hat dementsprechend großes Interesse daran, die Tragung der Betriebs- und Nebenkosten möglichst umfassend dem Mieter aufzuerlegen.

Die Fülle der zu den Nebenkosten ergangenen und noch ergehenden Gerichtsentscheidungen (*OLG Düsseldorf IMR 2008, 341; 2008, 239; BGH IMR 2008, 188; 2008, 110; OLG*

Köln IMR 2008, 158; KG IMR 2006, 181; BGH IMR 2006, 42; IBR 2005, 1055) zeigt ein-drucksvoll, wie konfliktrüchtig gerade auch dieser Bereich ist.

Praxishinweis: : Um Streitigkeiten mit dem Mieter möglichst zu vermeiden und die Gefahr, dass der Vermieter, also der Vertragspartner des FM-Managers, auf grundsätzlich umlegbaren Kosten sitzen bleibt, von vorne herein auszuschließen, hat der Vertrag die Übertragung der Nebenkosten möglichst genau und transparent zu regeln.

Begrifflich ist zwischen Nebenkosten und Betriebskosten zu unterscheiden. **Nebenkosten** verstehen sich hierbei als der Oberbegriff, der gesetzlich jedoch nicht definiert ist. Im Allgemeinen umfasst dieser Begriff alle regelmäßig wiederkehrenden Zahlungen, die der Mieter neben der Miete zu erbringen hat. **Betriebskosten** sind demgegenüber gesetzlich definiert (§ 556 Abs. 1 S. 2 BGB). Danach sind Betriebskosten diejenigen Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder das Erbbaurecht am Grundstück oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen.

Zur näheren Bestimmung, welche Kosten im Einzelnen unter den Begriff der Betriebskosten fallen, wurde die **Betriebskostenverordnung** (BetrKV) erlassen, die mit Wirkung ab 01.01.2004 die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV ersetzt hat. Die BetrKV gilt zwar in erster Linie für Wohnraummietverhältnisse, wird aber auch bei Geschäftsraumietverträgen zur Auslegung herangezogen, wenn sie nicht ohnehin ausdrücklich in den Vertrag einbezogen ist. Während bei der Wohnraummiete nur die in der BetrKV genannten Betriebskosten dem Mieter auferlegt werden können, ist dies bei der Gewerberaumietmiete auch für darüber hinausgehende Neben- und Betriebskosten zulässig.

Besondere Bedeutung hat dabei in der Praxis die Umlage der Kosten für die Verwaltung des Mietobjekts. **Verwaltungskosten** werden in § 1 Abs. 2 BetrKV ausdrücklich vom Begriff der Betriebskosten ausgenommen. Der Vermieter von Gewerberäumen kann die Kosten für die Verwaltung jedoch durch eine ausdrückliche mietvertragliche Regelung dem Mieter auferlegen und zwar auch pauschaliert. Eine entsprechende Formalklausel darf den Mieter jedoch nicht unangemessen entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben benachteiligen (§ 307 Abs. 1 BGB). Letzteres kann insbesondere bei einer Pauschale (prozentual auf die Nettomiete bezogen) der Fall sein. So überschreitet z.B. eine formularmäßige Vereinbarung einer jährlichen Verwaltungspauschale von 4% der Jahresnettomiete wohl die Grenze der Angemes-

senheit mit der Folge, dass die Umlage auf den Mieter unwirksam ist und Verwaltungskosten dem Mieter dann überhaupt nicht auferlegt werden können (vgl. auch *OLG Köln NZM 2008, 368; 2006, 701*).

Praxistipp: Bei der beabsichtigten mietvertraglichen Umlage von Verwaltungskosten auf den Mieter (nur bei der Gewerberaummietae zulässig!), sollte jeweils die aktuelle Rechtsprechung genau überprüft werden. Nach derzeitigem Stand erscheint eine betragliche Festlegung deutlich rechtssicherer als eine prozentuale Regelung.

Wird über die Verwaltungskosten im Einzelnen im Rahmen der Nebenkostenabrechnung abgerechnet, ergibt sich für den Vermieter häufig die Problematik der **Kostentrennung**. Übernimmt der Verwalter das gesamte FM, erbringt der Verwalter regelmäßig auch Dienstleistungen, die ausschließlich dem Vermieterinteresse dienen. Die hierauf entfallenden Kosten sind herauszurechnen und vom Vermieter zu tragen. Der Vermieter benötigt insoweit für seine Nebenkostenabrechnungen gegenüber den Mietern eine geeignete Grundlage.

Praxistipp: Der FM-Manager sollte – ob vertraglich verpflichtet oder nicht- in seinen Rechnungen an seinen Auftraggeber zwischen den umlagefähigen Verwaltungskosten (Tätigkeiten, die auch im Interesse des Mieters erfolgen) und den nicht umlagefähigen Verwaltungskosten (Tätigkeiten ausschließlich im Vermieterinteresse) differenzieren und diese jeweils gesondert ausweisen.

Streit entsteht zudem häufig über die Umlegung der Kosten für Instandhaltung und Instandsetzung. Diese werden in § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV ausdrücklich vom Begriff der Betriebskosten ausgenommen, so dass diese bei der Wohnraummietae nicht umgelegt werden können. Im Rahmen von Gewerberaummietverträgen können die Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten bzw. deren Kosten dagegen grundsätzlich vertraglich dem Mieter auferlegt werden. Die Rechtsprechung setzt hier allerdings im Rahmen formularmäßiger Regelungen (AGB-rechtliche) Grenzen der Zulässigkeit (*BGH NZM 2005, 863; OLG Dresden NJW-RR 1997, 395*).

Generell ist bei der Umlegung von Nebenkosten zu beachten, dass die Kosten den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung zu entsprechen haben. Die Kosten müssen in einem angemessenen **Kosten-Nutzen-Verhältnis** stehen (*BGH WuM 2008, 29*), wobei dem Vermieter ein gewisser Entscheidungsspielraum zugestanden wird (als billiges Ermessen i. S. v. § 315 BGB oder Beurteilungsspielraum; die Einzelheiten hierzu sind juristisch

streitig). Das bedeutet, dass der Vermieter (und damit das FM) zum Einen keine unnötigen Kosten generieren darf, zum Anderen müssen die Kosten der Höhe nach ortsüblich und plausibel sein.

Praxistipp: Dem FM-Manager ist zu raten, die Kriterien, die er seiner Entscheidung zwischen verschiedenen Angeboten oder Verhaltensmöglichkeiten zugrunde legt, zeitnah und schriftlich fest zu halten und auch nicht angenommene (Vergleichs-)Angebote zu archivieren, um im Streitfall seinen Entscheidungsfindungsprozess nachvollziehbar darlegen zu können.

Weiter erweist sich die konkrete ordnungsgemäße Abrechnung von Nebenkosten als äußerst praxisrelevant und häufig konfliktbehaftet (*BGH IMR 2007, 1092; OLG Düsseldorf IMR 2008, 271*).

Im Wohnraummietrecht ist zwingend § 556 Abs. 3 BGB zu beachten. Danach muss der Vermieter spätestens 12 Monate nach Ablauf des Abrechnungszeitraums über die Nebenkosten abrechnen. Diese Vorschrift gilt für Gewerbemietraum nicht. Häufig wird allerdings mietvertraglich vereinbart, dass die Abrechnung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erstellt werden muss. Wird die Abrechnung später erstellt, besteht – je nach konkreter vertraglicher Regelung – das Risiko für den Vermieter, dass er etwaige Nachzahlungsforderungen gegenüber dem Mieter nicht mehr durchsetzen kann.

Praxistipp: Hinsichtlich der Erstellung von Nebenkostenabrechnungen hat der FM-Manager sorgfältig anhand des Mietvertrages zu prüfen, innerhalb welcher Fristen die Abrechnung zu erstellen ist und welche Nebenkosten geltend gemacht werden können.

Die Abrechnung muss zwingend vier Elemente enthalten:

- die geordnete Aufstellung der Gesamtkosten,
- die Angabe des Umlagemaßstabes,
- die Berechnung der Einzelkosten des Mieters sowie
- (soweit erfolgt) den Abzug der Vorauszahlungen.

Bei der Aufstellung der Gesamtkosten ist erforderlich, dass der Mieter aus der Abrechnung selbst ersehen kann, welche einzelnen Kostenarten angefallen sind. Einzelbeträge mit demselben Entstehungsgrund dürfen in einem Betrag zusammengefasst werden.

Den Umlagemaßstab können die Parteien im Gewerberaummietrecht grundsätzlich frei wählen. Einzig die Heizkostenverordnung macht zwingende Vorgaben, wie die Abrechnung von Heiz- und Warmwasserkosten zu erfolgen hat (*BGH IMR 2008, 298; 2008, 2*). Bei größeren Objekten mit mehreren Mietern sollte jeweils der gleiche Umlagemaßstab gewählt werden. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass aus Gründen mangelnder Bestimmtheit/Transparenz Kosten beim Vermieter verbleiben, die eigentlich vertraglich auf den Mieter übertragen werden könnten (*OLG Düsseldorf ZMR 2003, 109*). An den mietvertraglich vereinbarten Umlagemaßstab sind die Parteien grundsätzlich gebunden. Der Vermieter kann ihn nicht einseitig ändern und zwar auch dann nicht, wenn er sich als für ihn nicht praktikabel erweist.

Praxistipp: Es ist zu raten, in den Mietvertrag die Befugnis des Vermieters aufzunehmen, den Umlagemaßstab aus sachlichem Grund nach seinem billigem Ermessen zu ändern. Bei der Formulierung einer solchen Klausel ist allerdings Vorsicht geboten, insbesondere im Hinblick auf AGB-rechtliche Einschränkungen. Die Klausel sollte im Einzelfall sorgfältig hinsichtlich der konkreten Zulässigkeit geprüft werden.

Eine Änderung des Umlagemaßstabs kann jedenfalls nur mit Wirkung für die Zukunft, also nicht rückwirkend vorgenommen werden.

Praxishinweis: Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Umlage der Nebenkosten einer genauen und umfassenden vertraglichen Regelung sowie deren sorgfältiger praktischer Umsetzung bedarf, um das Objekt wirtschaftlich zu betreiben und Streitigkeiten zwischen Vermieter und Mieter zu vermeiden. Solche Streitigkeiten können ggf. zu Regressansprüchen gegenüber dem FM-Manager führen.

2.3.1.6 Schönheitsreparaturen

Die Thematik der Durchführung und Tragung von Instandsetzungs-, Instandhaltungs- und Schönheitsreparaturarbeiten und –kosten bildet einen Schwerpunkt der mietrechtlichen Rechtsprechung. Viele der lange Jahre standardmäßig in Mietverträgen verwendeten Klauseln wurden von der Rechtsprechung als nicht vereinbar mit AGB-rechtlichen Grundsätzen verworfen (*BGH NZM 2007, 921; OLG Düsseldorf IMR 2007, 251; BGH IBR 2005, 642*). Hier von ist nicht nur das Wohnraummietrecht betroffen, sondern mehr und mehr auch das Gewerberaummietrecht (*BGH vom 08.10.2008 XII ZR 84/06 IBR-online*).

Nach der gesetzlichen Konzeption sind die Kosten von **Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten** sowie **Schönheitsreparaturen** voll vom Vermieter zu übernehmen (§§ 535, 538 BGB). Üblich und im Gewerberaummietrecht grundsätzlich auch zulässig ist die formular- und individualvertragliche Übertragung dieser Arbeiten bzw. der Verpflichtung zur Tagung der dadurch anfallenden Kosten auf den Mieter. Allerdings hat sich in der Rechtsprechung eine umfangreiche Kasuistik im Hinblick auf die Wirksamkeit von Formulklauseln entwickelt, die sich kaum systematisieren lässt. Die Wirksamkeit einer Klausel kann letztlich kaum noch isoliert, sondern nur in der Gesamtschau mit dem übrigen Vertragsinhalt beurteilt werden („Summierungeffekt“, *OLG Düsseldorf IMR 2007, 251*; *BGH NJW 2005, 2006*).

Gegenstand zahlreicher Gerichtsurteile waren bisher vor allem die folgenden Themen:

- Klauseln, die starre Renovierungsfristen enthalten, sind unwirksam (*BGH NJW 2004, 2586*).
- Ebenfalls unwirksam ist die Verpflichtung des Mieters zu einer Endrenovierung, wenn er zugleich die laufenden Schönheitsreparaturen übernommen hat (*BGH NJW 2005, 2006*).
- Unwirksam sind Klauseln, wenn sie dem Mieter auch solche Arbeiten auferlegen, die ihre Ursache nicht im Mietgebrauch des Mieters haben (*BGH NZM 2005, 863*).
- Wirksam ist dagegen z.B. eine Klausel des Inhalts: „Die Schönheitsreparaturen werden vom Mieter getragen“. (*OLG Karlsruhe WuM 1992, 349*; *OLG Nürnberg ZMR 191, 217*).
- Keine Bedenken bestehen im Gewerberaummietrecht (anders im Wohnraummietrecht!) gegen eine Regelung, wonach der Mieter verpflichtet ist, die Schönheitsreparaturen durch einen Meisterbetrieb ausführen zu lassen (*BGHZ 85, 267*). Fehlt eine solche Vereinbarung, schuldet der Mieter gemäß § 243 Abs. 1 BGB die Erbringung der Schönheitsreparaturen in mittlerer Art und Güte.

Ist die betreffende Klausel unwirksam, bleibt es bei dem gesetzlichen Leitbild, nach welchem der Vermieter alle Instandhaltungs-, Instandsetzungsarbeiten sowie Schönheitsreparaturen zu tragen hat. Dies gilt auch nachwirkend in der Weise, dass der Mieter, der aufgrund unwirksamer Endrenovierungsklausel Schönheitsreparaturen vornimmt, gegen den Vermieter gemäß § 818 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Kostenersatz geltend machen kann (*BGH NZM 2009, 541*). Die Entscheidung erging für das Wohnraummietrecht, jedoch steht zu erwarten, dass eine Erstreckung auch auf das Gewerberaummietrecht erfolgen wird.

Praxistipp: Aufgrund der derzeit sehr strengen Rechtsprechung ist bei Schönheitsreparaturklauseln große Vorsicht geboten, soll nicht deren Unwirksamkeit riskiert werden. Bei der konkreten Vertragsgestaltung muss die jeweils aktuelle Rechtsprechung peinlich genau beachtet werden. Dies erfordert in aller Regel die Beiziehung eines erfahrenen Mietrechtsexperten.

2.3.1.7 Wechsel der Vertragsparteien

Wird die Mietsache an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber als Vermieter in das Mietverhältnis ein („Kauf bricht nicht Miete“, § 566 BGB).

In der Praxis kommt es jedoch häufig vor, dass sich – ohne Veräußerung – die Rechtsperson des Mieters oder des Vermieters ändert. Für diesen Fall fehlt es an einer gesetzlichen Regelung. Ändert sich z.B. die Rechtsperson des Mieters, kann dies insbesondere bei einem langfristigen Mietverhältnis weitreichende Folgen für den Vermieter haben. Es stellt sich dann die Frage, inwieweit der Parteiwechsel von der **Zustimmung** des Vertragspartners abhängt und welche Rechtsfolgen an den Parteiwechsel geknüpft sind. Im Zusammenhang mit dem Wechsel der Rechtspersönlichkeit sind insbesondere Regelungen des Umwandlungsgesetzes von Bedeutung.

Häufig ist auch die Fallkonstellation, in der der Mietgegenstand veräußert, die Eigentumsübertragung jedoch längere Zeit nicht vollzogen wird, etwa, weil sie an die vollständige Zahlung des Kaufpreises geknüpft ist. Soll der Käufer bereits vor Eigentumsübertragung als Vermieter das Mietverhältnis übernehmen, bedarf dies regelmäßig der Zustimmung des Mieters.

Praxistipp: Es können bereits im Mietvertrag Regelungen getroffen werden, die eine spätere Übertragung des Mietverhältnisses ermöglichen bzw. erheblich erleichtern.

Sind die ursprünglichen Parteien des Mietvertrages rechtsgeschäftlich am Übergang des Vertragsverhältnisses auf eine dritte Person beteiligt, sollten die maßgeblichen Punkte vertraglich geregelt werden (*OLG Düsseldorf IMR 2008, 236; BGHZ 154, 171*). Dies betrifft z.B. Kautionen/Bürgschaften, den Stand der Miete, Nebenkostenabrechnungen, Mietereinbauten oder auch Schäden am Objekt.

Praxishinweis: Welche Punkte beim Wechsel von Vertragsparteien konkret regelungsbedürftig sind, kann nicht generell aufgezeigt werden, sondern bedarf im Einzelfall der genauen Überprüfung.

2.3.1.8 Hausordnung

Als Hausordnung bezeichnet wird ein **Katalog von Gebrauchs- und Verwaltungsregelungen**, die der Vermieter dem Mieter auferlegt. Sie umfasst alle Regelungen, die den Gebrauch der gemieteten Räume und die Benutzung gemeinschaftlicher Einrichtungen festlegen. Sinn und Zweck einer Hausordnung ist es, das reibungslose Zusammenleben der Mietparteien, den Schutz des Gebäudes sowie die Aufrechterhaltung der allgemeinen Sicherheit und Ordnung im Mietobjekt sicherzustellen.

Da die Hausordnung für das ganze Haus gelten soll und das Zusammenleben mehrerer Mieter regelt, unterliegt sie per se dem Recht der **Allgemeinen Geschäftsbedingungen**.

D.h., es handelt sich hier um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Partei (der Vermieter) der anderen Partei (dem Mieter) bei Vertragsschluss stellt (§ 305 Abs. 1 BGB). Sie sind dem Mieter gegenüber nur dann wirksam, wenn der er bei Vertragsschluss von Ihnen Kenntnis erlangt (§ 305 Abs. 2 BGB).

Eine Hausordnung wirkt auch im Verhältnis der Mieter untereinander, nämlich in der Form eines entsprechenden Duldungsanspruchs.

Praxishinweis: Die Hausordnung ist dem Mietvertrag als Vertragsbestandteil beizufügen und mit diesem fest zu verbinden (siehe hierzu unsere Ausführungen unter Ziffer 2.3.1.1).

Der FM-Manager ist in aller Regel „Hüter der Hausordnung“, d.h., er ist aktiv in die Pflicht zur Einhaltung der Hausordnung einbezogen. Um dieser Rolle gerecht zu werden, erhält der FM-Manager durch den Eigentümer das Hausrecht und agiert als **Vertreter des Eigentümers**.

Problematisch sind nachträgliche Änderungen der Hausordnung. Grundsätzlich muss der Mieter einer Änderung der Hausordnung zustimmen. Nachträgliche einseitige Änderungen

der Hausordnung sind somit nur in engen Grenzen zulässig. Sie sind dann möglich, wenn die Änderung für eine ordnungsgemäße Verwaltung und/oder Bewirtschaftung unerlässlich ist. In aller Regel dürfen dem Mieter jedoch durch die Änderungen der Hausordnung keine weiteren Pflichten auferlegt und keine bestehenden Rechte eingeschränkt werden.

Nur in Ausnahmefällen kann der Vermieter einen Anspruch auf einseitige materielle Vertragsänderung haben, wenn die (zunächst) getroffene Regelung in der Hausordnung zu einer dauernden unzumutbaren Belastung führt (vgl. auch *OLG Saarbrücken IMR 2007, 1069*; *OLG Frankfurt IMR 2006, 125*).

Praxistipp: Es können bereits im Mietvertrag Regelungen getroffen werden, die eine spätere Anpassung der Hausordnung ermöglichen bzw. erheblich erleichtern. Bei der Anwendung solcher Befugnisse ist gleichwohl Zurückhaltung zu üben, da die Rechte des Mieters nicht unangemessen eingeschränkt werden dürfen.

2.3.2 Steuerrechtliche Anforderungen an den FM-Manager

Die nachfolgenden Ausführungen zum Steuerrecht dienen lediglich als Einführung. Dem FM-Manager ist in jedem Fall die Beiziehung eines erfahrenen Steuerrechtsexperten zu empfehlen.

2.3.2.1 Umsatzsteueroption

Nach § 4 Ziffer 12a UStG sind Umsätze aus Vermietung und Verpachtung von Grundflächen grundsätzlich **umsatzsteuerfrei**. Ausgenommen hiervon sind nur isoliert vermietete Garagen oder Kraftfahrzeugstellplätze.

Gemäß § 9 Abs. 1 UStG ist dem Vermieter allerdings die Möglichkeit eingeräumt, seine Mieteinkünfte als umsatzsteuerpflichtig behandeln zu lassen, wenn das Grundstück einem anderen Unternehmer für dessen Unternehmen überlassen ist (Option zur Steuerpflicht).

Für den Vermieter hat die Ausübung der **Option** zur Steuerpflicht den Vorteil, dass er die Umsatzsteuer, die er auf bestimmte Lieferungen und Leistungen z.B. bei der Errichtung oder Sanierung des Gebäudes bezahlt hat, oder auch die auf den Rechnungen des FM ausgewie-

sene Umsatzsteuer als **Vorsteuer** beim Finanzamt zur Rückerstattung geltend machen kann. Der Vermieter kann zu diesem Zweck von seiner Umsatzsteuerschuld diejenigen Umsatzsteuerbeträge abziehen, die ihm für ausgeführte Lieferungen und sonstige Leistungen in Bezug auf den vermieteten Gegenstand/für sein Unternehmen in Rechnung gestellt und gemäß § 14 UStG gesondert ausgewiesen wurden.

Die Ausübung der Umsatzsteueroption ist für den gewerblichen Mieter regelmäßig nicht nachteilig, da er die auf die Miete erbrachte Umsatzsteuer wiederum als Vorsteuer mit seiner Umsatzsteuerschuld verrechnen kann („durchlaufender Posten“).

Ohne wirksame Umsatzsteueroption ist der Vorsteuerabzug indes ausgeschlossen, da § 15 Abs. 2 Nr. 1 UStG den Vorsteuerabzug für Lieferungen und Leistungen ausschließt, die der Vermieter für steuerfreie Umsätze verwendet.

Voraussetzung der Umsatzsteueroption ist gemäß § 9 Abs. 2 UStG, dass der Mieter (oder auch Untermieter) seinerseits ausschließlich Umsätze tätigt, die den Vorsteuerabzug nicht ausschließen. Der Mieter darf also in den Mieträumen keine sog. **Ausschlussumsätze** tätigen. Dazu gehören die Umsätze, die nach § 4 UStG umsatzsteuerbefreit sind, wie z.B. diejenigen von Ärzten, Banken oder Umsätze aus Leistungen von Verbänden der Wohlfahrtspflege, kulturellen Einrichtungen sowie Schul- und Bildungszwecken.

Da der Mieter häufig jedoch (auch) Ausschlussumsätze tätigt, hat die Finanzverwaltung in Abschnitt Nr. 148 a Abs. 3 UStR (Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Umsatzsteuergesetzes – Umsatzsteuerrichtlinien) zur Vermeidung von Härtefällen eine **Bagatellgrenze** von 5 % eingeführt. Der Vermieter kann demnach auch dann noch die Umsatzsteueroption ausüben, wenn der Mieter/Untermieter den Mietgegenstand nicht über diesen Umfang hinaus für Ausschlussumsätze verwendet.

Praxishinweis: Der Vermieter kann die Umsatzsteueroption nur ausüben, wenn er sich im Mietvertrag eine entsprechende Möglichkeit zur Option vorbehalten hat und die Zahlung von Umsatzsteuer auf Miete und Nebenkosten ausdrücklich vereinbart wurde (*BGH IMR 2009, 120; IBR 2004, 600*). Der Mieter ist zugleich zu verpflichten, den Mietgegenstand nur für umsatzsteuerpflichtige Umsätze zu verwenden. Weiter sollte dem Mieter eine diesbezügliche Auskunft- und Nachweispflicht auferlegt werden, da der Vermieter seinerseits gegenüber dem Finanzamt nachweispflichtig ist.

2.3.2.2 Betriebsvorrichtungen/Gewerbesteuer

Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 Gewerbesteuergesetz (GewStG) unterliegt jeder stehende Gewerbebetrieb der Gewerbesteuer, soweit er im Inland betrieben wird. Als Gewerbebetrieb gilt stets und in vollem Umfang die Tätigkeit von Kapitalgesellschaften (§ 2 Abs. 2 S. 1 GewStG).

Auf Antrag können Gesellschaften, die lediglich eigenen Grundbesitz und eigenes Kapitalvermögen verwalten und nutzen, die **erweiterte Kürzung** gemäß § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG geltend machen. In diesem Fall ergibt sich im Grundsatz kein steuerpflichtiger Gewerbebeitrag der Gesellschaft aus der Nutzung des Grundbesitzes.

Die erweiterte Kürzung wird nur gewährt, sofern ausschließlich eigener Grundbesitz verwaltet und vermietet wird. Betriebsvorrichtungen im Mietobjekt, die mit vermietet werden, gehören jedoch nicht zum Grundbesitz.

Praxishinweis: Nach Auffassung des Bundesfinanzhofes (*BFH vom 17.05.2006- VIII R 39/05*) ist selbst eine geringfügige Mitvermietung von Betriebsvorrichtungen schädlich für die Anwendung der erweiterten gewerbesteuerlichen Kürzung, mit der Folge, dass Gewerbesteuer anfällt und zu bezahlen ist.

Häufig besteht die Gefahr, dass Betriebsvorrichtungen mit vermietet werden. Beispielhaft genannt seien hier Werbeträger, Fahnenmasten oder besondere Installationen im Bereich der Warenannahme. Um hier Sicherheit zu erlangen, ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob Betriebsvorrichtungen vorhanden sind und ob sich diese im Eigentum des Vermieters oder Mieters befinden

Praxistipp: Sind tatsächlich Betriebsvorrichtungen im Eigentum des Vermieters vorhanden, die mit vermietet werden sollen, so müssen diese, um dem Vermieter die „erweiterte Kürzung“ zu erhalten, aus dem Mietvertrag ausgeklammert und einer gesonderten Regelung zugeführt werden. Im Einzelfall ist ein Steuerrechtsexperte hinzuzuziehen.

2.4 Rechtsgrundlagen des infrastrukturellen FM

Auch im infrastrukturellen FM bestehen spezifische Rechtsgrundlagen, deren Grundzüge dem einzelnen FM-Manager geläufig sein müssen.

2.4.1 Grundsätze des Dienstvertragsrechts

Gegenstand des infrastrukturellen FM sind vor allem Dienstleistungen, also solche Leistungen, die nicht auf einen (Werk-)Erfolg ausgerichtet sind, sondern lediglich die Erbringung der Arbeitsleistung erfordern. Hierunter fallen Dienste aller denkbaren Art, z.B. Hausverwaltungs-, Wartungs-, Gartenpflegeleistungen, Verträge über buchhalterische Tätigkeiten, etc.

Durch den Dienstvertrag verpflichtet sich eine Vertragspartei zur Erbringung bestimmter Dienste, während sich die andere Vertragspartei zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet (§ 611 Abs. 1 BGB).

Häufig stellen sich schwierige Abgrenzungsfragen zum Werkvertrag (siehe hierzu unsere Ausführungen unter Ziffer 2.2.1; vgl. auch *OLG Naumburg IBR 2008, 137*; *BAG IBR 2004, 1018*; *BGH IBR 1999, 423*). Maßgebliches Kriterium ist insoweit, dass sich das Werkvertragsrecht durch seine Erfolgsbezogenheit auszeichnet, also ein konkreter Erfolg geschuldet ist, während sich das Dienstvertragsrecht leistungsbezogen darstellt. **Arbeitsverträge** sind vertragsrechtlich als Dienstverträge zu qualifizieren, auf welche Sondervorschriften wie z.B. das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) anwendbar sind.

2.4.1.1 Abschluss des Dienstvertrages

Der Dienstvertrag kann – wie auch der Werkvertrag – **formfrei** geschlossen werden, d.h., auch mündlich geschlossene Verträge sind wirksam. Gleichwohl empfiehlt es sich, die wesentlichen vertraglichen Regelungen schriftlich zu fixieren, damit später kein Streit über einzelne Regelungsinhalte entsteht bzw. die Beweisführung im Streitfall erleichtert ist. Auch Vertragsanpassungen, wie sie häufig bei langfristigen Vertragsverhältnissen erforderlich und durchgeführt werden, sollten schriftlich festgehalten werden.

Praxistipp: Dienstverträge sollten in jedem Fall schriftlich geschlossen werden

2.4.1.2 Vertragliche Pflichten

Der Pflichtenkreis des Dienstverpflichteten ist nicht nur auf die vertraglichen Hauptpflichten beschränkt. Als vertragliche Nebenpflicht muss er die Interessen seines Dienstherrn (im Fall

des (Teil-)Systemanbieters der Anwender/Nutzer, im Fall des Dienstleisters ebenfalls der Anwender/Nutzer oder der (Teil-)Systemanbieter) wahren. Insbesondere kann bei einer besonderen Vertrauensstellung eine Pflicht zur Verschwiegenheit bestehen (*LG Leipzig IBR 2002, 80*). Der Dienstverpflichtete hat darüber hinaus dafür Sorge zu tragen, dass es in seinem Pflichtenkreis nicht zu Verletzungen von Rechtsgütern des Dienstherrn kommt.

Der Dienstherr ist im Gegenzug verpflichtet, die vertraglich vereinbarte Vergütung zu entrichten. Soweit der Vertrag selbst keine besondere Abrede hierzu trifft, richtet sich der Zeitpunkt der Fälligkeit der Vergütung nach dem Gesetz (§ 614 BGB). Dementsprechend ist die Vergütung nach der Erbringung der Dienste zu entrichten bzw., wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist (z.B. monatlich oder quartalsweise), nach Ablauf dieses Zeitabschnitts. Der Dienstverpflichtete tritt also, soweit vertraglich nicht abweichend geregelt, in Vorleistung.

Auch den Dienstherrn treffen Nebenpflichten. So hat er zum Einen auf die Interessen des Dienstverpflichteten Rücksicht zu nehmen oder z. B. unterstützend mitzuwirken, soweit die Erbringung der Dienstleistung ohne sein Zutun nicht möglich ist. Zum Anderen hat er Aktivitäten, die vermeidbare Behinderungen des Dienstverpflichteten zur Folge haben, zu unterlassen.

2.4.1.3 Beendigung des Dienstvertrages

Der Dienstvertrag endet mit Ablauf der vertraglich vereinbarten Zeit, ohne dass es hierfür einer besonderen Erklärung bedarf (§ 620 Abs.1 BGB).

Wird der Dienstvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen, kann er – vorbehaltlich anderer vertraglich vereinbarter Fristen – unter Einhaltung der in § 621 BGB genannten gesetzlichen Fristen ordentlich gekündigt werden. Allerdings kann das ordentliche Kündigungsrecht vertraglich wirksam für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen werden.

Jeder Dienstvertrag, gleichgültig ob auf befristete oder unbefristete Zeit geschlossen, kann aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden (§ 626 Abs. 1 BGB). Das Gesetz nennt dabei als Voraussetzung, dass

„Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die

Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.“

Ob eine fristlose Kündigung im Einzelfall erfolgen kann, ist somit immer eine Frage der konkreten Umstände und bedarf sorgfältiger Prüfung und Abwägung (*BGH NJW-RR 2008, 1155*).

Praxishinweis: Wegen der offenen Formulierung des Gesetzes hat die Rechtsprechung eine umfangreiche Kasuistik entwickelt, die im Einzelfall Anhaltspunkte für das Vorliegen eines wichtigen Grundes geben kann. Hier ist die Beiziehung eines erfahrenen Rechtsanwalts unbedingt anzuraten. Grundsätzlich ist anzuraten, einzelne wichtige Gründe im Vertrag beispielhaft, jedoch nicht abschließend aufzuführen.

2.4.1.4 Haftung bei Vertragsverletzungen

Im Rahmen eines Dienstvertrages sind vielgestaltige Vertragsverletzungen denkbar, z.B. Verzug mit der Leistungserbringung oder Nicht- oder Schlechterfüllung.

Das Dienstvertragsrecht selbst regelt dabei in § 628 BGB nur den besonderen Fall, dass das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt wird und danach der Dienstverpflichtete unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf (Teil-)Vergütung der erbrachten Leistungen hat. Zudem besteht ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 628 Abs. 2 BGB, wenn die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten der anderen Vertragspartei veranlasst ist.

Im Übrigen kommen die allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB zur Anwendung. Insofern besteht zunächst ein Anspruch auf Erfüllung des Vertrages und ggf. auf Unterlassung bei Nebenpflichtverletzungen. Soweit Verschulden vorliegt, besteht bei einer Vertragsverletzung ein Anspruch auf **Schadensersatz**. Dabei muss in der Regel genau nach der Art des Schadens und der Pflichtverletzung unterschieden werden.

Ein Lohnminderungsanspruch wegen Schlechtleistung besteht – anders, als etwa im Werkvertragsrecht – grundsätzlich nicht. Die Vergütungsreduzierung muss vielmehr im Wege eines Schadensersatzanspruchs, also unter den genannten Voraussetzungen (insbesondere Verschulden!) geltend gemacht werden (vgl. *BGH NJW 2002, 1571*).

2.4.2 Hinweise zum Arbeitsrecht

Das Arbeitsrecht ist das Sonderrecht der Arbeitnehmer. Es regelt in seiner Gesamtheit die gegenseitigen Rechte und Pflichten im Verhältnis zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Es lässt sich dabei unterteilen in das Individualarbeitsrecht, welches die (vertrags-) rechtlichen Verhältnisse zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber regelt, und das kollektive Arbeitsrecht, welches die rechtlichen Verhältnisse zwischen Koalitionen oder Vertretungsorganen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern regelt.

Die Vorgaben des Arbeitsrechts sind nicht zusammengefasst – etwa in einem „Arbeitsgesetzbuch“ – normiert. Die zulässigen Inhalte und Grenzen eines Arbeitsvertrages wie auch die während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses einzuhaltenden Bedingungen ergeben sich vielmehr aus einer Vielzahl von unterschiedlichen Gesetzen, Verordnungen und sonstigen Rechtsquellen und den darin enthaltenen Bestimmungen und Regulierungen.

2.4.2.1 Allgemeine Regelungen des individuellen Arbeitsrechts

Das Individualvertragsrecht lässt sich weiter unterteilen in das Arbeitsvertragsrecht, welches die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber – von der Begründung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses – regelt, und das Arbeitsschutzrecht, welches z.B. Urlaubsansprüche und Höchstarbeitszeiten regelt.

Ausgangspunkt aller arbeitsrechtlichen Bestimmungen ist der Arbeitsvertrag als Individualvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Inhaltlich begründet der Arbeitsvertrag ein privatrechtliches Dauerschuldverhältnis, nach welchem der Arbeitnehmer zur persönlichen Erbringung von Dienstleistungen entsprechend den Weisungen des Arbeitgebers verpflichtet ist. Im Gegenzug wird eine feste Entgeltzahlung für diese Leistungen vereinbart. Arbeitnehmer ist nur, wer (persönlich) **abhängig beschäftigt** ist. Arbeitsverträge sind der Struktur nach Dienstverträge im Sinne der §§ 611 ff. BGB, allerdings weisen sie zugleich zahlreiche Besonderheiten auf, die von den grundlegenden Vorgaben des Dienstvertragsrechts abweichen. Grundsätzlich unterfällt der Arbeitsvertrag zwar der allgemeinen Vertragsfreiheit des Privatrechts. Dies bedeutet, dass jeder Arbeitgeber mit jedem Arbeitswilligen einen Arbeitsvertrag schließen kann, dessen Inhalt der freien Disposition der Vertragsparteien unterliegt, solange die Grenze der Sittenwidrigkeit nicht erreicht wird.

Diese Dispositionsfreiheit wird allerdings durch das Arbeitsschutzrecht zum Teil wesentlich eingeschränkt. Die Bestimmungen des Arbeitsschutzrechts stellen einen Ausgleichsmechanismus gegen das strukturelle wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber dar. Da der Arbeitnehmer – nicht zuletzt wirtschaftlich – in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, sind seine zwingend zu beachtenden (Schutz-)Rechte gesetzlich festgeschrieben. Besondere Arbeitnehmerrechte finden sich bspw.

- im **Kündigungsschutzgesetz** hinsichtlich der Gründe für eine Kündigung eines Arbeitnehmers,
- im **Teilzeit- und Befristungsgesetz** z. B. im Hinblick auf die Befristung von Arbeitsverträgen,
- im **Bundesurlaubsgesetz** für den Anspruch auf Erholungsurlaub,
- im **Entgeltfortzahlungsgesetz** für den Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung des Lohns im Krankheitsfall,
- im **Mutterschutzgesetz** im Hinblick auf die Rechte einer Arbeitnehmerin bei Schwangerschaft,
- im **Arbeitszeitgesetz** hinsichtlich der zulässigen Höchstarbeitszeiten, der Ruhepausen und der Sonn- und Feiertags- sowie der Nachtarbeit und
- im **Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz**.

Praxishinweis: All diese Gesetze hat das FM-Unternehmen wie jeder andere Arbeitgeber auch im Verhältnis zu seinen Mitarbeitern zu beachten und einzuhalten.

Die gesetzlichen Rechte des Arbeitnehmers, die aus dem Arbeitsschutzrecht erwachsen, sind grundsätzlich der Disposition der Parteien entzogen. Widersprechen vertragliche Bestimmungen diesen zwingend einzuhaltenden gesetzlichen Vorgaben, so sind sie regelmäßig unwirksam. Dies bedeutet, dass die gesetzlichen Mindestanforderungen angewendet werden.

Den Vertragsparteien bleibt es andererseits aber selbstverständlich unbenommen, für den Arbeitnehmer günstigere Bedingungen vertraglich zu vereinbaren (bspw. einen über den gesetzlichen Mindestanspruch hinausgehenden Urlaubsanspruch, längere Kündigungsfristen, etc.). Das Arbeitsrecht definiert insoweit nur Mindestanforderungen an Arbeitnehmerrechte, aber keine Höchstgrenzen.

Aber auch dem Arbeitnehmer werden durch das Arbeitsrecht gleichermaßen gesetzliche

Pflichten auferlegt. Dies betrifft in erster Linie die Pflicht zur Erbringung der ihm vom Arbeitgeber (rechtmäßig) auferlegten Arbeitsleistung. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers umfasst bspw. Inhalt und Dauer der auszuführenden Tätigkeiten wie auch den Ort, an dem diese Tätigkeit zu verrichten ist. Daneben treffen den Arbeitnehmer bspw. auch Verschwiegenheitspflichten und bestimmte Mitteilungspflichten (bspw. im Krankheitsfall) als Nebenpflichten.

Die entsprechenden Regelungen gelten dabei mittlerweile fast vollumfänglich auch für Teilzeitbeschäftigte, Aushilfen und geringfügig Beschäftigte. Deren frühere Sonderbehandlung ist aufgrund der allgemeinen Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz mittlerweile überholt. So bestimmt bspw. § 4 Abs. 1 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes:

„Ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer darf wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.“

Gleichwohl gibt es punktuelle Besonderheiten. So kann bspw. im gegenseitigen Einvernehmen bei Aushilfen unter bestimmten Umständen eine kürzere Kündigungsfrist im Arbeitsvertrag vereinbart werden.

2.4.2.2 Spezialregelungen des kollektiven Arbeitsrechts

Das kollektive Arbeitsrecht umfasst demgegenüber die Gesamtheit der Bestimmungen, die das Verhältnis einer Vielzahl von Arbeitnehmern (z.B. Gewerkschaften, aber auch die Belegschaft eines einzelnen Betriebes) zu einem oder mehreren Arbeitgebern (hiervon erfasst werden etwa die Arbeitgeberverbände) regeln. Hierunter fallen bspw. das Tarifvertragsrecht sowie die Regelungen zur Zulässigkeit von Streiks.

Daneben gibt es regionale und branchenindividuelle Sonderregelungen wie bspw. Tarifverträge oder unternehmensinterne Betriebsvereinbarungen, aber auch tarifliche Mindestlohnverordnungen, die eingehalten werden müssen, sobald die entsprechenden Tätigkeiten dem räumlichen und sachlichen Anwendungsbereich dieser Bestimmungen unterfallen.

Praxishinweis: Besondere Bedeutung im Bereich des FM können dabei etwa Vorgaben zu Mindestlöhnen für Tätigkeiten im Bereich der Gebäudereinigung, der Sicherheitsdienste oder der Wäschereidienstleistungen erlangen.

Ebenfalls vom Kollektivarbeitsrecht erfasst werden die Regelungen zum Mitbestimmungsrecht, bspw. im Betriebsrat eines Unternehmens. Die Gründung und Mitwirkung in einem solchen unternehmensinternen Gremium zur Vertretung der Arbeitnehmer kann ebenfalls nicht verboten oder begrenzt werden. Im Gegenteil haben die Mitglieder eines Betriebsrates gemäß § 37 Abs. 2 des BetrVG sogar einen Anspruch, von der Pflicht zur Arbeitsleistung ohne Minderung ihres Arbeitsentgelts freigestellt zu werden, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist.

2.4.2.3 Rechtsschutz im Arbeitsrecht

Für die gerichtliche Überprüfung arbeitsrechtlicher Fragen ist die Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig. Die prozessualen Voraussetzungen und Regelungen zum arbeitsrechtlichen Prozess ergeben sich dabei insbesondere aus dem ArbGG.

Der Instanzenzug sieht dabei stets zunächst die Klage beim zuständigen Arbeitsgericht vor. Im Anschluss an dessen Entscheidung kommt unter Umständen eine Fortsetzung des Rechtsstreits vor dem zuständigen Landes- und dann vor dem Bundesarbeitsgericht in Betracht.

2.4.2.4 Sonderproblem Betriebsübergang

Nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB tritt der neuer Inhaber nach Übergang eines Betriebs oder eines Betriebsteils durch Rechtsgeschäft in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Dies bedeutet im Zweifel die **Übernahme der kompletten Belegschaft** durch den neuen Inhaber, wobei sämtliche Vertragsinhalte der einzelnen Beschäftigungsverhältnisse unverändert bleiben. Bestehen Verbindlichkeiten gegenüber einzelnen Arbeitnehmern, bspw. in Form von Aktienoptionen oder Urlaubsansprüchen, können diese vollumfänglich gegenüber dem neuen Betriebsinhaber geltend gemacht werden.

Nicht erfasst von dieser Vorschrift werden nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers sowie im Zeitpunkt der Übernahme bereits beendete Arbeitsverhältnisse. Auch vertragliche Verhältnisse mit freien Mitarbeitern sowie solche mit verrenteten Mitarbeitern werden von der Regelung zum Betriebsübergang nicht betroffen.

Da die Bestimmung dem Schutz der Arbeitnehmer des bisherigen Betriebsinhabers dient,

kann diese von dem am Übergang des Betriebs Betroffenen nicht abbedungen werden. Insbesondere eine auf den Betriebsübergang gestützte **Kündigung** ist gemäß § 613a Abs. 4 S. 1 BGB **unzulässig**. Die Arbeitnehmer sind gemäß Abs. 5 entweder vom bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber über Zeitpunkt und Grund des Übergangs sowie die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen, die sich für sie daraus ergeben, zu unterrichten. Sie können dann binnen eines Monats nach Zugang der Unterrichtung Widerspruch mit der Wirkung einlegen, dass das Beschäftigungsverhältnis nicht auf den neuen Inhaber übergeht, sondern mit dem bisherigen Arbeitgeber fortbesteht.

Dem Betriebsübergang kommt im Rahmen des „**Outsourcing**“ bisher im eigenen Haus erbrachter (Dienst-)Leistungen an einen externen Dienstleister entscheidende Bedeutung zu. Der externe FM-Manager wird in der Regel planen, die betroffenen Leistungen mit seinen eigenen Mitarbeitern durchzuführen, und sein Angebot entsprechend dieser Planung kalkulieren. Wird er dann aber aufgrund der Bestimmung zum Betriebsübergang gezwungen, die bisher für diese Leistungen beschäftigten Mitarbeiter des Auftraggebers zu übernehmen, werden diese faktisch zu seinen „eigenen“ Arbeitnehmern. Durch die sich daraus ergebende Steigerung der Beschäftigtenzahlen ohne zusätzliche Aufträge werden nicht nur die wirtschaftlichen Vorteile des Outsourcing aufgezehrt, sondern es droht sogar ein **wirtschaftlicher Verlust**.

Kann der FM-Manager diese Kosten aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung der Verträge an den Auftraggeber durchreichen, so werden bei diesem die durch das Outsourcing erhofften Einsparungen aufgezehrt. Zudem haftet der bisherige Arbeitgeber für alle Verbindlichkeiten, die vor dem Betriebsübergang entstanden sind, für die Dauer von einem Jahr neben dem neuen Arbeitgeber als Gesamtschuldner, § 613a Abs. 2 BGB. Es liegt also regelmäßig auch im Interesse der outsourcenden Stelle, einen Betriebsübergang zu vermeiden.

In welchen Konstellationen ein Betriebsübergang im Einzelfall gegeben ist, ist gesetzlich nicht definiert. Die Beantwortung dieser Frage orientiert sich in der Praxis ausschließlich an der sich ständig und teilweise kaum vorhersehbar weiterentwickelnden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit. Grundsätzlich erfordert der Betriebsübergang die Übernahme und Fortführung einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer Identität. Wann genau davon auszugehen ist, orientiert sich stets an den konkreten Umständen des Einzelfalles. Die Rechtsprechung hat mehrere Indizienkataloge entwickelt, anhand derer sich abschätzen lässt, welche Konstellationen einen Betriebsübergang erwarten lassen.

Um die zuvor aufgezeigten schwerwiegenden Folgen, die mit dem Vorliegen eines Betriebsübergangs verbunden sind, zu vermeiden, ist es folglich unerlässlich, im Rahmen der Planung des Outsourcing und insbesondere bei der Gestaltung der vertraglichen Vereinbarungen zwischen Auftraggeber und externem Dienstleister besondere Vorsicht walten zu lassen. Dabei ist im Einzelfall sehr genau und bedacht zu evaluieren, wie das gewünschte Ergebnis – also entweder das Sicherstellen eines Betriebsübergangs oder die Vermeidung eines Betriebsübergangs– rechtssicher zu erreichen ist.

In Betracht kommt allerdings die Aufnahme entsprechender Regelungen im **Innenverhältnis** zwischen Auftraggeber und Dienstleister im Kauf- bzw. Outsourcingvertrag, nach denen der Veräußerer aus den Pflichten nach § 613 a BGB entstehende Kosten für den Auftraggeber übernimmt bzw. die diesem daraus entstandenen Kosten erstattet.

2.4.3 Arbeits- und Gesundheitsschutz

Der Arbeits- und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer und anderer Beschäftigter (z.B. von freien Mitarbeitern) ist in zahlreichen Gesetzen, Verordnungen und Richtlinien festgelegt.

Zentrale Regelung ist das Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit (**Arbeitsschutzgesetz**), das anlässlich der Umsetzung von EU-Richtlinien erlassen wurde. Ziel des Gesetzes ist es, Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten bei der Arbeit durch Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu sichern und zu verbessern. Das Arbeitsschutzgesetz legt die Rahmenbedingungen für den Arbeitsschutz fest. Auf Grundlage des Arbeitsschutzgesetzes sind zahlreiche Verordnungen erlassen worden, die diese Rahmenbedingungen konkretisieren.

Im Baubereich ist insbesondere die **Baustellenverordnung** zu beachten. Diese dient der Sicherheit und dem Gesundheitsschutz der Beschäftigten auf Baustellen. Soweit bestimmte Maßgaben der Baustellenverordnung nicht eingehalten werden, droht ein Bußgeldverfahren, bei vorsätzlicher Gefährdung eines Beschäftigten sogar die strafrechtliche Verfolgung (*OLG Bamberg NJW-RR 2003, 238*).

Im Hinblick auf die Umstände am Arbeitsplatz ist die **Arbeitsstättenverordnung** maßgebend (*LG Duisburg IMR 2008, 415; OLG Frankfurt NZM 2007, 330*). Diese definiert be-

stimmte Mindestanforderungen für Arbeitsstätten in Bezug auf Lüftung und Temperierung, Maße der Arbeitsräume und Beleuchtung sowie innerbetriebliche Verkehrswege. Über das Dienstvertragsrecht hinaus kann die Arbeitsstättenverordnung auch mietrechtliche Auswirkungen haben, die der FM-Manager im Fokus haben muss (*OLG Hamm IMR 2007, 183*: „Hohe Temperaturen in Mieträumen können einen Mangel der Mietsache begründen!“) Auf der Grundlage der Arbeitsstättenverordnung sind die Arbeitsstättenrichtlinien erlassen worden, die weitere Einzelheiten regeln und unbestimmte Rechtsbegriffe der Arbeitsstättenverordnung konkretisieren.

Praxishinweis: Bei der Erstellung von Verträgen ist immer darauf zu achten, dass die Arbeitsschutzgesetze hinreichende Beachtung finden und in die zu erfüllenden Aufgabenbereiche des Dienstleisters und (Teil-) Systemanbieters einbezogen werden. Insoweit übernimmt der FM-Manager einen Teil der Betreiberverantwortung für den Anwender/Nutzer. Wir verweisen insoweit auf unsere Ausführungen zur Betreiberverantwortung unter Ziffer 4.

2.4.4 Versorgungsverträge

Versorgungsverträge über Strom, Gas, Wasser und Fernwärme sind **Bezugsverträge**. Für Bezugsverträge (Dauerlieferungsverträge) ist kennzeichnend, dass diese auf unbestimmte, zumindest aber auf längere Zeit ohne Festlegung einer bestimmten Liefermenge geschlossen werden. Die Leistungs- bzw. Liefermenge richtet sich nach dem Bedarf des Abnehmers. Es ist indes üblich und verbreitet, dass sich die Leistungs- bzw. Liefermenge innerhalb einer bestimmten Bandbreite bewegen muss, damit bestimmte Preisvorteile und/oder Rabatte erhalten bleiben. Diese Bezugsverträge (oder auch Sukzessiv-Lieferungsverträge) unterliegen den Regeln des Kaufrechts und sind zugleich **Dauerschuldverhältnisse** im Sinne von § 314 BGB.

Gemäß der vorgenannten Vorschrift kann jede Vertragspartei Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist kündigen. Ein wichtiger Grund ist dahingehend legal definiert, dass

„dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann“.

Es muss also für den Kündigenden unzumutbar sein, das Dauerschuldverhältnis weiter fortzuführen. Wenn der wichtige Grund (nur) in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag besteht, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig (*BGH IMR 2009,226; NJW 2007, 2177; OLG Düsseldorf IMR 2007, 10; MDR 2006, 1276*).

Weiterhin kann der Berechtigte nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. Dies ergibt sich bereits aus der Rechtsnatur der Kündigung aus wichtigem Grund. Wenn der Berechtigte nicht innerhalb angemessener Frist kündigt, macht er durch sein Verhalten deutlich, dass es für ihn gerade nicht unzumutbar ist, das Vertragsverhältnis fortzuführen.

3. Vertragsgestaltung

Der FM-Vertrag stellt an die Vertragsgestaltung im Einzelfall hohe Anforderungen, da zumeist verschiedene Leistungsbilder und damit Vertragstypen in ein Vertragswerk zu integrieren sind.

3.1 Der FM-Vertrag (Vertragsverhältnis Anwender/Nutzer-Systemanbieter)

Vertragsrechtlich ist der (Teil-)Systemanbieter, der eine Gesamtleistung „FM“ anbietet, zu unterscheiden vom Dienstleister, der z.B. Einzeldienstleistungen aus dem Bereich des Managements, des Betriebes eines Objektes, des Schutzes und der Sicherung des Objektes erbringt und für die Bereitstellung des Supports sorgt. Dieser Unterschied auf der Leistungsseite bedingt nicht nur eine unterschiedliche Vertragsgestaltung, sondern ist auch für die Frage von Bedeutung, welchem Vertragstyp der jeweilige Vertrag zuzuordnen ist. Dies ist wiederum für die Bestimmung der wechselseitigen Rechte und Pflichten und auch etwaiger Sekundäransprüche maßgeblich.

3.1.1 Der FM-Vertrag als Dauerschuldverhältnis

Das Vertragsverhältnis zwischen Anwender/Nutzer und (Teil-)Systemanbieter ist als **Dauerschuldverhältnis** zu qualifizieren. Ein Dauerschuldverhältnis unterscheidet sich von dem auf einen einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Schuldverhältnis dadurch, dass aus ihm während seiner Laufzeit ständig neue Leistungs-, Neben- und Schutzpflichten entstehen. Es

wird durch seine zeitliche Dimension gekennzeichnet. Dementsprechend setzt es voraus, dass ein zeitlich andauerndes Verhalten oder wiederkehrende Leistungen geschuldet werden und der Gesamtumfang der Leistung von der Dauer der Rechtsbeziehung abhängt. Der Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB und mehr noch der Dienstvertrag gemäß §§ 611 ff. BGB treten mithin häufig in der Form des Dauerschuldverhältnisses auf. Die Bestimmung eines Vertragsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis ist insbesondere für die Frage der Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB von Bedeutung (vgl. hierzu unsere Ausführungen unter Ziffer 2.4.4). Danach kann jeder Vertragsteil ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist kündigen, wenn dem Kündigenden die Fortführung des Vertragsverhältnisses tatsächlich nicht zugemutet werden kann.

Darüber hinaus können auch Vertragsverhältnisse zwischen (Teil-)Systemanbietern und Dienstleistern, die nur Einzeldienstleistungen anbieten, auch als Dauerschuldverhältnisse zu qualifizieren sein (z. B. dauerhafter Reinigungsservice).

3.1.2 Inhalt und Umfang des FM-Vertrages

Ein Vertrag mit einem Systemanbieter kann sämtliche Einzelleistungen aus dem technischen, kaufmännischen und infrastrukturellen FM beinhalten, wie z. B.

- Objektmanagement,
- Dokumentation und Berichtswesen,
- Betriebsführung/Objektbetrieb,
- Wartung,
- Instandhaltung/Instandsetzung,
- Verfolgung von Mängelansprüchen,
- Energiemanagement,
- Reinigung,
- Pflege der Außenanlagen,
- Gebäudeservice,
- Gebäude-/Werkschutz,
- IT-Dienstleistungen,
- Entsorgung,
- Postdienste/Warenannahme/Gebäudelogistik,
- Konferenzräume und Veranstaltungsservice,

-
- Catering,
 - Büroservice,
 - Fahrdienste,
 - kaufmännische Verwaltung und Controlling,
 - Flächenmanagement,
 - Leerstandsmanagement.

Aus dieser – nicht abschließenden – Aufzählung wird deutlich, dass das Leistungsspektrum eines FM-Vertrages mit einem (Teil-)Systemanbieter zahlreiche Einzelleistungen umfasst, deren Inhalte umfassend in einem Vertragswerk geregelt werden müssen. Dabei fallen einige Teilleistungen unter das Werkvertragsrecht gemäß §§ 631 ff. BGB (z.B. Wartung, Instandsetzung, etc.), andere wiederum unter das Dienstvertragsrecht gemäß §§ 611 ff. BGB (z.B. Postdienste/Warenannahme/Gebäudelogistik, Fahrdienste, etc.). Daraus wird deutlich, dass es sich bei dem Vertrag mit einem (Teil-)Systemanbieter um einen **gemischten Vertrag** handelt.

Bei einem gemischten Vertrag ist es die Aufgabe des Vertragsgestalters, die Bestandteile verschiedener Vertragstypen – wie vorliegend Werk- und Dienstvertragsrecht – derart in das Vertragswerk einzubinden, dass sie ein sinnvolles Ganzes ergeben. Problematisch ist die rechtliche Behandlung dieses Vertragstypus. Die (Absorptions-)Theorie, wonach alleine das Recht der Hauptleistung anwendbar sein soll, ist mittlerweile überholt. Demgegenüber sind nach der herrschenden Kombinationstheorie bzw. der Theorie der analogen Rechtsanwendung für jede Leistung die Vorschriften des dieser Leistung korrespondierenden Vertragstypus heranzuziehen. Dies bedeutet, dass für jede Einzelleistung zu bestimmen ist, welcher Vertragstypus einschlägig ist. Dies muss folgerichtig bei der Vertragsgestaltung entsprechend berücksichtigt werden

Daher sind im Vertrag die wechselseitigen Rechte und Pflichten in Bezug auf jeden einzelnen Vertragstypus zu regeln. Dabei muss z.B. berücksichtigt werden, dass die im Leistungskatalog aufgeführten Einzelleistungen, die rechtlich als Werkleistungen im Sinne der §§ 631 ff. BGB zu qualifizieren sind, gemäß § 640 BGB der Abnahme bedürfen. Dies gilt demgegenüber nicht für Dienstleistungen, hinsichtlich derer das Dienstvertragsrecht keine Abnahme vorsieht. Diese Differenzierung ist auch in Bezug auf Sekundäransprüche zu beachten, insbesondere in Bezug auf Ansprüche wegen Pflichtverletzung oder Schlechtleistung. Soweit eine Einzelleistung als werkvertragliche Leistung zu qualifizieren ist, so findet diesbezüglich das

Gewährleistungsrecht des Werkvertragsrechts und die dort geregelte erfolgsbezogene, verschuldensunabhängige Haftung Anwendung. Für die als Dienstleistungen zu qualifizierenden Einzelleistungen gilt das allgemeine Schuldrecht. Dies bedeutet, dass Sekundäransprüche wie z.B. Schadensersatzansprüche nur gegeben sind, wenn der (Teil-)Systemanbieter die Pflichtverletzung zu vertreten (verschuldet) und dadurch ein Schaden entsteht.

Praxishinweis: Ein FM-Vertrag mit einem Systemanbieter enthält regelmäßig Komponenten aus Dienst- und Werkvertragsrecht. Aufgabe einer optimalen Vertragsgestaltung ist es, die unterschiedlichen Regelungen und Rechtsfolgen im Vertrag zu einem sinnvollen und einheitlichen Vertragswerk zu verknüpfen. Die Vertragsanwender brauchen Klarheit hinsichtlich der ihnen zugewiesenen Rechte und Pflichten.

Zu unterscheiden ist bei der Vertragsgestaltung weiterhin zwischen FM-Verträgen, die sich nur auf ein einzelnes Objekt beziehen, und einer **Portfolioübergabe**. Eine Portfolioübergabe liegt vor, wenn der Anwender/Nutzer den (Teil-)Systemanbieter mit der Bewirtschaftung mehrerer Objekte beauftragt. Regelungstechnisch können die Vertragsparteien dazu mehrere, ggf. bis auf die Leistungsbeschreibung und andere Spezifika identische Einzelverträge abschließen. Im Regelfall als sinnvoller erweist sich jedoch, eine Portfolioübergabe in der Weise vorzunehmen, dass die Vertragsparteien einen Rahmenvertrag schließen, dessen Vertragsbestandteil (knapp gehaltene) Einzelverträge in Bezug auf einzelne Objekte mit jeweils individueller Leistungsbeschreibung sind. Dies hat den Vorteil, dass die übergeordneten wechselseitigen Rechte und Pflichten im Rahmenvertrag nur einmal verhandelt und niedergelegt werden müssen. Rechtliche und wirtschaftliche Synergien können hier besser genutzt werden. Darüber hinaus sind auch individuelle Laufzeiten für einzelne Objekte denkbar, ohne dass diese die Wirksamkeit des Rahmenvertrages berühren.

Es empfiehlt sich, bei einer Portfolioübergabe im Rahmenvertrag zu regeln, dass die Vertragsparteien für jedes Objekt gesondert auf Grundlage eines dem Rahmenvertrag als Anlage im Muster beiliegenden Formulars Einzelverträge schließen, die die Vertragslaufzeit und die jeweils geschuldeten Leistungen individuell regeln. Eine detaillierte Beschreibung der geschuldeten Leistungen ergibt sich aus den gesonderten Leistungs- und Preisverzeichnissen für jedes Einzelobjekt, die dem Einzelvertrag als Anlage angehängt sind.

Weiter können die Vertragsparteien über den Abschluss von Einzelverträgen hinaus beliebig weitere Objekte in das Leistungsspektrum des Rahmenvertrages aufnehmen oder aber

Objekte entfallen lassen. Die auf Basis des Rahmenvertrages geschlossenen Einzelverträge weisen in der Regel die gleiche Laufzeit und Kündigungsfrist auf wie der Rahmenvertrag, soweit dort nicht explizit abweichende Regelungen vorgesehen sind. Mit Beendigung des Rahmenvertrages enden automatisch auch die auf seiner Basis abgeschlossenen Einzelverträge.

Praxishinweis: Die Portfoliovergabe gewährleistet die notwendige rechtliche Flexibilität in Bezug auf Änderungen des Immobilienbestandes.

Hinsichtlich des **Umfangs** der Vereinbarung enthält der FM-Vertrag mit einem (Teil-)Systemanbieter sinnvollerweise folgende Regelungskomplexe, die nicht abschließend sind:

- Beschreibung des Vertragsgegenstandes einschließlich der Benennung der Vertragsbestandteile,
- Darstellung der wechselseitigen Pflichten des Anwenders/Nutzers und des (Teil-)Systemanbieters, einschließlich Regelungen zur wechselseitigen Information, zum Berichtswesen und zur Dokumentation,
- Personaleinsatz inklusive Nachunternehmerleistungen und -verpflichtungen,
- Leistungserbringung einschließlich Leistungsänderungen,
- Fristen/Termine,
- Vergütung/Abrechnung/Zahlung,
- Leistungscontrolling,
- Ansprüche wegen Pflichtverletzung, insbesondere Gewährleistung und Haftung sowie Versicherungsschutz,
- Vertragsdauer und Vertragsbeendigung, insbesondere Kündigung,
- sonstiges wie z. B. Geheimhaltung, Datenschutz, Gerichtsstand, Rechtsweg und Schlussbestimmungen.

3.1.3 Die Regelungen im Einzelnen

Der **Vertragsgegenstand**, insbesondere Vertragsinhalt und -umfang, sind detailliert zu beschreiben. Das Leistungsspektrum kann im Rahmen der vertragsgegenständlichen Leistungsbeschreibung angegeben werden. Ansonsten ist im Rahmenvertrag das Objekt genau zu bezeichnen.

Vertragsbestandteile sind neben dem Text des Rahmenvertrages insbesondere die Leistungsbeschreibung, welche auch die Preise enthält. Es empfiehlt sich die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses, in welchem für jede Teilleistung des (Teil-)Systemvertrages der Leistungsumfang und -inhalt definiert ist. Daneben ist auch ein separates Preisverzeichnis als Vertragsbestandteil denkbar. Weiterhin sind Vertragsbestandteile die dem dargestellten Vertragszweck dienenden und unterstützenden gesetzlichen Vorschriften, Unfallverhütungsvorschriften und behördlichen Bestimmungen sowie Normen, Richtlinien und verbindlichen Herstellerspezifikationen in ihrer zum Zeitpunkt der Leistungserbringung gültigen Fassung. Auf deren Geltung als Vertragsbestandteil ist im Vertrag explizit hinzuweisen.

Der Anwender/Nutzer wird sich in der Regel das Recht einräumen, einseitig **Änderungen** hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung anordnen zu dürfen. Hierzu sind zum Einen die Grenzen des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts zu definieren, zum Anderen sind die Vergütungsfolgen zu regeln. Dies gilt insbesondere auch bei anfallenden Mengenänderungen.

Praxistipp: Das Regelungssystem der VOB/B (§§ 1 Abs. 3, Abs. 4/ 2 Abs. 5, Abs. 6) bietet eine Systematik, auf welche im Rahmen der Vertragsgestaltung zurückgegriffen werden kann.

Zu regeln ist, ob der (Teil-)Systemanbieter berechtigt ist, **Nachunternehmer** einzusetzen. Sinnvoll ist hier, dass der Einsatz von Nachunternehmern der Zustimmung des Anwenders/ Nutzers bedarf. Gegebenenfalls kann bereits in den Rahmvertrag eine Liste zugelassener Nachunternehmer aufgenommen werden.

Die für die **Vertragskoordination und -durchführung** Verantwortlichen auf beiden Seiten sind zu benennen. Insbesondere muss dabei beachtet werden, dass die benannten Personen für die jeweilige Vertragspartei bevollmächtigt sind. Ist die Vollmacht eingeschränkt, sind deren Grenzen ebenfalls detailliert zu bezeichnen. Darüber hinaus ist zu regeln, in welchem Umfang diese Personen erreichbar sein müssen. Ggf. ist eine ständig erreichbare Störmeldestelle vertraglich zu installieren.

Die **wechselseitigen Pflichten** sind genau zu bestimmen. Seitens des Anwenders/ Nutzers ist zu klären, welche Ressourcen (z. B. Räumlichkeiten, Wasser, Geräte, Materialien, etc.) er dem Systemanbieter zur Verfügung zu stellen hat und ob hierfür eine Vergütung zu leisten

ist. Demgegenüber ist auf Seiten des (Teil-)Systemanbieters zu regeln, welche Neben-, Informations- und Schutzpflichten ihm im Einzelnen obliegen.

Praxistipp: Vor dem Hintergrund der Betreiberverantwortung sollte es der Anwender/Nutzer vermeiden, Geräte, Ausrüstungsgegenstände, etc. zur Verfügung zu stellen.

Besonderes Augenmerk ist auf die Frage der Rechtsfolgen von **Behinderungen** zu legen. Für den Fall, dass der (Teil-)Systemanbieter aufgrund von Umständen, die der Anwender/Nutzer zu vertreten hat, in der Ausführung seiner Leistung behindert ist, empfiehlt sich in Anlehnung an § 6 VOB/B eine Anzeigepflicht des (Teil-)Systemanbieters zu regeln, um dem Anwender/Nutzer die Möglichkeit an die Hand zu geben, schnellstmöglich für Abhilfe zu sorgen. Gelingt dies dem Anwender/Nutzer nicht, ist weiterhin zu regeln, ob und – wenn ja – in wie weit dem (Teil-)Systemanbieter ein Anspruch auf Schadenersatz/Entschädigung zusteht.

Weiterhin ist denkbar, dass im Zuge der Durchführung des Rahmenvertrages **kostenauslösende Maßnahmen** anfallen. Solche Maßnahmen sind kleinere Tätigkeiten, die typischer Weise anfallen und deren konkreter Inhalt, Zeitpunkt und Umfang aufgrund der Vielfalt möglicher Lebenssachverhalte nicht im Voraus bestimmt und daher auch nicht in der Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden kann. Insoweit empfiehlt es sich, dass der (Teil-)Systemanbieter verpflichtet ist, unverzüglich eine solche Maßnahme gegenüber dem Anwender/Nutzer schriftlich anzuzeigen und auf die daraus resultierenden finanziellen Folgen hinzuweisen. In diesem Fall kann dann der Anwender/Nutzer entscheiden, ob er eine solche Leistung durchgeführt wissen will. Für den Fall der Gefahr im Verzug ist es sinnvoll, dass der (Teil-)Systemanbieter berechtigt ist, selbst, also ohne vorige Anordnung des Anwenders/Nutzers kostenauslösende Maßnahmen zu ergreifen.

Hinsichtlich des **Personaleinsatzes** sollte geregelt werden, dass das eingesetzte Personal ein einwandfreies Bild des Unternehmens des Anwenders/Nutzers gewährleistet. Darüber hinaus sind das eingesetzte Personal zu benennen und der Personaleinsatz zu dokumentieren. Insbesondere hat der (Teil-)Systemanbieter dafür zu sorgen, dass das Personal über die notwendige Qualifikation und alle erforderlichen Nachweise (z.B. Arbeiterlaubnis, etc.) verfügt. Seit dem 01.01.2009 ist zwar die Verpflichtung zur Mitführung des Sozialversicherungsausweises entfallen, doch müssen sich Beschäftigte bspw. im Bau- und Gebäudereinigungsgewerbe jederzeit durch Personalausweis oder

andere geeignete Dokumente ausweisen können. Von besonderer Bedeutung kann sein, dass geregelt wird, wer die eventuellen notwendigen Ausweise, Ausrüstung oder Kleidung zu stellen hat.

Leistungsfristen und -termine können (und sollten) im Leistungsverzeichnis benannt werden. Für den Fall der Überschreitung von Fristen und Termine kann eine **Vertragsstrafe** (z.B. in Gestalt von Service Levels) vereinbart werden. Darüber hinaus empfehlen sich Regelungen zum Leistungscontrolling.

Alle werkvertraglich zu qualifizierenden Leistungen sind **abzunehmen**.

Hinsichtlich der **Vergütung** sind verschiedene Modelle denkbar, nämlich:

- Festpreismodell (ggf. einschließlich einer Preisanpassungsklausel),
- Abrechnung nach Einheitspreisen,
- variable Vergütung (Bonus-Malus-System) oder
- Abrechnung als Regieleistungen.

Wird ein **Festpreis** vereinbart, ist zu regeln, dass der Anwender/Nutzer dem (Teil-)Systemanbieter für die Erbringung der Leistung innerhalb eines bestimmten Zeitraumes eine bestimmte Pauschale schuldet, die sich der Höhe nach aus der Summe der einzelnen Bestandteile der Leistungsbeschreibung ergibt. Daneben kann eine Preisanpassungsklausel aufgenommen werden, welche sich insbesondere bei längerfristig angelegten Verträgen empfiehlt. Darin kann z. B. geregelt werden, dass sich die vertraglich vereinbarten Festpreise zu einem bestimmten Datum um einen bestimmten Prozentsatz erhöhen. Eine Bezugnahme auf einen bestimmten Index, wie z. B. den Verbraucherpreisindex, ist ebenfalls möglich. Hierbei sind hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen insbesondere die Regelungen des PrKG zu beachten (siehe hierzu unsere Ausführungen unter Ziffer 2.3.1.4).

Bei einer **Abrechnung nach Einheitspreisen** wird die erbrachte Leistung (Menge) nach Leistungserbringung aufgemessen und dann anhand der im Vertrag definierten Einheitspreise abgerechnet. Ergibt sich im Vergleich zur vereinbarten Menge eine Mengenänderung (Mengenmehrung oder –minderung), ist die sich daraus ergebende Vergütung z.B. analog zu § 2 Abs. 3 VOB/B anzupassen.

Im **Bonus-Malus-System** ist die Vereinbarung einer Staffelung der Vergütung möglich. Dabei ist einem bestimmten Prozentsatz der Leistungserbringung ein bestimmter Prozentsatz der Vergütung zuzuordnen. Der Prozentsatz der Leistungserbringung definiert sich auf Grundlage eines Qualitätssicherungssystems. Dabei können **Service Levels** vereinbart werden (**SLA = Service Level Agreements**). In diesen Service Levels sind Sachverhalte geregelt, die die Qualität der Leistung sicherstellen sollen. Verstößt der (Teil-)Systemanbieter gegen einzelne Service Levels, führt dies zu einer Verringerung des Prozentsatzes der Leistungserbringung und damit zu einer Verringerung der Vergütung. Wird ein solches System vereinbart, ist als Vertragsbestandteil eine genaue Definition der einzelnen Service Levels aufzunehmen.

SLA stehen somit an der Schnittstelle zwischen Leistungsbeschreibung und Vergütung. Sie stellen ein Verfahren zur Messung der Qualität der ausgeführten Leistung dar und definieren die vertragsrechtlichen Konsequenzen bei einer Soll-/Ist-Abweichung im Sinne einer Abweichung zwischen der Qualität der vertraglich vereinbarten und der tatsächlich ausgeführten Leistung. Liegt eine solche Soll-/Ist-Abweichung vor, führt dies in vertragsrechtlicher Hinsicht zu einem Mangel der erbrachten Leistung, welcher wiederum die Verwirkung der vertraglich vereinbarten Vertragsstrafe oder die Minderung der Vergütung zur Folge hat.

Ausgangspunkt für die Vertragsgestaltung im Bereich der SLA ist die Definition einzelner wichtiger Qualitätsstandards. Dabei können als Anknüpfungspunkt entweder objektive oder subjektive Maßstäbe herangezogen werden. Einen subjektiven Anknüpfungspunkt stellt z.B. das Ergebnis der Befragung von Nutzern dar, welches zwischen den Vertragsparteien als verbindlich vereinbart wird.

Dabei macht die Vereinbarung von SLA vor allem im Bereich von Ausführungsfristen und -qualitäten Sinn. Folgende SLA sind denkbar:

- Definition von regelmäßig wiederkehrenden Ausführungszyklen,
- Definition von maximalen Ausführungszeiträumen,
- Definition von maximalen Reaktionszeiten im Fall des Eintritts von Störungen,
- Verpflichtung zur unverzüglichen schriftlichen Anzeige der Störungsbeseitigung, ggf. auf Grundlage einer gemeinsamen CAFM-Plattform,
- Verpflichtung zum einheitlichen Auftritt des eingesetzten Personals, z.B. Tragen eines einheitlichen Firmenausweises mit stets sichtbarem Lichtbild sowie entsprechender Schutzkleidung mit Firmenlogo,

-
- Verpflichtung zur ständigen Verfügbarkeit und Erreichbarkeit des vertraglich benannten Ansprechpartners während des vertraglich festgelegten Leistungszeitraumes,
 - Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Dokumentation der Störungsbeseitigung, z.B. Anbringen von Wartungsaufklebern, Einträge in Handbücher, etc.

Die vorstehende beispielhafte Aufzählung ist keinesfalls abschließend. Der Vertragsgestaltung sind insoweit keine Grenzen gesetzt. Es empfiehlt sich jedenfalls, die SLA abschließend in einer Anlage zum FM-Vertrag zu definieren.

Ausgehend von der vertraglichen Definition der SLA ist vertragsrechtlich ein System zur systematischen Erfassung und Bewertung etwaiger Verstöße zu installieren. Es empfiehlt sich aus Sicht des Anwenders/Nutzers, dass er zum Zwecke der Qualitätskontrolle und -steuerung etwaige SLA-Verstöße auf Grundlage eines intern zu regelnden und sicherzustellenden Qualitätsmanagementsystems über einen bestimmten Zeitraum, z.B. monatlich erfasst, auswertet und dem (Teil-)Systemanbieter das Ergebnis seiner Auswertung schriftlich mitteilt. Dem (Teil-)Systemanbieter ist die Möglichkeit zu geben, binnen einer bestimmten Frist von z.B. zwei Wochen nach Zugang der Monatsauswertung qualifizierte Einwendungen gegen die Auswertung zu erheben, wenn und soweit nach seiner Auffassung entgegen der Auswertung des Anwenders/Nutzers ein Verstoß im Einzelfall nicht vorliegen sollte. Mit weiteren Einwendungen gegen die Richtigkeit der Monatsauswertung nach Ablauf der Ausschlussfrist ist er ausgeschlossen. Diese Ausschlussfrist erscheint im Sinne der Rechtssicherheit für beide Seiten sinnvoll, wenn schon keine abschließende Regelung für den Fall gefunden werden kann, dass der (Teil-)Systemanbieter seine Einwendungen rechtzeitig erhebt. Für diesen Fall könnte ggf. geregelt werden, dass die Vertragsparteien unter Mithilfe eines Dritten auf dem Verhandlungswege binnen eines bestimmten Zeitraums nach einer Einigung zu suchen haben.

Nach Ablauf der Ausschlussfrist ermittelt der Anwender/Nutzer auf Grundlage seiner Auswertung sowie unter Berücksichtigung der von ihm als begründet erachteten Einwände des AN die Vergütung. Dabei kommt entweder eine Berücksichtigung der SLA-Verstöße auf der Vergütungsseite als Pönale oder als Reduzierung der vertraglich vereinbarten Pauschale um einen bestimmten Prozentsatz in Betracht.

Im ersten Fall, nämlich der Ausgestaltung als Pönale, kann eine Staffellung vertraglich vereinbart werden, in deren Rahmen einer bestimmten Anzahl von SLA-Verstößen eine bestimmte

Pönale gegenüber gestellt wird. So kann zum Beispiel geregelt werden, dass bis zu drei SLA-Verstöße mit einer Pönale von x EUR, 4 bis 6 SLA-Verstöße mit einer Pönale von y EUR und 7 bis 9 Verstöße mit einer Pönale von z EUR, usw. belegt werden. Der Gestaltungsfreiheit im Bereich der Staffelung sind dabei keine Grenzen gesetzt. Da es sich jedoch vorliegend um eine Vertragsstrafe handelt, ist zu berücksichtigen, dass es sich bei einer solchen im Einzelfall um Allgemeine Geschäftsbedingungen handeln kann, die gemäß §§ 305 ff. BGB einer Klauselkontrolle unterliegt. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich in jedem Fall, eine Höchstgrenze für die Vertragsstrafe zu vereinbaren, anderenfalls die gesamte Vertragsstrafenregelung unwirksam sein könnte. Die nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH im Bereich des privaten Baurechts gültige Obergrenze von 5% der Auftragssumme kann dabei nicht ohne Weiteres auf den FM-Vertrag übertragen, kann also lediglich als Richtschnur herangezogen werden. In diesem Bereich ist also auf die Ausgestaltung der Regelung im Einzelfall größter Wert zu legen (Bonus-Regelung). Dies stellt einen weiteren positiven Anreiz zur Qualitätssicherung dar.

Im zweiten Fall, nämlich der Reduzierung der vertraglich vereinbarten Pauschale um einen bestimmten Prozentsatz, ist als Ausgangspunkt einem bestimmten Prozentsatz der Leistungserbringung die volle Vergütung zuzuordnen. So kann zum Beispiel geregelt werden, dass bei einer 90%-igen Leistungserbringung die vertraglich vereinbarte Pauschale pro Leistungszeitraum in voller Höhe fällig wird. Reduziert sich das Maß der Leistungserbringung in Folge von SLA-Verstößen, reduziert sich auch die Höhe der Pauschale gemäß einer zu regelnden Staffelung. Überschreitet das Maß der Leistungserbringung den Prozentsatz, welcher der vollen Vergütung zugeordnet ist, ist darüber hinaus an eine Bonusvergütung zu denken.

Es empfiehlt sich weiterhin, die Staffelung nach unten zu begrenzen. Dies bedeutet, dass bei einer Leistungserbringung von zum Beispiel x% und weniger in jedem Fall die Mindestvergütung fällig wird. Daneben kann sich der Anwender/Nutzer jedoch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in Folge der Schlechtleistung vorbehalten.

Da die Vereinbarung von SLA zwar sinnvoll, aber vertragsrechtlich komplex ist, empfiehlt es sich, in den FM-Vertrag einen Probezeitraum aufzunehmen, in welchem den Vertragsparteien Gelegenheit gegeben wird, sich an die Inhalte der SLA und das formale Prozedere zu gewöhnen und ggf. noch Änderungen in den Vertrag aufzunehmen (vgl. *Schrammel, SLA als probates Mittel – Tipps zur Vertragsgestaltung im Bereich des Leistungscontrollings, Facility Management 2011, 60 f.*).

Schließlich können **Regieleistungen** abgerechnet werden. Hierzu ist erforderlich, dass bereits im Leistungsverzeichnis den einzelnen Leistungen bestimmte Stundensätze zugeordnet werden, sodass anhand einer Aufstellung der Leistung (Regiebericht) die Vergütung zu errechnen ist.

Hinsichtlich der **Ansprüche wegen Pflichtverletzungen** (Sekundäransprüche) ist jeweils zu unterscheiden, ob es sich bei der jeweiligen Leistung um eine werk- oder dienstvertragliche Leistung handelt. Handelt es sich um eine werkvertragliche Leistung, kann auf das Gewährleistungsrecht des Werkvertragsrechts (BGB) oder auch der VOB/B bei Bauleistungen verwiesen werden. Handelt es sich dagegen um eine dienstvertragliche Leistung, ist das allgemeine Schuldrecht maßgeblich. Beide Regelungskomplexe sind jedoch im Einzelfall einer vertraglichen Modifizierung zugänglich.

Praxistipp: Im Falle einer Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen ist im Rahmen der Vertragsgestaltung auf eine Klauselkontrolle im Sinne der §§ 305 ff. BGB großer Wert zu legen.

Hinsichtlich der **Haftung** können Höchstgrenzen aufgenommen werden. Des Weiteren sind Regelungen hinsichtlich eines **Sicherheitseinbehaltes** und ggf. dessen Ablösung durch Stellung einer Bürgschaft möglich.

In diesem Zusammenhang empfiehlt sich auch eine Regelung aufzunehmen, wonach der Dienstleister verpflichtet ist, für die Dauer des Vertrages eine **Haftpflichtversicherung** für Schäden aus der Abwicklung dieses Vertrages mit bestimmten Deckungssummen abzuschließen und zu unterhalten.

Regelungen zur **Geheimhaltung** und zum **Datenschutz** sind unabdingbar. Bei Kreditinstituten sind die besonderen Prüf- und Kontrollrechte der BaFin auch beim Dienstleister zu beachten (§ 25 a KWG). Ferner sind auch die Regelungen hinsichtlich gewerblicher **Schutz- und Urheberrechte** zu beachten. Schließlich sind Regelungen zum Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der zur Verfügung gestellten Daten (Ausschluss des Zurückbehaltungsrechtes) sowie zur Kompatibilität der Daten (IT-)Systeme zu treffen.

Die **Vertragsdauer** bedarf der Regelung. Entweder wird der Vertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen oder es wird ein Datum vereinbart, an welchem die Leistungspflichten aus dem Vertrag enden. Wird der Vertrag in dieser Weise befristet, empfiehlt sich eine Regelung, dass der Vertrag drei Monate vor Ablauf des Zeitraums gekündigt werden kann, anderenfalls

er sich automatisch um einen (zu definierenden) Zeitraum verlängert. Zu prüfen ist weiter, ob ein Sonderkündigungsrecht aufgenommen werden soll, etwa für den Fall des Verkaufs des Objekts. Dies ist grundsätzlich zu empfehlen, denn häufig möchte der künftige Eigentümer das Objekt einer anderen Nutzung zuführen oder aber in sein bestehendes Portfolio und dessen FM-Struktur einbinden. Ohne Kündigungsrecht müsste der Käufer verpflichtet werden, den bestehenden FM-Vertrag zu „übernehmen“, da er ohne vertragliche Regelung nicht auf den neuen Eigentümer übergeht. Der FM-Vertrag ist, anders als der objektbezogene Mietvertrag, der nach § 566 BGB auf den neuen Eigentümer übergeht, auf den Vertragspartner bezogen, nicht auf die vertragsgegenständliche Immobilie. Ein nicht kündbarer FM-Vertrag mit einem (Teil-)Systemanbieter kann insoweit die Fungibilität des Objektes beeinträchtigen. In diesem Zusammenhang sollte unbedingt berücksichtigt werden, dass der Grundstücksverkauf – zur Vermeidung des Anfalls von Grunderwerbsteuer – zunehmend als share-deal erfolgt, so dass ggf. eine Change of control-Klausel zur Begründung des Sonderkündigungsrechts mit aufzunehmen ist.

Hiervon unberührt besteht das Recht zur **Kündigung aus wichtigem Grund** (vgl. hierzu unsere Ausführungen unter Ziffer 2.4.1.3 und 2.4.4).

3.2 Häufige Vertragstypen im Verhältnis (Teil-)Systemanbieter-Dienstleister

Wie bereits dargelegt, sind Leistungsgegenstand des vollumfänglichen FM-Vertrages zwischen Anwender/Nutzer und (Teil-)Systemanbieter zahlreiche Einzeldienstleistungen, hinsichtlich derer auch Einzelverträge mit Einzeldienstleistern abgeschlossen werden können. Exemplarisch sind zu nennen:

- Wartungsvertrag,
- Reinigungsvertrag und
- Wachdienstvertrag.

Diese Verträge und deren regelungstechnische Besonderheiten seien nachfolgend dargestellt.

3.2.1 Der Wartungsvertrag

Der Wartungsvertrag soll einen möglichst störungsfreien Betrieb der Anlagen oder Werke gewährleisten und somit den Sollzustand aufrechterhalten. Auch Software bedarf der

Wartung, wobei in diesem Fall häufig von einem Pflegevertrag gesprochen wird.

Wie bei allen Verträgen ist auch beim Wartungsvertrag wichtig, dass der Vertragsgegenstand genau beschrieben wird. Je nach Umfang der Wartungsleistung spricht man auch vom sog. Vollwartungsvertrag. Beim Vollwartungsvertrag sind nicht nur die Inspektion, sondern auch bestimmte Reparaturleistungen (Instandsetzung) vom Wartungsumfang und der hierfür zu zahlenden Vergütung umfasst. Insofern können Wartungsverträge die Instandhaltung als vorbeugende Wartung sowie die Instandsetzung nach einem aufgetretenen Fehler beinhalten. Hierzu müssen die Vertragsparteien klären und vertraglich fixieren, welcher Leistungsumfang aus dem Wartungsvertrag geschuldet sein soll.

Folgende Leistungsbereiche kann der Wartungsvertrag umfassen:

- Instandhaltung, nutzungsabhängig oder nach einem festen Zeitplan;
- Instandsetzung nach einer Fehlermeldung;
- Fernwartung oder Ferndiagnose (insbesondere bei IT-Wartung);
- zusätzliche Maßnahmen, wie z.B. Lieferung eines Ersatzgerätes;
- Minimalleistung zur Erlangung einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist.

Häufig werden Wartungsverträge in erster Linie abgeschlossen, um nach einer Neuerrichtung in den Genuss der verlängerten Gewährleistungsfrist des § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B zu gelangen. Danach beträgt die Verjährungsfrist für Teile von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, zwei Jahre, wenn der Auftraggeber sich dafür entschieden hat, dem Auftragnehmer die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht zu übertragen.

Das heißt also, dass bei sog. VOB/B-Verträgen die Gewährleistungsfrist von vier auf zwei Jahre verkürzt wird, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer nicht mit der Wartung beauftragt. Dies gilt wiederum dann nicht, wenn individualvertraglich etwas anderes vereinbart wird.

Praxistipp: Bei Neuerrichtungen oder Sanierungen, bei denen die VOB/B vereinbart wird, ist darauf zu achten, dass der Auftragnehmer hinsichtlich maschineller oder elektronischer Anlagen mit der Wartung beauftragt wird, da sich ansonsten die Mängelhaftungsfrist auf

zwei Jahre verkürzt. Vorsicht geboten ist in diesem Zusammenhang bei vorzeitiger Kündigung eines Wartungsvertrages. Es kann sich dadurch die verlängerte Gewährleistungsfrist wieder verkürzen (*OLG Düsseldorf NJW-RR 2004, 636*).

Die Verknüpfung von Gewährleistungsfrist und Wartungsvertrag führt häufig dazu, dass die Werkunternehmer, die das Gewerk eingebaut haben, die teuersten Anbieter von Wartungsleistungen sind. Denn sie sind bei Beauftragung mit der Wartung mit einer verlängerten Mängelhaftungsverpflichtung belastet.

Auch andere Werkunternehmer machen die Verlängerung von Gewährleistungsfristen häufig vom Abschluss eines Wartungsvertrages abhängig. Zu nennen sind hier bspw. Flachdachhersteller oder Fassadenbauer.

Bei Abschluss der Werkverträge über die Errichtung der Gewerke ist regelmäßig darauf zu achten, dass auch ein Dritter Auftraggeber der Wartung sein kann. Häufig kommt es vor, dass das Bauwerk von einem Projektentwickler realisiert wird, der auch die Bauleistung beauftragt (z.B. GU-Auftrag). In dieser Konstellation wird entweder der spätere (Neu)-Eigentümer oder der Nutzer ein Interesse daran haben, die Wartungsverträge zu beauftragen. Nach dem Wortlaut des § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B erfolgt die Verlängerung der Gewährleistung allerdings nur, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer mit der Wartung beauftragt. Insofern ist bereits in den Werkverträgen zu regeln, dass auch der Nutzer oder ein sonstiger Dritter den Auftragnehmer mit der Wartung beauftragen kann und dies die Verlängerung der Mängelhaftungsfrist zur Folge hat.

Praxishinweis: Bereits bei Abschluss der Werkverträge ist zu vereinbaren, dass auch ein Dritter (z.B. Grundstückseigentümer, Mieter o.ä.) den Auftragnehmer mit den Wartungsleistungen mit der Folge der Verlängerung der Mängelhaftungsfrist gemäß § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B beauftragen kann.

Wartungsverträge werden grundsätzlich dem **Werkvertragsrecht** (siehe Ziffer 2.2.1) zugeordnet, denn geschuldet wird hierbei nicht nur eine reine Dienstleistung im Sinne der Durchführung ordnungsgemäßer Wartungsarbeiten, sondern auch ein Erfolg in Form der Sicherstellung der Soll-Beschaffenheit. Auch der Bezug auf die Dauer der Mängelhaftungsfrist zeigt diese Erfolgsbezogenheit des Wartungsvertrages. Ein anderes Ergebnis ist regelmäßig nur dann denkbar, wenn sich aus dem Vertrag selbst hinreichend deutlich ergibt, dass der

Wartungsunternehmer ausnahmsweise nur die Durchführung von Maßnahmen, nicht aber deren Erfolg schuldet.

Wesentlicher Inhalt des Wartungsvertrages ist weiter dessen Dauer. Wenn es nach einer Neuerrichtung zunächst (nur) um die Erlangung der verlängerten Gewährleistungsfrist geht, wird man den Wartungsvertrag sinnvollerweise zunächst auf die Dauer der Mängelhaftungsfrist – also, wenn nichts anderes vereinbart ist, beim BGB-Vertrag ggf. auf fünf, beim VOB-Vertrag auf vier Jahre – befristen. In allen anderen Fällen ist die Dauer des Wartungsvertrages auch Gegenstand der Preisverhandlungen, da der Wartungsunternehmer Preisnachlässe von einer bestimmten Laufzeit abhängig machen wird (vgl. auch *OLG München IBR 1991, 376*).

In jedem Falle sollten jedoch für bestimmte Fälle Sonderkündigungsrechte vereinbart werden (z.B. für den Fall der Objektveräußerung).

Praxishinweis: In Wartungsverträge sollten Sonderkündigungsrechte für den Fall aufgenommen werden, dass der Auftraggeber das Objekt verkauft (sofern er Eigentümer ist) oder die Nutzung des Objektes beendet wird.

3.2.2 Der Reinigungsvertrag

Der Reinigungsvertrag, insbesondere der Vertrag über die Gebäudereinigung, ist als **Werkvertrag** zu qualifizieren. Es gelten mithin unsere unter Ziffer 2.2.1 gemachten Ausführungen zum Werkvertragsrecht.

Von erheblicher Bedeutung ist der Reinigungsvertrag deshalb, weil für die meisten Nutzer aufgrund der hohen Publikumswirksamkeit (z.B. des Gebäudes) ein besonderes Interesse an einer optimalen Reinigungsqualität und einem reibungslosen Ablauf ohne negative Auswirkungen auf Besucher und die dort beschäftigten Mitarbeiter besteht.

Daher ist zu regeln, dass die Reinigung pünktlich, gründlich, nach aktuellem Verfahrensstand und schonend unter Berücksichtigung ökologischer Erkenntnisse so auszuführen ist, dass ein einwandfreier Reinigungszustand erreicht wird. Für die Unterhaltsreinigung sind die genauen Zeitfenster zu vereinbaren, die der Dienstleister einzuhalten hat. Darüber hinaus sollte vereinbart werden, dass nach Durchführung der Arbeiten zur Unterhaltsreinigung der Dienstleister verpflichtet ist, einen Kontrollrundgang zu absolvieren. Dies dient der Qualitätskontrolle.

Gesetzliche Grundlagen wie z.B. Infektionsschutzgesetz, Arbeitsstättenrichtlinien, Arbeitsstättenverordnung, Chemikaliengesetz und Gefahrstoffverordnung sind einzuhalten.

Eine besondere Problematik im Rahmen des Reinigungsvertrages besteht im Hinblick auf die Haftung (vgl. hierzu unsere Ausführungen zur Betreiberverantwortung unter Ziffer 4). Denkbar sind Fallkonstellationen, in welchen sich ein Dritter bei Betreten des Gebäudes verletzt, da erhöhte Rutschgefahr besteht. Dabei kommt eine deliktische Haftung des Anwenders/Nutzers in Betracht, der wiederum vertragsrechtlich Regress beim Dienstleister nehmen kann.

Neben der Unterhaltsreinigung sind auch Inhalt und Umfang von außergewöhnlichen Reinigungsarbeiten z.B. bei größeren Renovierungs- und/oder Bauarbeiten vertraglich zu regeln. Weiter ist fest zu legen, wer die erforderlichen Reinigungsmittel und sonstigen Gerätschaften stellt.

Gegenstand des Reinigungsvertrages ist in aller Regel auch die Abfallbeseitigung. Hier empfiehlt es sich, dass der Dienstleister für die ordnungsgemäße Beseitigung der Abfälle zu sorgen hat. Voraussetzung hierfür ist grundsätzlich, dass der Auftraggeber die hierfür notwendigen Mittel zur Verfügung stellt.

Gegenstand des Reinigungsvertrages sollten zudem Regelungen zur Vertraulichkeit und zum Datenschutz sein. Der Auftraggeber muss z. B. sicherstellen, dass die in den zu reinigenden Büros sichtbaren Informationen (Betriebsgeheimnisse) vertraulich bleiben. Dabei ist regelmäßig vertraglich festzuhalten und abzusichern, dass die Mitarbeiter des Reinigungsunternehmens nicht befugt sind, auf den Schreibtischen liegende Papiere und Unterlagen zum Zwecke der Reinigung wegzuräumen oder zu verlegen. Vielmehr sind die Mitarbeiter des Nutzers z.B. arbeitsvertraglich zu verpflichten, an den Tagen der Reinigung die Arbeitsflächen frei zu räumen.

Der Reinigungsvertrag ist ein Musterbeispiel für die Vereinbarung von Service Levels. Dabei sollten Qualitätsstandards festgelegt werden, anhand derer die Regelvergütung bestimmt werden kann. Werden diese Standards unterschritten, verringert sich die Vergütung (vgl. unsere Ausführungen unter Ziffer 3.1.3).

3.2.3 Der Wachdienstvertrag

Der Wachdienstvertrag umfasst im Wesentlichen den Werkschutz und stellt einen **Dienst-**

Leistungsvertrag dar. Es gelten mithin die dafür unter Ziffer 2.4.1 gemachten Ausführungen zum Dienstvertragsrecht.

Generalauftrag des Werkschutzes ist es, durch Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung Gefahren und Schäden vom Betrieb, der Anlage und dessen Mitarbeitern abzuwenden.

Der Werkschutz nimmt die ihm übertragenen Rechte und gegebenenfalls Pflichten des Besitzers wahr und wendet durch seine Arbeit Gefahren und Schaden vom Unternehmen des Anwenders/Nutzers ab. Er ist durch die vereinbarte Aufgabenübertragung berechtigt, das Hausrecht für den Eigentümer auszuüben. Zu den Aufgaben des Werkschutzes gehören je nach Vereinbarung

- der Gebäude-Werkschutz (Dienstplanung, Melde- und Berichtswesen, Notfallplanung, Koordination der Alarmverfolgung, Konzeptionierung, Sicherheitspersonalführung, permanentes Personaltraining, Planung und Durchführung von Sonderschutzmaßnahmen, Pfortentätigkeit),
- Revier-/Streifenschutz (Zustandskontrollen, Aufenthaltskontrollen, Verschlusskontrollen sämtlicher Türen und Fenster, Anlaufen von Stichstellen eines Wächterkontrollsystems, Alarmierung, Umfeldobservation, Melde- und Berichtswesen),
- Empfangsdienste (Ausweiskontrolle, Besucheridentifikation, Besucheranmeldung, Besucherregistrierung, Besucherausweis-Handling, Besucherleitung und -betreuung, Informationsdienst),
- Alarmverfolgung (Nothilfe, Einsatzmaßnahmen und Aktivierung von Notdiensten nach aktueller Notwendigkeit, Tatortsicherung, Notverschlussmaßnahmen, Melde- und Berichtswesen),
- Notrufzentrale (Notrufannahme, Video, Monitoring, Alarmierung der zuständigen Stellen, Notfallplanaktivierung, Melde- und Berichtswesen, Einsatzsteuerung, Auswertung Rundenkontrollsystem, Vermittlungsdienst, Verwaltung und Lagerung von Dienstwaffen und Einsatzmunition, Verwaltung von Dienst-, Notfall- und Alarmplänen, Verwaltung von Lagerung von Einsatzschlüsseln),
- Baustellenbewachung (regelmäßige Streifengänge, Funktionskontrolle technischer Reparaturen, Früherkennung von Wasserrohrbrüchen, Kontrolle der Unfallverhütungsvorschriften, Zutrittskontrolle, Materiallieferungen, Verhinderung von Sachbeschädigungen und Diebstählen),
- Diebstahl-/Einbruchverfolgung,

-
- Ordnungsdienste (Einlassdienst/Kontrolle für Sportveranstaltungen, Messen und Kongresse, Ausstellungen und Veranstaltungen, Begleitschutz, Absicherung von Ankunft, Aufenthalt und Anreisen, Limousinenservice, Personenschutz),
 - Schließverwaltung (Schließplanverwaltung, Ausgabe/Rücknahme von Schlüsseln, Schlüsselbewegungsprotokollierung, Administration von Schließgruppen, Sicherungsscheinverwaltung).

Jeder Mitarbeiter des Werkschutzes hat im Rahmen seiner Tätigkeit insbesondere öffentlich-rechtliche Vorschriften zu beachten, wie z.B. das Waffengesetz. Er handelt im Übrigen auf der Grundlage des sog. **Jedermannsrechts** gemäß § 127 StPO, wonach jedermann befugt ist, einen anderen ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen, wenn dieser auf frischer Tat betroffen oder verfolgt wird und der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann.

Des Weiteren sind dem Werkschutz meist die Besitzdienerrechte nach §§ 859 BGB übertragen, wonach sich der Besitzer **verbotener Eigenmacht** eines Dritten mit Gewalt wehren darf. Allerdings verfügt der Werkschutz über keine hoheitlichen Befugnisse wie etwa Polizeibeamte.

4. Betreiberverantwortung

Die Betreiberverantwortung im FM ist ein „weites Feld“. Im Rahmen dieser Broschüre kann somit lediglich die Struktur dieses haftungsträchtigen Gebietes dargestellt werden. Es wird darüber hinaus versucht, das Problembewusstsein des FM-Managers dahingehend zu schärfen, dass die verschiedensten **(gesetzlichen) Pflichtenkreise** eröffnet und eine Vielzahl von Vorschriften betroffen und zu beachten sind.

Jedem FM-Manager ist dringend anzuraten, zusammen mit einem FM-Rechtsexperten die für seinen konkreten Managementbereich maßgeblichen Pflichten heraus zu arbeiten und ein **Konzept / Pflichtenheft** zu erstellen, dessen konsequente Beachtung und Umsetzung etwaige Haftungsfallen zuverlässig vermeidet. Insofern sind die nachfolgend aufgezeigten Kategorien jeweils zu konkretisieren und die beispielhaft dargelegten Rechtsgrundlagen für den jeweiligen konkreten Fall zu ermitteln. Darüber hinaus darf im Einzelfall nicht verabsäumt werden, zusätzlich auch die – hier nicht behandelten – **vertraglich** auferlegten Pflichten zu erfüllen.

Praxistipp: Es empfiehlt sich insoweit z.B. die Durchführung einer detaillierten Gebäudesubstanzanalyse zur systematischen Erfassung der bestehenden Risiken einer Liegenschaft (siehe hierzu unsere Ausführungen unter Ziffer 5).

4.1 Begriffsbestimmung, Abgrenzung, Übersicht

Den Betreiber treffen im Rahmen des FM vielgestaltige Verantwortlichkeiten. Es sind dies insbesondere solche rechtlicher Art, die sich sowohl aus Vertrag als auch aus Gesetz ergeben können (BGH IBR 2009, 118). Hierzu tritt – nicht minder bedeutsam – die wirtschaftliche Verantwortung gegenüber dem Eigentümer, der eine möglichst optimierte Rendite aus dem gemanagten Objekt erzielen will. Daneben treffen das FM auch soziale Verantwortlichkeiten gegenüber Nutzern und Dritten, wie z. B. Nachbarn (vgl. hierzu auch die vertragliche und deliktische Haftung des Streudienstes gegenüber Mietern, BGH NJW 2008, 1440).

Diese drei großen Bereiche lassen sich wiederum weiter aufgliedern.

Schaubild: Betreiberverantwortung

Betreiberverantwortung		
rechtlich	wirtschaftlich	sozial
Quellen, Grundlagen		
gesetzliche Regelungen vertragliche Vereinbarungen technische Vorschriften	kaufmännische Erfordernisse	gesamtgemeinschaftliche und Vernunftabwägungen; (rechtlich nicht verbindliche) Richtlinien
Ziele		
SICHERHEIT, Leben, Körper, Ge- sundheit, Freiheit, Eigentum und sonstige Rechte von Personen; Umwelt (Luft, Boden, Wasser)	RENDITE	SICHERHEIT und RENDITE
Charakter		
Gesetze: gelten generell für alle (inter omnes)	Verträge: gelten speziell zw. Parteien (inter partes)	freiwillig, z.B. Umweltver- träglichkeit, etc., soweit rechtlich nicht verpflichtend (z.B. Klimaschutz)

Adressat aller dieser Betreiberverantwortungen ist der FM-Manager.

Praxistipp: Die rechtliche Betreiberverantwortung muss von jedem FM-Manager – nicht zuletzt im eigenen Interesse – umfassend wahrgenommen werden. In Abgrenzung zu weiteren Anbietern von FM-Dienstleistungen sollte das engagierte und erfolgsorientierte FM-Unternehmen darüber hinaus Augenmerk auf eine einprägsame Außendarstellung seiner Leistungsfähigkeit und -bereitschaft im Hinblick auf die nicht zwingenden Bereiche des FM legen.

Nachfolgend behandelt wird ausschließlich die rechtliche Betreiberverantwortung als der Teilbereich, aus dem für die betroffenen Anwender/Nutzer, (Teil-)Systemanbieter und Dienstleister und die jeweils handelnden Personen existenziell bedrohliche Haftungsgefahren erwachsen können, deren Realisierung es zuverlässig zu verhindern gilt.

Infolge der **beständig fortschreitenden Rechtsentwicklung** (Erlass europäischen Rechts, dessen Umsetzung in nationales Recht sowie dessen laufende Aktualisierung, insbesondere Verschärfung durch Aufgreifen bzw. Schließen von Lücken), der **Tendenz zur Deregulierung** (Übertragung von bisher seitens staatlicher Überwachungsorganisationen wahrgenommenen Aufgaben auf die Beteiligten selbst) sowie der **Rolle der Medien** (Sensibilisierung für Gefahren, die von Anlagen ausgehen, durch detaillierte Berichterstattung über Unglücke; gesteigertes Umweltbewusstsein) ergeben sich zunehmend gesteigerte Haftungsgefahren für die FM-Unternehmen und die für die Anwender/Nutzer, (Teil-)Systemanbieter und Dienstleister verantwortlich tätigen Personen. Besondere Verantwortlichkeiten bürdet der Gesetzgeber folgenden Personen auf:

Schaubild: Träger von Verantwortlichkeiten

Eigentümer	Betreiber	Arbeitgeber	Bereitsteller
von Grundstücken, Gebäuden und Anlagen	von Grundstücken, Gebäuden und Anlagen	von Beschäftigten	von Arbeitsplätzen und Arbeitsmitteln

Dies können sein:

private Unternehmen	öffentliche Einrichtungen	halböffentliche Unternehmen
Personen- und Kapitalgesellschaften sowie natürliche Personen	Bund, Länder, Gemeinden; Anstalten, Körperschaften und Stiftungen öff. Rechts	Messegesellschaften, Flughäfen, Post, Bahn

Konkret betroffen von den Erfordernissen der Betreiberverantwortung sind:

Eigentümer/Unternehmen selbst	die natürlichen für diese handelnden Personen
-------------------------------	---

Die Verantwortlichkeit (Haftung) gliedert sich hierbei in zwei Bereiche:

verschuldensunabhängige Haftung	verschuldensabhängige Haftung
Gefährdungshaftung (besteht nur ausnahmsweise, nämlich nur bei gesetzlicher Anordnung)	als Normalfall der gesetzlichen Haftungsverfassung

Charakter	
besteht auch bei Erbringung der erforderlichen Sorgfalt	vermeidbar durch entsprechende Sorgfalt

Folgerung	
Absicherung durch Versicherungsvertrag ist unbedingt empfehlenswert.	Absicherung durch Versicherungsvertrag ist in aller Regel empfehlenswert.
Beispiel:	Voraussetzungen:
Verunreinigung des Grundwassers durch austretendes Heizöl Vorschriften: §§ 1, 6 UmweltsHG, § 22 WHG	Pflichtverletzung (durch Tun oder Unterlassen) + Schaden + Verschulden (= persönliche Vorwerfbarkeit, nämlich Vorsatz oder Fahrlässigkeit), vgl. § 280 BGB
Rechtsfolge: Schadensersatzpflicht (auch ohne Verschulden)	Rechtsfolge: Schadensersatzpflicht (nur bei Verschulden)
	Die Vermeidung von Pflichtverletzungen setzt in erster Linie die Kenntnis dieser Pflichten voraus; in zweiter Linie ist die laufende und sorgfältige Einhaltung der Vorschriften erforderlich, um den Vorwurf des Verschuldens auszuschließen.
<i>OLG Frankfurt IBR 2009, 402; OLG München IBR 2009, 126</i>	<i>BGH BB 1993, 1759; BGH VersR 2000, 444; NJW 2005, 1366</i>

Praxishinweis: Aus beiden vorgenannten Bereichen können sowohl das FM-Unternehmen als auch den FM-Manager Schadensersatzpflichten treffen.

Den Bereich der Gefährdungshaftung (*OLG Bamberg IMR 2008, 1047; BGH IBR 2006, 27*) muss der FM-Manager unbedingt durch Versicherungen (siehe unsere Ausführungen unter Ziffer 4.8) abdecken, denn zum Einen betrifft dies in aller Regel Bereiche, in denen besonders hohe Schadenssummen drohen, zum Anderen kann ihn diese Haftung auch bei völlig korrektem persönlichen Verhalten treffen, da Verschulden nicht erforderlich ist und somit fehlendes Verschulden die Schadensersatzpflicht unberührt lässt (vgl. auch *BGH NJW 1993, 1155*).

Auch hinsichtlich der verschuldensabhängigen Haftungsbereiche bietet sich der Abschluss von Versicherungsverträgen an, da die Haftung bereits bei (einfacher) Fahrlässigkeit eintritt, die sich im Tagesgeschäft nicht immer sicher vermeiden lässt.

4.2 Verantwortungsbereiche

Es bestehen zahlreiche Gebiete, zu deren Konkretisierung und Regelung Vorschriften existieren, von deren Existenz und etwaiger Änderung der (Teil-)Systemanbieter und der Einzeldienstleister zuverlässige und zeitnahe Kenntnis haben bzw. erhalten muss, um die ihm auferlegten Pflichten ordnungsgemäß und in ausreichendem Umfang erfüllen zu können.

Diese Verantwortungsbereiche beschränken sich nicht – wie der auf dem Verb „betreiben“ basierende Begriff der Betreiberverantwortung vermuten lassen könnte – ausschließlich auf „Betriebsvorschriften“. Die Verantwortlichkeit greift vielmehr deutlich weiter und kann zu einem wesentlich vorgelagerten Zeitpunkt einsetzen. So ist der Betreiber gehalten, bei der Übernahme der Betreiberverantwortung für ein Gebäude zu prüfen, ob die bei Errichtung des Gebäudes zu beachtenden Vorschriften eingehalten und die Bauleistungen im Hinblick auf sicherheits- und haftungsrelevante Bereiche ordnungsgemäß ausgeführt wurden.

Praxistipp: Aus technischer Sicht wird dies durch die Gebäudesubstanzanalyse (vgl. unsere Ausführungen unter Ziffer 5.) abgedeckt. In rechtlicher Hinsicht empfiehlt sich hierzu die Durchführung einer (regelmäßigen) Due Diligence.

Beispiel Brandschutz: Es reicht nicht aus, wenn der Betreiber sich auf den Standpunkt stellt, er habe keine Anhaltspunkte dafür, dass den Brandschutzvorschriften zuwider laufende Nutzungen oder Umbauten bestünden. Bei Übernahme des Objektes hat er vielmehr abschließend zu prüfen, ob die Brandschutzeinrichtungen, die (nach gesetzlichen Vorgaben und den Bauplänen) vorhanden sein müssten, auch tatsächlich vorhanden sind (vgl. *OLG Hamm IMR 2009,170*; *OLG Frankfurt IBR 2008, 279*). Diese Verpflichtungen werden durch das Erfordernis ergänzt, während des Betriebs keine Veränderungen vorzunehmen bzw. zu erlauben, denen Bauvorschriften entgegen stehen.

Schaubild: sachliche Verantwortungsbereiche

Regelungsbereich	Geschütztes Rechtsgut
Standsicherheit	<i>Persönliche Rechtsgüter:</i> Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum (vgl. § 823 Abs. 1 BGB)
Blitzschutz	
Explosionsschutz	
Erschütterungsschutz	
Wärmeschutz	
Lärm-/Schallschutz	
Brandschutz	
Verkehrssicherheit	
Sicherheit elektrischer Anlagen	
Umgang mit Arbeitsmitteln	
Umgang mit gefährlichen Stoffen	
Kontakt mit schädlichen Einflüssen	
Gestaltung der Arbeit	
Hygiene	
Immissionsschutz	
Bodenschutz	<i>Schutz der Umwelt:</i> Luft, Boden, Wasser
Gewässerschutz	

Über die vorgenannten, rechtlich maßgeblichen Verantwortungsbereiche hinaus bestehen weitere Themengebiete, die gleichfalls die oben genannten Rechtsgüter betreffen, hinsichtlich derer jedoch keine gesetzlichen Anforderungen bestehen.

Es handelt sich zum Beispiel um

- Schutz gegen Naturgewalten (Sturm, Hagel, Überschwemmung, Erdbeben, etc.),
- Schutz gegen Kriminalität (Vandalismus, Terrorismus, Sabotage, etc.),
- Informationssicherheit,
- Warensicherung und
- Geld- und Wertsicherung.

Verantwortungsbewusste (Teil-)Systemanbieter und Dienstleister werden ungeachtet fehlender gesetzlicher Verpflichtungen jedoch auch diese Bereiche als Teil ihres Aufgabenbereiches verstehen, zumal in aller Regel gewichtige wirtschaftliche Folgen (Schäden für den Anwender/Nutzer) an die Nichtbeachtung anknüpfen können.

Praxistipp: Hier bestehen Chancen für engagierte und erfolgsorientierte FM-Unternehmen, mit besonderen Leistungen Auftraggeber zu akquirieren und dauerhaft zu binden (vgl. unseren Praxistipp zu Ziffer 4.1).

Im Rahmen der hier betrachteten Haftungsgefahren der Betreiberverantwortung bedürfen diese Bereiche indes nicht der weiteren Vertiefung, da der Gesetzgeber zumindest derzeit keine Vorgaben macht.

Dies tangiert selbstverständlich nicht etwaige vertragliche Pflichten, die der (Teil-)Systemanbieter/Dienstleister zu erfüllen hat und bei deren Nichterfüllung er sich (Schadensersatz-) Ansprüchen des Anwenders/Nutzers aussetzt.

Neben den vorstehend dargestellten sachlichen Verantwortungsbereichen sind weiter **örtliche Verantwortungsbereiche** zu beachten.

Beim FM dürfen die zu betreibenden Gebäude oder Anlagen nicht isoliert von ihrer Umwelt betrachtet werden. Vielmehr erstreckt sich die Verantwortung des Anwenders/Nutzers auch auf den Wirkungsbereich der Gebäude oder Anlagen und bezieht somit deren Peripherie in die Verantwortlichkeit mit ein.

Im Fall des FM heißt dies konkret, dass sich die Verantwortung des Betreibers auf das gesamte

Grundstück einschließlich der Wege- und Parkflächen bezieht. Es ist darüber hinaus möglich – und zwingend zu prüfen –, dass durch städtische Verordnungen oder Satzungen dem Betreiber auch die Verantwortung für die Verkehrssicherung angrenzender öffentlicher Flächen auferlegt ist

Praxishinweis: Aus diesen Gründen sollte der FM-Manager bei der Auswahl seines Rechtsberaters konkret darauf achten, dass dieser Kompetenz in allen das FM betreffenden Rechtsgebieten aufweist!

4.3 Gesetzliche Pflichten des Betreibers

Bei der Überprüfung und Erfüllung aller Pflichten – die nachfolgend im Einzelnen dargelegt werden – bleibt stets zu beachten, dass die Handlungsvorgaben der Gesetze und Verordnungen als abstrakt-generelle Regelungen immer der konkreten **Anwendung** und **Ausfüllung** in jedem Einzelfall bedürfen.

4.3.1 Eigenverantwortung

Es ist in der Praxis tatsächlich kaum zu erwarten, dass eine lückenlos vollständige und abschließende Auflistung aller zu erbringenden Maßnahmen und Tätigkeiten des FM gelingt. Somit liegt die Beurteilung möglicher Gefahren und der zu ihrer Abwehr erforderlichen Maßnahmen sowie die Anwendung und Ausfüllung der bestehenden Vorschriften zuvörderst im Ermessen des Verantwortlichen selbst, der entscheiden muss, welche Maßnahmen zu ergreifen und welche Handlungen durchzuführen sind, um seinen Sorgfaltspflichten im Einzelfall zu genügen (*OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1331; BayVGH IMR 2006, 157; OLG Frankfurt NJW-RR 2008, 1476; OLG Stuttgart IBR 2003, 1030*). Dieser **Beurteilungs- und Ermessensspielraum** stellt sich mithin als elementarer Bestandteil der Betreiberverantwortung dar.

Im Fall eines Schadenseintritts obliegt es schließlich den staatlichen Gerichten, in rechtlicher Hinsicht zu bewerten, ob die Auffassung des Betreibers von der Umsetzung und Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten als ausreichend beurteilt werden kann.

Beispiel: Bei einer Zuwegung zum Gebäude, die leicht abschüssig ist und bei der gesetzlich keine Pflicht zur Anbringung eines Geländers besteht, entscheidet der FM-Manager, einen Handlauf in Griffhöhe von Erwachsenen anbringen zu lassen. Es stürzt sodann ein Kind, in dessen Griffhöhe kein Handlauf bestand. Hier hatte der FM-Manager zu beurteilen, ob statt des von ihm veranlassten Handlaufes ein doppelläufiger Handlauf montiert wird.

Abhängig von den konkreten örtlichen Gegebenheiten (auch generelle Beschaffenheit des Weges, Eisbildung im Winter, etc.) wird ein Gericht die Maßnahme des einfachen Handlaufs im Einzelfall als ausreichend oder auch als nicht ausreichend beurteilen.

Praxishinweis: Der FM sollte in regelmäßigen Abständen „mit den Augen eines sehr kritischen Betrachters“ das Objekt begehen und nach Möglichkeit einen technisch und rechtlich sachverständigen Dritten einbinden, um mögliche Schwachstellen zu entdecken und einer objektiven Beurteilung zu unterziehen.

4.3.2 Differenzierung: Unternehmenspflichten/Persönliche Pflichten

Zu unterscheiden ist zur Gewährleistung der Schutzzwecke – Unversehrtheit der Beschäftigten, Unversehrtheit Dritter, Schutz sonstiger Rechte, Schutz der Umwelt – zwischen

Schaubild: Unternehmenspflichten/Persönliche Pflichten

Pflichten des Betreibers (FM-Unternehmen)	Pflichten der konkret handelnden natürlichen Personen
gegenüber :	Pflichtenkreise zu erfüllen durch:
eigenen Beschäftigten (Arbeitsschutz)	Organisation und Überwachung (Unternehmensleitung)
Dritten: Nutzer des Gebäudes, Besucher, Passant, Anwohner/Nachbar, etc. (Sicherheit, Gesundheitsschutz)	Führung und Überwachung (Führungskräfte)
Behörden und Träger der gesetzlichen Unfall- versicherung (Mitteilungen, Meldungen, Auskunft)	Durchführung (Beschäftigte)
Umwelt (Umweltschutz)	spezielle Pflichten (Beauftragte)
siehe im Einzelnen Ziff. 4.4	siehe im Einzelnen Ziff. 4.5

4.4 Unternehmenspflichten

Unternehmenspflichten bestehen gegenüber

- den eigenen Beschäftigten,
- Dritten,
- Behörden und Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung und
- der Umwelt.

4.4.1 Beschäftigte

In diesem Zusammenhang bestehen umfangreiche Fürsorgepflichten, insbesondere im Hinblick auf Arbeitssicherheit und Arbeitsschutz:

- § 618 BGB; § 62 HGB,
- §§ 3, 4,10, 11 ArbSchG,
- § 3 ArbStättV,
- § 21 Abs. 1 SGB VII,
- § 2 UVV GUV-V A1 / BGV A1 und
- § 17 GefStoffV.

4.4.2 Dritte

Hier bestehen Pflichten gemäß den allgemeinen gesetzlichen Regelungen zum Schutz von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum.

Es handelt sich dabei im Wesentlichen um solche Regelungen, die als **Verkehrssicherungspflichten** bekannt sind und der grundsätzlichen Gefahrenvorbeugung und -abwehr dienen.

Sie basieren auf der gesetzgeberischen Wertung, dass zwar jeder grundsätzlich selbst für seine Handlungen verantwortlich ist, aber denjenigen eine besondere Verantwortung trifft, der eine Gefahrenlage für Dritte schafft oder in seinem Verantwortungsbereich fort dauern lässt. Er hat deshalb die allgemeine Rechtspflicht, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um Dritte, die – erlaubterweise – dieser Gefahr ausgesetzt werden, vor einer Schädigung zu bewahren (*BGH NJW-RR 2003, 1459; NJW 1986, 1865*).

Haftungsbegründend ist eine Gefahrenlage dann, wenn sich vorausschauend für einen sachkundig Urteilenden die naheliegende Gefahr ergibt, dass Rechtsgüter Dritter verletzt werden können (BGH NJW 2004, 1449). Strengere Sicherheitsmaßstäbe sind hinsichtlich Kindern und ggf. Behinderten wegen deren Unerfahrenheit und Unbesonnenheit im einen sowie eingeschränkten Fähigkeiten zu eigenverantwortlichem Handeln im anderen Fall anzulegen (BGH NJW 1999, 2364).

Behördliche Maßnahmen oder Genehmigungen befreien nicht von der eigenen Prüfung und der Notwendigkeit der Ergreifung eigener Maßnahmen. Für bestimmte Berufsgruppen, Gegenstände oder Tätigkeiten wird der Inhalt der Pflichten konkretisiert durch Regelwerke wie **DIN-Vorschriften** (BGH NJW 2004, 1449), **Unfallverhütungsvorschriften** (BGH MDR 1997, 45) oder **allgemeine berufliche Standards**. Diese sind jedoch in keinem Fall abschließend (BGH NJW-RR 2003, 1459) und stellen nur den in jedem Fall einzuhaltenden Mindeststandard dar. Maßgeblich ist die Anschauung eines „objektiv, sorgfältig und sachkundig Urteilenden“. Neben spezialgesetzlich geregelten Pflichten werden die Verkehrssicherungspflichten insbesondere aus § 823 Abs. 1 BGB ab- und hergeleitet. Auf der Grundlage dieser Vorschrift hat die Rechtsprechung Fallgruppen entwickelt und eine unübersehbare Anzahl von Einzelfällen entschieden, die einen Einblick in die Pflichtenvielfalt und den Pflichtenumfang gewähren.

Beispiele (in Bezug auf Immobilien und deren Nutzung, basierend auf § 823 Abs. 1 BGB):

- Beseitigung von Abfällen ohne Umweltgefährdung (BGH NJW 1976, 46),
- regelmäßige Überprüfung der Gebäude und sonstigen Grundstücksbestandteile (auch Bäume, etc.) darauf, dass von Ihnen keine Gefahren ausgehen (feste Verankerung der Dachziegel, Standfestigkeit der Bäume, rechtzeitige Entfernung morscher Äste, etc.) (BGH NJW 1975, 108; 91, 562; 2003, 1732; OLG Celle 8 U 191/08 IMR Werkstattbeitrag vom 09.06.2009),
- Sicherung eines Grundstücks gegen unbefugten Verkehr hinsichtlich des Spielens von Kindern, insbesondere wenn gefährliche Gegenstände auf dem Grundstück lagern (BGH VersR 2000, 621; OLG Köln VersR 1983, 190),
- Anbringung von Schneefanggittern gegen Dachlawinen, je nach örtlichen Verhältnissen und Zumutbarkeit für den Eigentümer (OLG Düsseldorf VersR 1978, 545; OLG Karlsruhe NJW 1983, 2946); gegebenenfalls genügt die Aufstellung eines Warnschildes (OLG Stuttgart VersR 1973, 356),
- ausreichende Kennzeichnung von Glastüren und -wänden in Fußgängerbereichen (OLG Köln NJW-RR 1994, 349),
- Räum- und Streupflicht (OLG Celle NJW-RR 1988, 669; OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1331),

-
- Sicherung bei Bauarbeiten auf dem Grundstück und an Gebäuden (*OLG Zweibrücken VersR 2004, 611*),
 - Sicherung von Schachtabdeckungsrosten auch gegen unbefugtes Anheben (*BGH 1990, 1236*),
 - Verkehrssicherungspflicht eines Parkplatzbetreibers (*OLG Saarbrücken IBR 2009, 1012*),
 - Trittsicherheit und Rutschfestigkeit einer Treppe (*BGH NJW 2002, 1265*),
 - Fehlen eines Treppengeländers (*OLG Hamm MDR 2000, 158*),
 - schadhafter Fußbodenbelag (*BGH NJW 1986, 2858*).

4.4.3 Behörden und Träger der gesetzlichen Unfallversicherung

Es bestehen insbesondere Mitteilungs-, Melde- und Auskunftspflichten, z.B. bei Stör- oder Unfällen mit **Personenschaden** (§ 193 Abs. 1 SGB VII; § 18 Abs. 1 BetrSichV).

Die Unternehmer/Betreiber haben demnach binnen drei Tagen nach Kenntnis Unfälle von Versicherten (SGB VII) bzw. allen Personen (BetrSichV) in ihren Unternehmen dem Unfallversicherungsträger bzw. der jeweils zuständigen Behörde anzuzeigen, wenn Personen getötet oder so verletzt sind, dass sie (mehr als drei Tage) arbeitsunfähig werden.

Verstöße gegen diese Vorschriften stellen Ordnungswidrigkeiten dar (§ 209 SGB VII; § 25 BetrSichV), die mit Bußgeld (bis zu EUR 2.500,00 im Fall des SGB VII) bewehrt sind.

Praxishinweis: Der FM-Manager sollte ein Meldesystem einrichten, das alle Mitarbeiter und Einzeldienstleister umfasst und über das alle Mitarbeiter unterrichtet sind, um zeitnah zuverlässige Kenntnis von meldepflichtigen Personenschäden zu erhalten.

4.4.4 Umwelt

Für Eigentümer von Grundstücken sowie Betreiber von Gebäuden und Anlagen sind insbesondere die nachfolgend aufgeführten Teilbereiche des Umweltschutzes bedeutsam:

4.4.4.1 Immissionsschutz

Rechtsgrundlagen: Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG), zugehörige Durchführungsverordnungen (BImSchV auf Landesebene, z.B. LImSchG NRW oder BayImSchG), Geräte- und Maschinenlärmschutzverordnung (BImSchV 32), Verordnung über elektromagnetische Felder

(BlmSchV 26) sowie allgemeine Verwaltungsvorschriften („Technische Anleitungen“) wie TA-Luft, TA-Lärm, TA-Abfall, TA-Siedlungsabfall.

Pflichtenkreis: Aus den vorgenannten Rechtsgrundlagen ergeben sich die vom Eigentümer/Betreiber zu beachtenden Anforderungen und Pflichten betreffend den Immissionsschutz. Zu vermeiden sind demnach Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen (§ 3 BlmSchG). Es sind dies Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen, Licht, Wärme, Strahlen, etc. Die Regelungen gelten für die Errichtung und für den Betrieb von Anlagen. Sie werden häufig in Baugenehmigungen oder Betriebserlaubnissen mittels Auflagen konkretisiert, deren Beachtung und Befolgung der FM-Manager sicher zu stellen hat (*OLG Dresden IBR 2009, 285*).

Sanktion: Der Verstoß gegen solche Vorschriften ist zum Einen als Ordnungswidrigkeit mit Bußgeld bewehrt (z.B. § 62 BlmSchG) und kann zum Anderen zum Widerruf einer erteilten Genehmigung und damit zur Stilllegung oder auch – bei nicht genehmigungspflichtigen Anlagen – zur unmittelbaren Betriebsuntersagung führen (*OVG Rheinland-Pfalz IBR 2003, 1095; OLG Karlsruhe IBR 2002, 48; BVerwG 1993, 436*).

Praxishinweis: Der FM-Manager sollte bestehende Auflagen in sein Pflichtenheft/Prüfungsprogramm aufnehmen, um die fortlaufende Überwachung und deren Einhaltung sicher zu stellen.

4.4.4.2 Klimaschutz

Klimaschutz ist zwar erklärter politischer Wille, jedoch ist er (bisher) nicht durch konkrete gesetzliche Vorschriften geschützt und geregelt. Etwaige Maßnahmen in diesem Sinne stehen im Ermessen des Betreibers, unterfallen jedoch derzeit **nicht** der gesetzlichen **Betreiberverantwortung**.

Verstöße gegen das Ziel des Klimaschutzes sind infolgedessen derzeit (noch) nicht mit Sanktionen belegt.

Praxishinweis: In diesem Bereich hat der FM-Manager die aktuellen politischen Entwicklungen zu beobachten, da zu erwarten steht, dass in den nächsten Jahren zahlreiche gesetzliche Verpflichtungen entstehen werden.

4.4.4.3 Bodenschutz

Ziel: Abwehr schädlicher Bodenveränderungen und Pflicht des Eigentümers, (aktiv) Maßnahmen gegen von seinem Grundstück ausgehende drohende Gefahren zu ergreifen

Rechtsgrundlagen: Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG), Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung (BBodSchV) sowie Bodenschutzgesetze auf Länderebene (BodSchG NRW, BayBodSchG, etc.)

4.4.4.4 Gewässerschutz

Ziel: Abwehr von Verunreinigungen und nachteiligen Veränderungen des Wassers

Rechtsgrundlagen: Wasserhaushaltsgesetz (WHG) sowie entsprechende Landesgesetze (LWG NRW, BayWasserG); Abwasserverordnung (AbwV) nebst Landes- und Kommunalvorschriften

4.4.4.5 Abfallentsorgung

Ziel: ordnungsgemäße Entsorgung (Verwertung, ggf. Beseitigung) von Abfällen

Rechtsgrundlagen: Kreislaufwirtschafts-/Abfallgesetz (KrW-/AbfG), Gewerbeabfallverordnung (GewAbfV), Landesabfallgesetze (LAbfG NRW, BayAbfG) sowie gemeindliche Abfallverordnungen oder -satzungen

Pflichtenkreis: Für den Eigentümer/Betreiber ergeben sich aus diesen Vorschriften die Pflichten, Gefahren für den Boden und die Gewässer abzuwehren. Es müssen sowohl schädliche Veränderungen (z. B. durch Deponieren oder Einleiten von Schadstoffen) in ihrer Entstehung vermieden als auch bestehende Verunreinigungen (aktiv) beseitigt werden (Sanierung).

Fortlaufend hat das FM insbesondere für die ordnungsgemäße Entsorgung von Abfällen und des Abwassers der Immobilie Sorge zu tragen. Hierbei hat die Verwertung von Abfällen Vorrang vor deren Beseitigung (§ 6 KrW-/AbfG), so dass Abfälle getrennt zu sammeln und getrennt zu verwerten/entsorgen sind. Hinsichtlich der Abwasserentsorgung treffen das FM Pflichten zur Herstellung und Unterhaltung des Anschlusskanals bis zum öffentlichen Abwasserkanal, zu wiederkehren Überprüfungen, zur Einhaltung der Einleitebedingungen sowie Anzeige von Störungen.

Sanktion: Die Einhaltung dieser Vorschriften ist durch vielfältige Sanktionen bewehrt, die von der Auferlegung der Kosten im Fall der Maßnahmengreifung durch die öffentliche Hand (§ 24 BBodSchG), über die Verhängung von Bußgeldern (§§ 26 BBodSchG, 61 KrW-/AbfG) bis zur Betriebsuntersagung reichen (BGH IBR 2008,431; OLG Hamm IBR 2007, 162, 2007,72; VG Frankfurt/Oder 5 K 1080/04 IBR Werkstatt vom 15.04.2009).

4.5 Persönliche Pflichten

Die tatsächliche Erfüllung der unter Ziffer 4.4 aufgeführten Pflichten obliegt den im Namen des FM-Unternehmens handelnden Personen innerhalb der jeweiligen Hierarchieebenen.

Die Organe des Unternehmens sind in ihrer Organisationshoheit grundsätzlich frei; sie müssen lediglich den Erfolg (die Wirksamkeit) sicher stellen.

Zu beachten ist jeweils, dass einige Pflichten nicht wirksam übertragen (delegiert) werden können, sondern vom jeweiligen Organ selbst erfüllt werden müssen.

Schaubild: Persönliche Pflichten

Organisationspflichten, zu erfüllen durch die Unternehmensleitung	Führungspflichten, zu erbringen durch Führungskräfte	Umsetzung durch Beschäftigte	delegierbar (vgl. Ziff. 4.6)
Aufbauorganisation umfasst die lückenlose und widerspruchsfreie Aufgabenverteilung und Vertretungsregelung im Unternehmen, so dass keine Lücken und keine Überschneidungen in den Zuständigkeiten auftreten			nein
Einsatz von (hinsichtlich fachlicher und persönlicher Qualifikation) geeigneten Führungskräften sowie deren Überwachung			nein
Bestellung von Betriebsbeauftragten soweit betrieblich erforderlich (siehe hierzu nachfolgendes Schaubild)			ja, an Führungskräfte

<p>Gefährdungsbeurteilung veranlassen regelmäßig und für alle Arbeitsplätze, Arbeitsmittel und Gebäudeteile</p>	<p>... durchführen Dokumentation und Ergreifen von Abhilfemaßnahmen sowie deren Dokumentation</p>		<p>durch Unternehmensleitung: nein; durch Führungskräfte: ja</p>
<p>Sicherstellung der Durchführung gesetzlicher Prüfungen und Behebung festgestellter Mängel</p>	<p>Organisation der gesetzlichen Prüfungen, Durchführung und Dokumentation</p>		<p>wie vorstehend</p>
<p>Auswahl der die Pflichten Erfüllenden (Eigenpersonal oder Fremdfirmen in ausreichendem Umfang)</p>	<p>Einsetzen des geeigneten Personals</p>		<p>wie vorstehend</p>
<p>Ablauforganisation festlegen hinsichtlich betrieblicher Arbeitsabläufe (z.B. der Instandhaltung)</p>	<p>... überwachen bezüglich Eigenpersonal und betreffend Fremdfirmen</p>	<p>... einhalten der angeordneten Abläufe</p>	<p>wie vorstehend</p>
<p>Ein- und Unterweisung der Beschäftigten veranlassen hinsichtlich der zu verrichtenden Tätigkeiten; es müssen Bedienhandbücher, Wartungsanleitungen, Fluchtpläne, etc. zur Verfügung stehen</p>	<p>... durchführen – auch bezüglich Fremdfirmen – z.B. durch Verfassen und Verteilen von Arbeitsanweisungen</p>	<p>... befolgen Verbote sind zu beachten; Gesetze gehen vor!</p>	<p>wie vorstehend</p>
<p>Arbeitsmittel auswählen und beschaffen</p>	<p>... bereitstellen</p>	<p>... benutzen</p>	<p>wie vorstehend</p>

Einen Sonderfall stellen die speziellen Pflichten von Beauftragten/Koordinatoren dar:

Schaubild: Koordinatoren/Beauftragte

Sachgebiet	Bestellung	Aufgaben
Sicherheitsbeauftragter	§ 22 Abs. 1 SGB VII	§ 22 Abs. 2 SGB VII
Brandschutzbeauftragter	§ 10 Abs. 2 ArbSchG	
Umweltschutzbeauftragte		
Gewässerschutzbeauftragte	§§ 21a, 21c WHG	§ 21b WHG
Immissionsschutzbeauftragte	§§ 53, 55 BImSchG	§ 54 BImSchG
Störfallbeauftragte	§ 58a BImSchG	§ 58b BImSchG
Strahlenschutzbeauftragte	§ 31 Abs. 2 StrlSchV	§§ 32, 33 StrlSchV
Arbeitssicherheitsbeauftragte	§ 5 ASiG	§ 6 ASiG
Betriebsarzt	§ 2 ASiG	§ 3 ASiG
Arbeitsschutzausschuss	§ 11 ASiG	§ 11 ASiGt
Betriebs-/Personalrat	§ 1 BetrVG	§ 80 Abs. 1 BetrVG
SiGe-Koordinatoren (für Sicherheit und Gesundheitsschutz)	§ 6 Abs. 1 UVV § 3 Abs. 1 BaustellV	§ 3 Abs. 2, 3 BaustellV

Dieser allgemeine Pflichtenkatalog ist nicht etwa nur beim FM zu beachten, sondern grundsätzlich bei jeder Ausübung einer Geschäftstätigkeit.

4.6 Spezifische Betreiberpflichten des FM

Im FM bestehen darüber hinaus spezifische Betreiberpflichten. Insbesondere bestehen im Hinblick auf den Betrieb von Gebäuden und gebäudetechnischen Anlagen zahlreiche Vorschriften, die die fehlerfreie Herstellung, regelmäßige Überprüfung und einen ordnungsgemäßen Betrieb regeln. Weitere Pflichten können sich im Einzelfall aus behördlichen Anordnungen (etwa in einer Baugenehmigung) ergeben (*OLG Dresden IBR 2009, 285*).

Anlagen und Einrichtungen von Gebäuden gelten im Sinne des Gesetzes als Arbeitsmittel, so dass für sie insbesondere die Betriebssicherheitsverordnung und – für technische Arbeitsmittel – das Gerätesicherheitsgesetz nebst Unfallverhütungsvorschriften gelten.

Die umfangreichen Verantwortlichkeiten des FM umfassen – nicht abschließend – insbesondere:

4.6.1 Fristgerechte Durchführung der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungen

Beispielhaft seien hierzu – nicht abschließend – die nachfolgenden Rechtsgrundlagen aufgeführt, aus welchen sich für das FM spezifische Betreiberpflichten ergeben.

Schaubild: Rechtsgrundlagen – Prüfungen

Brandschutz	BauPrüfVO NRW BayBO
Schallschutz	
Standsicherheit	
Arbeitsstätten	ArbStättV
Beherbergungsstätten	BeVO NRW, BayBStättV
Hochhäuser	HochhausVO NRW; BayRiLi über die bauaufsichtliche Behandlung von Hochhäusern
Krankenhäuser	KhBauVO NRW
Verkaufsstätten	VkVO NRW, BayVkv

Versammlungsstätten	VStättVO NRW, BayVStättV
(Groß-)Garagen	GarVO NRW, BayGaStellV
Abwasseranlagen	BauO NRW, BayAbwAG
Aufzugsanlagen	BetrSichV, BauO NRW, BayBO
Blitzschutzanlagen	TPrüfVO NRW, DIN EN 62305
Brandmeldeanlagen	TPrüfVO NRW, BayGaStellV
CO-Warnanlagen	
Druckgeräte	BetrSichV
elektr. Anlagen u. Geräte	UVV GUV-V A2/BGV A2
Feuerlöschanlagen	TPrüfVO NRW, BaySPrüfV, BayPrüfVBau, BayBO, BayGaStellV, Bay. Industriebaurichtlinie
kraftbetätigte Türen/Tore	
lüftungstechnische Anlagen	
Rauchabzugsanlagen	
Sicherheitsbeleuchtungsanlagen	

(vgl. auch *OVG Nordrhein-Westfalen BauR 2007, 91*; *OLG Frankfurt BauR 2008, 90*; *OLG Dresden BauR 2006, 419*).

Die Prüfungen sind durchzuführen

- vor Inbetriebnahme (hiervon sollte der FM-Manager sichere Kenntnis und nach Möglichkeit (Original-)Unterlagen haben),
- nach wesentlichen Änderungen, soweit der Bestandsschutz entfällt (dann Prüfungsumfang wie vor Inbetriebnahme) und
- regelmäßig, soweit vorgeschrieben (wiederkehrende Prüfungen).

Praxishinweis: Der Bestandsschutz steht im Spannungsverhältnis zur Betreiberverantwortung. Der FM-Manager kann sich auf den Bestandsschutz insbesondere nicht verlassen

- bei wesentlichen Eingriffen/Änderungen,
- bei Erlass gesetzlicher Vorschriften, in denen eine Verpflichtung zur Nachrüstung begründet wird und insbesondere
- bei drohender Gefahr für Leib und Leben.

Da dem Brandschutz eine drohende Gefahr für Leib und Leben immanent sein dürfte, sollte sich der FM-Manager in diesem Bereich unter keinen Umständen auf den Bestandsschutz verlassen. Eine zivil- wie strafrechtliche Verantwortlichkeit kann also trotz Bestandsschutz gegeben sein.

Die Prüfungen werden durch Sachverständige (auch „zugelassene Überwachungsstellen“) oder Sachkundige (auch „befähigte Personen“) durchgeführt.

Praxishinweis: Der FM-Manager sollte einen (EDV-gestützten) detaillierten und immer aktuellen Terminplan für die anstehenden Prüfungen führen und diese jeweils mit ausreichendem zeitlichen Vorlauf terminieren.

4.6.2 Instandhaltung

Wer eine überwachungsbedürftige Anlage betreibt, ist verpflichtet, diese in einem ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten und die nach den Umständen erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen zu treffen (§ 12 Abs. 3 BetrSichV). Zu achten ist darauf, dass sich eine erhöhte Gefährdung bei der Durchführung von Instandhaltungsmaßnahmen oft ergeben kann

- aus mangelhafter organisatorischer oder technischer Vorbereitung,
- aus deaktivierten/überbrückten Sicherheitsvorrichtungen,
- aufgrund laufender Maschinen,
- wegen mangelhafter/fehlender Arbeitsanweisungen oder
- wegen Arbeitens unter Zeitdruck.

Hier ist besondere Sorgfalt bei der Wahrnehmung der Betreiberverantwortung angezeigt.

Praxishinweis: Praxishinweis: Das Gefährdungspotential bei Instandhaltungen – gleichgültig ob durch das FM-Unternehmen und sein Personal selbst durchgeführt oder an Dritte beauftragt – darf nicht unterschätzt werden. Sowohl bei Durchführung der Arbeiten durch eigenes Personal als auch hinsichtlich Drittunternehmen sollte der FM-Manager insbesondere auf straffe Organisation, klare Anweisungen und ausreichende zeitliche Vorgaben achten und deren Einhaltung konkret und regelmäßig überprüfen.

4.6.3 Verkehrssicherung

Beispielhaft, jedoch nicht abschließend, sei hierzu angeführt:

Schaubild: Verkehrssicherung

Wegesicherung	Trittsicherheit, Schutz vor herab fallenden Teilen (Dächer, Fassaden, Bäume)
Baustellensicherung	Grundstücke und Gebäude
Absturzsicherung	Geländer
Freihaltung von Wegen/Zugängen	Flucht- und Rettungswege
Beleuchtung	Sturzvorbereitung
Winterdienst	Sturzvorbereitung

Diese Verpflichtungen bestehen

- auf eigenen Flächen: jederzeit,
- auf angrenzenden öffentlichen Flächen: begrenzt (z.B. 7 – 20 Uhr).

Praxishinweis: Die Gefährdungslagen sind regelmäßig und zusätzlich nach besonderen Ereignissen (z.B. Sturm, Wintereinbruch, übermäßige Niederschläge, etc.) zu überprüfen. Daneben sind entsprechende Maßnahmen je nach Bedarf zu ergreifen.

4.6.4 Hygienemaßnahmen

Beispielhaft seien hierzu – nicht abschließend – die nachfolgenden Rechtsgrundlagen aufgeführt, aus welchen sich für das FM spezifische Betreiberpflichten ergeben:

Schaubild: Hygienemaßnahmen

Trinkwasserverteilung	Trinkwasserverordnung; VDI 6023*
Lebensmittelausgabe	Lebensmittelhygieneverordnung
Raumluftbereitstellung	VDI 6022 (hygienische Anforderungen an raumlufttechnische Anlagen*)
Arbeitsstättenbereitstellung	§ 54 ArbStättV
Umgang mit Gefahrstoffen	§ 22 GefStoffV
* Empfehlung, nicht Verpflichtung	

Praxishinweis: Diese Maßnahmen sind nur in den speziellen Fällen zu beachten, in denen der Anwendungsbereich der Normen eröffnet ist.

4.6.5 Dokumentation

Beispielhaft seien hierzu – nicht abschließend – die nachfolgenden Rechtsgrundlagen aufgeführt, aus welchen sich für das FM spezifische Betreiberpflichten im Hinblick auf die Dokumentation ergeben:

Schaubild: Dokumentation

Betriebsanweisungen	z.B. § 9 Abs. 2 BetrSichV
Gebrauchsanweisungen	z.B. § 3 Abs. 3 GSG
Arbeitsanweisungen	z.B. § 8 Abs. 2 UVV

Flucht- und Rettungsplan	z.B. § 55 ArbStättV
Brandschutzordnung	z.B. § 14 HochhVO NRW
Betriebsordnung, Betriebshandbuch	z.B. Nr. 5.4.1 TA Abfall z.B. Nr. 5.4.2 TA Abfall
Konzept zur Verhinderung von Störfällen	z.B. § 8 BImSchV 12
Alarm- und Gefahrenabwehrpläne	z.B. § 10 BImSchV 12
Unfallverhütungsvorschriften	UVV
durchgeführte Gefährdungsbeurteilungen	§ 6 Abs. 1 ArbSchG
Maßnahmen des Arbeitsschutzes	§ 6 Abs. 1 ArbSchG
durchgeführte gesetzliche Prüfungen	§ 11 BetrSichV
Unfall- und Schadensanzeigen	z.B. § 18 BetrSichV
Prüfbescheinigungen	z.B. § 19 BetrSichV
Mängelanzeigen	z.B. § 20 BetrSichV
Organisationsplan	z.B. Nr. 5.1.1 TA Abfall
Betriebstagebuch	z.B. Nr. 5.4.3 TA Abfall

Vorgeschrieben sind verschiedene Dokumentationen, die entweder eine **Unterweisung** dahingehend enthalten, wie bestimmte Tätigkeiten auszuführen sind oder in bestimmten Situationen zu handeln ist, oder den **Nachweis** erbringen, dass bestimmte Verpflichtungen erfüllt wurden.

Der Betreiber ist verantwortlich, dass die (Unterweisungs-)Dokumente

- vorhanden,
- vollständig und
- aktuell sind, sowie
- am richtigen Ort zur Verfügung stehen, also auffindbar sind.

Er ist weiter verantwortlich, dass die (Nachweis-)Dokumente erstellt und ordnungsgemäß aufbewahrt werden.

Praxishinweis: Die zeitnahe und umfassende Dokumentation aller Tätigkeiten im FM dient nicht nur der Vermeidung der Haftung (durch die Möglichkeit, den Nachweis zu erbringen, dass notwendige Aufgaben erfüllt und Überwachungen vorgenommen wurden), sondern kann bei entsprechender Auswertung Schwachstellen der Verwaltung selbst oder des Objektes offenbaren, bevor größere Schäden sichtbar werden bzw. eintreten. Sie dient mithin auch unmittelbar der Leistungsverbesserung des FM (vgl. auch *OLG Brandenburg IBR 2009, 342; BGH IBR 2009, 16*).

4.7 Übertragung der Verantwortung (Delegation)

Der FM-Manager, zumal derjenige, der größere Objekte oder eine Vielzahl von Objekten betreut, ist kaum in der Lage, die zahlreichen Aufgaben selbst zu bewältigen. Dies gilt sowohl für das FM-Unternehmen als auch für die einzelnen für das FM-Unternehmen handelnden natürlichen Personen.

Grundsätzlich ist die Delegation von Betreiberpflichten möglich (*OLG Frankfurt NJW-RR 2008, 1476*), wobei allerdings eine restlose Befreiung des Delegierenden von jeder Verantwortung ausscheidet (§§ 823, 831 BGB – vgl. die Haftung des Verwalters nach Versagen des Hausmeisters: *OLG Karlsruhe IMR 2009, 213*).

4.7.1 Die fünf Voraussetzungen ordnungsgemäßer Delegation

Wird wirksam delegiert, d.h., liegen alle fünf Voraussetzungen einer wirksamen Delegation vor, kann sich der Delegierende im Regelfall exkulpieren. Die Verantwortlichkeit trifft dann alleine den Delegationsempfänger. Eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Delegierenden scheidet in diesem Fall aus. Wird dagegen nicht wirksam delegiert, so trifft den Delegierenden der Vorwurf des sog. Organisationsverschuldens im Sinne eines Überwachungs-, Selektions- oder Anweisungsverschuldens bzw. eines Verschuldens hinsichtlich der Festlegung der Ablauf- und Aufbauorganisation. Die Nichtbeachtung der Voraussetzungen der ordnungsgemäßen Delegation führt dazu, dass die Delegation der Pflichtenübertragung unwirksam ist, mit der Folge, dass der Delegierende in seiner Betreiberverantwortung – und damit in der Haftung – bleibt.

Nicht übertragen werden können (übergeordnete) Organisations-, Selektions- und Aufsichtspflichten.

Eine wirksame Delegation kommt nur in Betracht, wenn die nachfolgend dargelegten Voraussetzungen kumulativ vorliegen.

(1) Klare Definition der übertragenen Pflichten (durch Anweisung oder Vertrag)

Der sachliche, örtliche und ggf. zeitliche Umfang des übertragenen Pflichtenkreises ist eindeutig und widerspruchsfrei festzulegen und zu dokumentieren.

Praxishinweis: Mustervordrucke, etwa von gesetzlichen Unfallkassen, sind kritisch zu prüfen!

Weiter müssen die zu erfüllenden Aufgaben widerspruchsfrei und lückenlos zwischen dem Delegierenden und dem Delegationsempfänger verteilt werden. Die Zuständigkeiten sind zu definieren. Schnittstellen sind zu vermeiden, da unklare Unzuständigkeiten zu einem Organisationsverschulden führen können.

(2) Sorgfältige Auswahl der Delegationsempfänger

Die ausgewählten Führungskräfte/Beschäftigten/Dienstleister müssen fachlich qualifiziert und persönlich geeignet sein.

Praxishinweis: Neben der tatsächlich durchgeführten sorgfältigen Auswahl ist insbesondere entscheidend, dass dies zugleich genau dokumentiert wird, um die sorgfältige Auswahl der Verrichtungsgehilfen nachweisen zu können. Dies ist die entscheidende Voraussetzung zur Abwehr von Schadensersatzansprüchen gem. § 831 BGB.

(3) Ausstattung des Delegationsempfängers mit erforderlichen Mitteln und Kompetenzen

Der Delegationsempfänger ist mit den für die Wahrnehmung der übertragenen Pflichten erforderlichen Mitteln auszustatten. Dies ist insbesondere bei betriebsinterner Delegation maßgeblich und muss im betrieblichen Organisationsplan Berücksichtigung finden. Bei einer Delegation an Dritte empfiehlt sich, eine vertragliche Regelung zu treffen.

(4) An-, Ein- und Unterweisung des Delegationsempfängers

Der Delegationsempfänger ist vor Übertragung der Pflichten sorgfältig an- und einzuweisen und ständig fortzubilden und zu schulen.

(5) Laufende Überwachung des Delegationsempfängers

Die Aufsichtspflicht bleibt zwingend beim Delegierenden; selbst wenn der Delegationsempfänger eine eigene Aufsicht gewährleistet, verbleibt der Delegierende in der Verpflichtung der (Ober-)Aufsicht (vgl. *OLG Hamm IBR 2009, 1419*: Delegation von Verkehrssicherungspflichten: Haftung wegen vermuteten Verschuldens?; *OLG Hamm IBR 2009, 1418*: In wie weit kann der Bauherr Verkehrssicherungspflichten übertragen?)

4.7.2 Pflichtenübertragung bei Mietverhältnissen

In dem für das FM wesentlichen Bereich des gewerblichen Mietrechts bestehen per se (ohne besondere vertragliche Vereinbarung und ohne jede Delegation) verschiedene Betreiberverantwortungsbereiche:

- hinsichtlich der Mietfläche selbst und deren mietereigenen Einrichtungen ist der Mieter selbst verantwortlicher Betreiber;
- die Verantwortung für Gebäudeanlagen und -einrichtungen (Lüftung, Heizung, etc.) – innerhalb und außerhalb der Mietfläche – verbleibt indes beim Vermieter

Im Mietvertrag kann eine andere Verteilung der Verantwortung vereinbart werden (z.B. „Komplettübertragung“ auf den Mieter, der das gesamte Gebäude anmietet).

In allen Fällen sollte vereinbart werden, wer verantwortlich ist für

- die Prüfung von Feuerlöschern innerhalb der Mietfläche,
- die Aktualisierung von Flucht-/Rettungsplänen bei baulichen Änderungen und
- die Bereitstellung von Erste-Hilfe-Material.

Praxishinweis: Auch bei der „Komplettübertragung“ bleibt der Vermieter in der Pflicht der „Oberaufsicht“. Er muss sich vergewissern, dass der Mieter fachlich, sachlich und personell in der Lage ist, die übertragenen Pflichten zu erfüllen, oder auch, dass die gesetzlichen Prüfungen ordnungsgemäß durchgeführt werden.

Eine Aufsichtspflichtverletzung ist strafbewehrt (Geldbuße – § 130 OWiG).

4.8 Pflichtverletzung, Verschulden, Exkulpation

Die Haftung setzt stets eine Pflichtverletzung und eine persönliche Vorwerfbarkeit im Sinne eines Verschuldens voraus (Ausnahme: Gefährdungshaftung; vgl. unsere Ausführungen unter Ziffer 4.1).

4.8.1 Haftungsbegründung

Hier ist zu unterscheiden:

Ein (Schadensersatz-)Anspruch gegen das FM setzt im Regelfall eine **unerlaubte Handlung** voraus, die aus zwei Komponenten besteht:

- **Pflichtverletzung** = objektiv pflichtwidriges Tun oder Unterlassen (unabhängig von Ursachen oder Folgen) und
- **Verschulden** = subjektiv-persönliche Vorwerfbarkeit (Vorsatz oder Fahrlässigkeit).

Hierbei wird das Handeln/Unterlassen der für ein Unternehmen – mit Wissen des Unternehmens – Handelnden dem Unternehmen zugerechnet (§§ 278, 831 BGB).

In besonderen Fällen der **Gefährdungshaftung** wird die Haftung bereits durch die bloße Pflichtverletzung begründet. Ein Verschulden ist nicht erforderlich. Dies ist bei der Verantwortlichkeit für ein bestimmtes Produkt oder einen Betrieb der Fall, denen eine erhöhte potentielle Gefährdung innewohnt.

Beispiel: Austritt von Heizöl aus einem undichten Tank mit Verseuchung des Grundwassers (Haftung gemäß §§ 1, 6 UmweltHG, § 22 WHG).

Gegen diese Gefährdungshaftung kann sich der FM-Manager nicht durch sorgfältiges Verhalten schützen. Hierfür sind Versicherungen abzuschließen (vgl. unsere Ausführungen zu Ziffer 4.9).

Im Rahmen der in der Regel verschuldensabhängigen Haftung droht dem FM-Manager angesichts der regelmäßig in weitem Umfang erfolgenden Delegation von einzelnen Betreiberpflichten in vielen Fällen der Vorwurf des (persönlichen) Verschuldens in Form von Organisationsverschulden, etwa bei einer

- mangelhaften Festlegung der Aufgabenverteilung (*BGH IBR 1996, 400*),
- mangelhaften Auswahl von Beauftragten hinsichtlich Befähigung und/oder Eignung (Selektionsverschulden) – §§ 831 BGB; 7 ArbSchG (*OLG Hamm IBR 2009, 271*),
- mangelhaften An-/Unterweisung (Anweisungsverschulden) – §§ 12 ArbSchG, 9 BetrSichV, 81 BetrVG (*BGH IBR 2005, 80*) oder
- unzureichenden Kontrolle (Überwachungsverschulden) – § 130 OWiG; §§ 25 ArbSchG, 20 ASiG, 25 BetrSichV, 7 BildschArbV, 22 UmweltaHG, etc. (*OLG Brandenburg IBR 2006, 501*):

Praxishinweis: Neben einer sorgfältigen, insbesondere schnittstellenfreien Organisation ist entscheidend, dass diese genau dokumentiert wird, um den zur Abwehr von Schadensersatzforderungen erforderlichen Nachweis führen zu können (Exkulpation).

4.8.2 Mögliche Rechtsfolgen der Haftung

Die Rechtsfolgen einer nicht ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Betreiberverantwortung sind zahlreich.

Schaubild: Rechtsfolgen

	für das FM-Unternehmen	für den Handelnden selbst
arbeitsrechtlich	–	Verweis, Abmahnung, Ver- setzung, Kündigung
zivilrechtlich (und zwar sowohl aufgrund Gesetzes als auch aufgrund vertraglicher Vereinba- rungen)	Schadensersatzverpflichtung ggü. dem Geschädigten; Schadensersatzverpflichtung des Dienstleisters ggü. dem Auftraggeber	Regressverpflichtung ggü. dem Geschädigten; Regressverpflichtung ggü. dem eigenen Unternehmen; Regressverpflichtung ggü. der Unfallversicherung
ordnungsrechtlich	Bußgeld	Bußgeld
strafrechtlich	–	Geld- / Freiheitsstrafe
öffentlich-rechtlich	Nutzungsverbot; Stilllegung	Berufsverbot
versicherungs- rechtlich	Verlust des Versicherungs- schutzes	Verlust des Versicherungs- schutzes

Praxisinweis: Praxisinweis: Insbesondere die vorstehend dargestellten gravierenden Rechtsfolgen schuldhafter Pflichtverletzung zeigen, wie existentiell die Kenntnis, Beachtung und Erfüllung der Betreiberpflichten, mithin die verantwortliche Wahrnehmung der Betreiberverantwortung sind; denn: Unkenntnis seiner Pflichten werden dem Betreiber nicht nachgesehen!

4.8.3 Exkulpation (Entlastung/Rechtfertigung)

Ist ein Schaden eingetreten, steht damit noch nicht fest, dass das FM verpflichtet ist, diesen zu ersetzen. In bestimmten Fällen ist die Entlastung und damit die **Vermeidung der Haftung** möglich. Ganz wesentlich für den FM-Manager ist mithin die Kenntnis von den Möglichkeiten der Rechtfertigung zur Abwehr einer Beschuldigung bzw. Haftungsinanspruchnahme.

Diese Entlastung ist möglich durch den Nachweis, dass

- alle Pflichten ordnungsgemäß erfüllt wurden (*OLG Frankfurt IBR 2008, 329*) oder
- alle dem Beschuldigten möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen wurden (*BGH IBR 1991, 216*) oder
- der Schaden ohnehin eingetreten wäre (*BGHZ 4, 4; 12, 96*).

In der Praxis wird eine erfolgreiche Exkulpation häufig dadurch ermöglicht oder jedenfalls erleichtert, dass die zur Verfügung stehenden **Hilfsmittel** konsequent eingesetzt werden, als da insbesondere sind:

Schaubild: Exkulpation

exakte Dokumentation	Neben den gesetzlich geforderten Dokumentationspflichten ist dringend anzuraten, dass weitere Dokumentationen durchgeführter Maßnahmen erfolgen, gepflegt und bereit gehalten werden.	Arbeits-, Verfahrens-, Betriebs-, Gebrauchs-, Inspektions-, Wartungsanweisungen; Alarmpläne, Terminpläne, Organisationspläne; Stellen- und Tätigkeitsbeschreibungen, Objekt-/Betriebshandbuch, Aus-/Weiterbildungsnachweise, Beurteilungen, Beauftragungs-/ Übertragungsdokumente, Prüfungsprotokolle, Inspektionsberichte, etc.
wirksames Pflichtenmanagement	Feststellung und Überwachung der anlagenbezogenen Betreiberpflichten und Termine sowie Durchführung der Maßnahmen zu deren Erfüllung	Erforderlich sind neben der Kenntnis von Prüfpflichten, -inhalten und -intervallen nebst Dokumentationsanforderungen deren tatsächliche Wahrnehmung und Überwachung

Praxistipp: Dem FM-Manager kann insoweit nur geraten werden, eine laufende qualifizierte Beratung dahingehend sicher zu stellen, dass er stets unterrichtet ist über den Stand und Umfang seiner gesetzlichen, vertraglichen und sonstigen Betreiberpflichten. Ohne diese Kenntnis wird eine Exkulpation in der Praxis kaum gelingen.

4.9 Haftungsdeckung durch Versicherungen

Die zunehmende Etablierung des FM im deutschen Wirtschaftsraum hat bisher (nach wie vor) noch keine vergleichbaren Aktivitäten im Assekuranz-Bereich hervorgerufen. Vielmehr zeigen Analysen der Versicherungspolizen, dass diese zwar ausgehend von den ursprünglichen Tätigkeitsfeldern des jeweiligen FM-Unternehmens versichern, aber selten an den aktuellen Bedarf resultierend aus der Tätigkeitsentwicklung im FM angepasst wurden.

Die Abdeckung wirtschaftlicher Gefahren von Schadensereignissen durch Versicherungen liegt schon im Eigeninteresse des FM und bildet darüber hinaus einen wesentlichen Bereich ordnungsgemäßer Wahrnehmung der Interessen des Eigentümers.

Praxistipp: Im FM-Vertrag ist zu regeln, dass für einen entsprechenden Versicherungsschutz zu sorgen und dieser auf Verlangen nachzuweisen ist.

Grenzen der Risikoabdeckung bestehen durch Ausschlüsse für vorsätzlich rechtswidriges Handeln, Bußgelder und strafrechtliche Sanktionen sowie individuell vereinbarte Leistungsausschlüsse im Versicherungsvertrag.

Vereinfacht dargestellt lassen sich die maßgeblichen Versicherungen in drei Bereiche aufteilen:

Schaubild: Haftungsdeckung durch Versicherung

unternehmensbezogene Versicherungen des Gebäudeeigentümers	unternehmensbezogene Versicherungen des Betreibers (Dienstleisters)	objektbezogene Versicherungen
Absicherung gegen Ansprüche Dritter	Absicherungen gegen Ansprüche Dritter u. ggf. des Gebäudeeigentümers	Absicherung gegen Schäden am Objekt

Haftpflichtversicherungen	Haftpflichtversicherungen	Sachversicherungen
Betriebshaftpflichtversicherung, Grundbesitzerhaftpflichtversicherung, Organhaftpflichtversicherung, Umwelthaftpflichtversicherung, Rechtsschutzversicherung, etc.	Betriebshaftpflichtversicherung, Organhaftpflichtversicherung, Vermögensschadenshaftpflichtversicherung, Rechtsschutzversicherung, etc.	Feuer-, Sturm-, Leitungswasser-, Elementarschaden-, Überschwemmung-, Einbruchdiebstahl-, Vandalismus-, Betriebsausfallversicherung, etc.
Darüber hinaus besteht die gesetzliche Unfallversicherung, die innerbetriebliche Personenschäden durch Arbeitsunfälle (einschließlich Wegeunfälle) und Berufskrankheiten abdeckt (SGB VII)		

Ausgehend von den unterschiedlichen Risiken des technischen, infrastrukturellen und kaufmännischen FM und je nach Tätigkeitsumfang des FM-Unternehmens als Einzel-, Modul- oder Komplettanbieter lassen sich jeweils bedarfsgerechte Versicherungslösungen entwickeln.

Das **technische FM** wird beherrscht von den Risiken, die unter der klassischen Betriebshaftpflichtversicherung abgesichert werden können. Dabei gilt zu beachten, dass auch Tätigkeitsschäden erfasst werden und der weite Bereich der Umwelthaftung unbedingt Berücksichtigung findet. Generell gilt zudem auch hier das Spezialitätsprinzip, d.h., nur im Versicherungsschein deklarierte Risiken (= Tätigkeiten) sind im Zweifel auch versichert, so dass Weiterentwicklungen des Geschäftsfeldes stets einen Prüfungsbedarf hinsichtlich des Versicherungsschutzes auslösen.

Praxishinweis: Als wichtig und im Einzelfall problematisch erweisen sich Schnittstellen insbesondere bei solchen Anbietern, die nach der Errichtung oder dem Umbau des Objektes mit FM anschließen. Versicherungsprodukte sind modular konzipiert und deshalb prinzipiell nicht für Leistungen „aus einer Hand“ gedacht.

Der Bereich des **infrastrukturellen FM** birgt Risiken vor allem auch bei den übernommenen Verkehrssicherungspflichten, die vom Versicherungsvertrag umfasst werden müssen.

Die ausreichende Absicherung von Vermögensschäden, die unter der Betriebshaftpflichtversicherung nicht versichert sind, steht beim **kaufmännischen FM** im Vordergrund.

Praxishinweis: Ein wichtiger Aspekt, der auch bei der Betreiberhaftung relevant werden kann, sind Schäden im Zusammenhang mit der Gewinnung und dem Transfer von Daten und dabei der Entwicklung und dem Einsatz von Software.

Prämienrelevant wirkt schließlich die häufig anzutreffende **Unternehmerkette**. Auch wenn der Gedanke nahe liegt, es reiche die entsprechende Haftpflichtversicherung des Nachunternehmers aus, muss insoweit ausdrücklich vor absehbaren Deckungslücken gewarnt werden.

Praxishinweis: Bei Unternehmerketten ist zu beachten, dass es auch eine „Delegationskette“ gibt. D.h., dass z.B. der Anwender/Nutzer an den (Teil-)Systemanbieter ordnungsgemäß delegiert hat, dieser jedoch nicht an den von ihm beauftragten Dienstleister. Der (Teil-)Systemanbieter läuft daher Gefahr, beim Anwender/Nutzer nicht Regress nehmen zu können, wenn er für eine Pflichtverletzung seines Dienstleisters aus Organisationsverschulden vom Geschädigten in Anspruch genommen wird.

Zudem gilt das Trennungsprinzip mit der Konsequenz, dass die eigene – weil über § 278 BGB zugerechnete – Haftung nur derjenige verlässlich abgesichert hat, der auch das Versicherungsvertragsverhältnis schließt und durch rechtzeitige Prämienzahlung versicherungsfreie Zeiträume vermeidet.

Praxistipp: Haftung und Versicherung betreffen zwei komplexe Rechtsbereiche, die mit der Produktentwicklung Schritt halten müssen. Die dabei anstehenden Fragestellungen lassen sich regelmäßig nicht „nebenbei“ erledigen, sondern bedürfen der qualifizierten Beratung und Bearbeitung.

Hinsichtlich der **Höhe des Versicherungsschutzes** bestehen widerstreitende Interessen insoweit, als ausgehend vom Aspekt der Sicherheit eine möglichst umfassende Abdeckung der Risiken und damit auch eine möglichst hohe Versicherungssumme anzustreben ist, andererseits jedoch in gleichem Maße die **Kosten** dieses Versicherungsschutzes steigen. Im Hinblick auf die Optimierung der Rendite drängt sich mithin auf, keine höhere als die notwendig erscheinende Versicherungssumme zu vereinbaren. Die „Absicherung im rechten Maß“ stellt sich deshalb als Einzelfallentscheidung dar, wobei die erweiterten Analyse- und Beratungspflichten der Versicherer auch ohne Einschaltung eines Maklers zu sachgerechten Ergebnissen verhelfen sollten.

4.10 Strafrechtliche Aspekte

Der FM-Manager trägt ein erhebliches Risiko für den Fall, dass er sich nach Eintritt eines Schadensfalls im Ergebnis vorhalten lassen muss, seine Pflichten in ihm persönlich vorwerfbarer Weise nicht in ausreichendem Umfang oder in nicht ausreichender Art und Weise wahrgenommen zu haben.

Neben den **arbeitsrechtlichen** Folgen des möglichen Verlustes des Arbeitsplatzes und möglichen **zivilrechtlichen** Schadensersatzverpflichtungen, die bis zum wirtschaftlichen Ruin führen können, droht gar die Gefahr der **strafrechtlichen** Sanktion und damit des Verlustes der persönlichen Freiheit und des gesellschaftlichen Status.

Erleidet ein Dritter einen Schaden an seinen durch das Strafrecht geschützten Rechtsgütern (insbesondere Leben, Gesundheit, Freiheit und ggf. auch Eigentum, §§ 212 ff. StGB), indem der FM-Manager seine Pflichten nicht ausreichend erfüllt, droht die Bestrafung für vorwerfbare Versäumnisse durch die Strafgerichte.

Stürzt etwa eine Person wegen Nicht- oder nicht hinreichender Erfüllung der Verkehrssicherungspflichten und erleidet dadurch Verletzungen oder stirbt sogar, drohen dem FM-Manager im Fall des schuldhaften Handelns oder Unterlassens, das für den Schadenseintritt ursächlich war, Geldstrafen in empfindlicher Höhe (gesetzlicher Höchstbetrag: 1,8 Mio. EUR) und/oder Freiheitsstrafen bis zu 10 oder gar 15 Jahren (etwa §§ 212, 213, 222, 223, 227 StGB).

Praxishinweis: Unwissenheit schützt nicht vor Strafe!

Auch hierdurch wird die existentielle Bedeutung der umfassenden Kenntnis und Erfüllung der Betreiberpflichten evident, zumal (vgl. unsere Ausführungen unter Ziffer 4.9) Versicherungen vor strafrechtlichen Sanktionen nicht zu schützen vermögen.

4.11 Handlungsempfehlungen

Der vorstehende kurze Abriss zeigt, dass die Betreiberpflichten sehr vielschichtig strukturiert und in zahlreichen verschiedenen Vorschriften niedergelegt sind. Dies erschwert es dem einzelnen FM-Unternehmen und FM-Manager erheblich, seine Verantwortung in der Weise

wahrzunehmen, dass sämtliche gesetzlichen (und vertraglichen) Vorschriften eingehalten und im Bedarfsfall zweifelsfrei nachgewiesen werden können.

Es stellen sich für den einzelnen Betreiber daher vielschichtige Fragen, deren Klärung die Grundlage für eine ordnungsgemäße Wahrnehmung der Pflichten darstellt, denn ohne Kenntnis der bestehenden Pflichten können diese nicht erfüllt werden.

Dem FM-Manager ist somit Folgendes zu raten:

4.11.1 Klärung grundlegender Fragen

Der FM-Manager hat sich zur Erfüllung seiner Pflichten stets folgende Fragen zu stellen:

- Welche baurechtlichen Vorschriften finden Anwendung (Sonderbau, Hochhaus, Krankenhaus, Beherbergungsbetrieb, etc.)?
- Welche Behörden sind baurechtlich zuständig?
- Welcher Unfallversicherungsträger ist zuständig?
- Welche Überwachungsstellen sind erforderlich und verfügbar?
- Welche Rechtsvorschriften sind im Einzelfall zu beachten?

Auf dieser Grundlage ist ein detaillierter Pflichtenkatalog für das konkrete Objekt zu erarbeiten. Hierzu bedarf das FM in aller Regel qualifizierter juristischer Beratung.

Praxishinweis: Auf den Pflichtenkatalog sollte äußerste Sorgfalt verwandt werden. Diese Investition an zeitlichen und finanziellen Ressourcen zahlt sich erfahrungsgemäß immer aus.

4.11.2 Organisatorische Regelungen

Unabdingbar für eine ordnungsgemäße Wahrnehmung der sodann bekannten Pflichten ist die Einrichtung und Pflege einer stringenten Organisation und hierbei auch die Entscheidung, ob alle Pflichten dauerhaft und zuverlässig von eigenem Personal erfüllt werden können oder die Inanspruchnahme von Fremddienstleistern sinnvoll erscheint. Insoweit kann im Einzelfall eine betriebswirtschaftliche oder allgemeine Unternehmensberatung erforderlich sein.

Praxishinweis: Der detaillierte Pflichtenkatalog sollte in der Weise ausgearbeitet werden, dass zu jeder Pflicht der Name der verantwortlichen Person sowie weitere Hinweise (z.B. Überprüfungsintervall, Berichtsintervall, etc.) vermerkt werden.

4.11.3 Überprüfung der Grundlagen

Bei der Übernahme der Betreiberverantwortung für ein Gebäude/technische Anlage ist eine sorgfältige Begehung/Besichtigung nebst Protokollierung etwaiger Mängel ebenso unbedingt anzuraten wie die Überprüfung, ob die maßgeblichen Bauvorschriften eingehalten und Sicherheitseinrichtungen ordnungsgemäß ausgeführt wurden (vgl. hierzu unsere Ausführungen unter Ziffer 5). Insoweit kann im Einzelfall die Beziehung eines technischen Sachverständigen sinnvoll sein.

Stellt das FM Verstöße gegen Bau- oder Ausführungsvorschriften fest, hat es den Gebäudeeigentümer hierauf unverzüglich hinzuweisen und ggf. geeignete Abhilfemaßnahmen vorzuschlagen.

Praxishinweis: Der FM-Manager kann sich nicht auf den Standpunkt zurück ziehen, er sei nicht Bauherr und deshalb für die Bauausführung nicht verantwortlich!

4.11.4 Dokumentation aller Prüfungs-, Überwachungs- und Abhilfemaßnahmen

Anzuraten ist, dass ein **Betriebshandbuch** (Darstellung der Organisation und Abläufe – im Normalbetrieb und bei Störungen/Notfällen) sowie ein **Objekthandbuch**, in dem alle objektbezogenen Daten und Dokumente enthalten sind, geführt werden.

Diese Dokumente bzw. Dokumentensammlungen können auch IT-gestützt geführt werden und in ein Gebäude-Informationssystem münden.

Je nach Umfang und Schwierigkeitsgrad des FM können auch Managementsysteme (z.B. Qualitäts-, Arbeitsschutz- und Umweltschutzmanagementsysteme wie integrierte Managementsysteme) Einsatz finden.

Praxishinweis: Die Dokumentation ist Dreh- und Angelpunkt der Vermeidung der Haftung (Exkulpation), da es ohne detaillierte Dokumentation im Regelfall nicht gelingen wird, die ordnungsgemäße Erfüllung der Pflichten nachzuweisen.

4.11.5 Mittelverwendung

Die Wahrnehmung der Betreiberverantwortung bedingt, dass die verfügbaren Mittel primär und mit Vorrang vor allen anderen Mittelverwendungen zur Erfüllung der gesetzlichen Vorschriften eingesetzt werden müssen, mithin

- die Durchführung der vorgeschriebenen Prüfungen,
- die Behebung der erkannten Mängel und
- die Erfüllung sonstiger sicherheitsrelevanter Belange.

Praxishinweis: Sollten die Mittel nicht ausreichen, hat das FM eine übergeordnete Stelle zu unterrichten und für den Fall, dass keine Abhilfe erfolgt, die Stilllegung zu veranlassen oder das erhöhte Betreiberisiko mit der gesteigerten Gefahr der Haftung zu tragen.

4.12 Fazit

Schutz vor Haftungsinanspruchnahmen bietet dem FM somit nur

- die Verschaffung der Kenntnis von bestehenden Pflichten,
- die sorgfältige Erfüllung dieser Pflichten und
- die sorgfältige Dokumentation des jeweiligen Handelns!

5. Gebäudesubstanzanalyse

Unter dem Schlagwort der Gebäudesubstanzanalyse wird die Ermittlung aller Kenndaten der Liegenschaft insgesamt verstanden (mithin über das Gebäude hinaus auch der Grundstückssituation in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht). Sie stellt sich als notwendige Grundlage zur Ermittlung der konkreten Pflichten des FM dar (vgl. hierzu unsere Ausführungen unter Ziffer 4.11.1 und 4.11.3). Sie hilft darüber hinaus, **Einsparpotentiale** zu ermitteln, indem die vorhandenen facilities auch in technischer Hinsicht systematisch analysiert und auf Grundlage dieser Analyse Optimierungsmöglichkeiten entwickelt werden. Weiterer wichtiger Aspekt der Gebäudesubstanzanalyse ist die systematische Erfassung und Bewertung vorhandener **Gebäude- und Liegenschaftsrisiken**, die insbesondere mit der spezifisch rechtlichen Problematik der Betreiberverantwortlichkeit in engem Zusammenhang stehen (vgl. Verkehrssicherungspflichten beim Entfernen von Baumwurzeln,

OLG Celle vom 14.05.2009, 8 U 191/08, IBR-online Werkstatt-Beitrag vom 09.06.2009). Eine solche Risikoanalyse ist nicht nur für den FM-Manager, sondern auch für den betroffenen Eigentümer/Nutzer von entscheidender Bedeutung. Als ein hervorstechendes Beispiel unter vielen sei hier die Problematik des Brandschutzes genannt (vgl. *OLG Hamm IMR 2009,170; OLG Frankfurt IBR 2008, 279*).

Praxishinweis: Bei der Gebäudesubstanzanalyse bedarf es des Zusammenwirkens verschiedener Experten, insbesondere rechtlicher und technischer Fachrichtung.

Allerdings reicht die Kenntnis des Ist-Zustandes nicht aus. Vielmehr ist entscheidend, dass darauf aufbauend das erforderliche ordnungsgemäße Handeln erfolgt und ganz wichtig (siehe unsere Ausführungen unter Ziffer 4.8.3 und 4.11.4) dessen Dokumentation. Die Erarbeitung eines Katalogs von Handlungsempfehlungen bzw. -anweisungen auf der Basis einer vollständigen Dokumentation ist wesentliche Aufgabe des FM-Managers. Diese Dokumentation ist letztendlich auch wesentliche Grundlage der Exkulpation in Bezug auf mögliche Haftungsrisiken (vgl. Verkehrssicherungspflichten beim Betrieb eines Parkplatzes, *OLG Karlsruhe IBR 2009,1012*; keine Haftung bei ordnungsgemäßer Übertragung von Verkehrssicherungspflichten auf Dritte, *OLG Frankfurt NJW-RR 2008, 1476*).

Daneben können infolge ihrer Identifikation Risiken vermieden, zumindest jedoch vermindert und Restrisiken beherrscht werden (vgl. zur Frage der Zeiträume für die winterliche Räum- und Streupflicht, *OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1331*).

6. Green Building / Nachhaltiges Bauen

Die Begriffe Green Building und Nachhaltiges Bauen haben Konjunktur. Hintergrund dieses Aufschwungs sind einerseits nationale wie internationale Klimaschutzziele, andererseits die in der jüngsten Immobilienkrise gewachsene Erkenntnis, dass nachhaltige Gebäude werthaltiger sind und daher besser am Markt platziert werden können. Der Trend zum Nachhaltigen Bauen wird daher nicht abreißen, sondern sich verstärkt fortsetzen. Für den FM-Manager erwächst hieraus, insbesondere wenn er auf Grundlage der Lebenszyklusbetrachtung bereits in die Planung und Konzeption eines Gebäudes eingebunden ist, ein **neues, komplexes Anforderungsprofil**, das im Folgenden überblicksartig dargestellt werden soll (für eine vertiefte Darstellung vgl. **HFK-Kompakt**, Green Building/Nachhaltiges Bauen).

Praxishinweis: Green Building/Nachhaltiges Bauen ist wesentlicher Bestandteil eines zukunftsfähigen FM.

6.1 Begriffsbestimmung

Einheitliche Vorstellungen darüber, was die Begriffe „Green Building“ und „Nachhaltiges Bauen“ bedeuten, gibt es kaum. Kleinster gemeinsamer Nenner ist, dass der Begriff „Green Building“ für ressourceneffiziente Gebäude verwandt wird, also ökologische Aspekte wie z.B. den Primärenergie- und Wasserverbrauch oder den Einsatz ökologisch unbedenklicher Bauprodukte in den Vordergrund stellt, während dem Begriff „Nachhaltiges Bauen“ inhaltlich eine sehr viel umfassendere Bedeutung zukommt, die zusätzlich wirtschaftliche, soziale und prozesstechnische Aspekte einbezieht. Green Building kann demnach vereinfacht als Teilmenge des Nachhaltigen Bauens bezeichnet werden. Gesetzlich definiert oder durch die Rechtsprechung inhaltlich bestimmt sind beide Begriffe bislang nicht. Diese Begriffe dürften daher derzeit einer sinnvollen gesetzlichen Definition auch kaum zugänglich sein.

Praxishinweis: Vereinbaren Vertragsparteien die Planung oder Errichtung eines Green Buildings, so ist in der Leistungsbeschreibung im Detail zu konkretisieren, was die Vertragsparteien hierunter verstehen. Anerkannte Regeln der Technik oder eine DIN-Norm, welche die Anforderungen an ein Green Building festlegen, existieren nicht.

6.2 Rechtliche Anforderungen

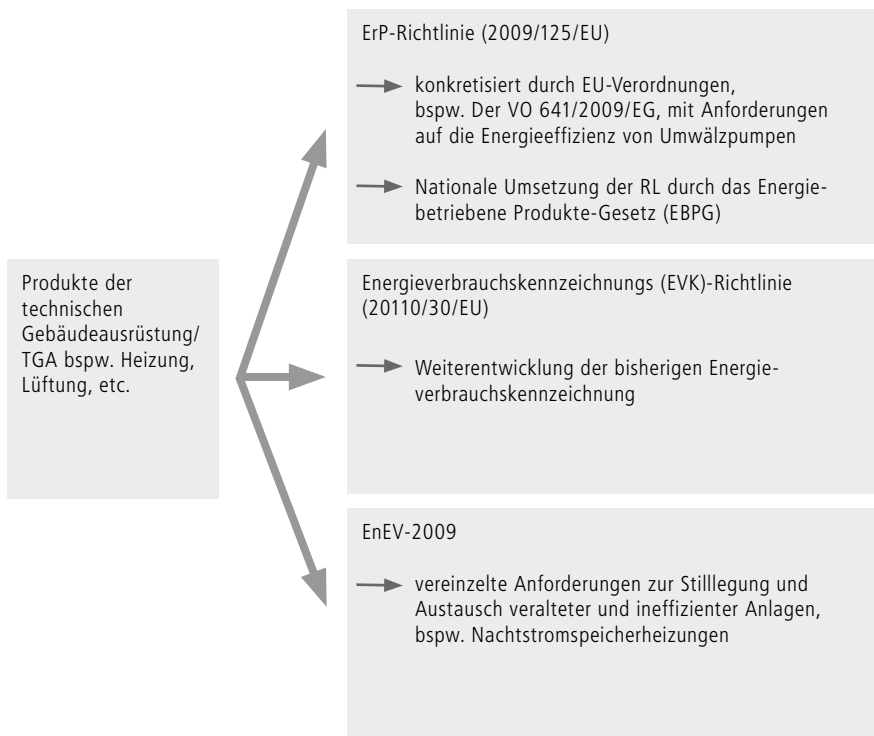
Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sind vor allem die Aspekte von Relevanz, die in der Betriebsphase zu einer Verminderung des Ressourcenverbrauchs führen und so zur Senkung der Betriebskosten des Gebäudes beitragen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Grundlagen einer über den gesamten Lebenszyklus einer Immobilie verteilten nachhaltigen Wertschöpfung vornehmlich in deren Planungsphase geschaffen werden. Ressourceneffizienz wird dabei im Hinblick auf Gebäude häufig mit **Energieeffizienz** gleichgesetzt. In der Tat ist die Energieeffizienz von Gebäuden der wesentliche Faktor im Hinblick auf die Betriebskosten eines Gebäudes. Ein nicht unerheblicher Anteil der Nebenkosten entfällt auf die Bereiche Heizung/Warmwasser, Kühlung und Stromverbrauch. Die rechtlichen Anforderungen an Energieeffizienz und den Einsatz Erneuerbarer Energien im Gebäudebereich sind komplex. Sie können in die Bereiche Technische Gebäudeausrüstung (TGA), Gesamtenergie-

effizienz von Gebäuden, den Einsatz Erneuerbarer Energien und Kraft-Wärme Kopplung sowie den Bereich Smart Metering unterteilt werden. Daneben kommt der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung sowie der Abfallentsorgung eine relativ hohe Kostenrelevanz hinsichtlich des Gebäudebetriebs zu.

6.2.1 Technische Gebäudeausrüstung (TGA)

Hinsichtlich der Technischen Gebäudeausrüstung haben der europäische wie der nationale Gesetzgeber eine Vielzahl produktbezogener Regelungen erlassen, die auf die Energieeffizienz der TGA abzielen und in der folgenden Abbildung zusammengefasst sind:

Schaubild: Anforderungen TGA



Weitere umweltrechtliche und sicherheitsrechtliche Anforderungen an Gestaltung, Betrieb und Entsorgung von TGA können sich u.a. aus den folgenden Regelwerken ergeben:

- dem Elektronik- und Elektrogerätegesetz (ElektroG),
- der Verordnung über kleinere und mittlere Feuerungsanlagen (1. BImSchV),
- dem Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG) und den Verordnungen zum GPSG, bspw. der Gasverbrauchseinrichtungs-Verordnung, der Maschinen-Verordnung oder der Explosionsschutz-Verordnung,
- der Betriebssicherheits-Verordnung (BetrSichV) oder
- dem Bauordnungsrecht der Länder, etwa den Landes-Bauordnungen oder den Feuerungs-Verordnungen.

6.2.2 Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden

Der Rahmen für Anforderungen an die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden wird auf Europäischer Ebene durch die sog. Gebäude-Richtlinie festgesetzt, die auch unter der Bezeichnung EPBD-Direktive (Energy Performance of Buildings) bekannt ist. Die Gebäude-Richtlinie wurde im Juni 2010 novelliert (RL-2010/31/EU). Die alte Gebäude-Richtlinie wurde durch das Energieeinspargesetz (EnEG) und die Energieeinsparverordnungen (EnEV) 2004, 2007 und 2009 in nationales Recht umgesetzt und konkretisiert. Zur Umsetzung der novellierten Richtlinie ist nun in 2012 die EnEV erneut zu überarbeiten und wird dann als EnEV 2012 in Kraft treten. Die derzeit geltende EnEV 2009 enthält die folgenden Regelungsbereiche (vgl. Abbildung):

Schaubild: EnEV 2009

Energieeinspar-Verordnung (EnEV 2009)			
Anforderungen an zu errichtende Gebäude, §§ 3 ff. EnEV	Anforderungen bei Änderung und Erweiterung bestehender Gebäude, §§ 9 ff. EnEV	Regelungen bzgl. technischer Anlagen und Einrichtungen in Gebäuden, §§ 12 ff. EnEV	Erstellung und Verwendung von Energieausweisen, §§ 16 ff. EnEV

Der Vollzug der EnEV wird auf Landesebene durch Zuständigkeitsverordnungen geregelt, in Bayern bspw. durch die „Verordnung zur Regelung der Zuständigkeiten und zur Durch-

führung der Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden“ (ZVEnEV). Neben verschiedenen Rechtsfragen war in letzter Zeit insbesondere die Berechnungsmethode des Jahres-Primärenergiebedarfs im Rahmen der EnEV nach DIN 18599 in der Diskussion. Nachdem in der Praxis mehrfach an der Handhabung der DIN 18599, welche für die Erlangung von KfW-Fördermitteln relevant war, Kritik geübt wurde, wurde die Anwendung der DIN 18599 im Oktober 2010 von der KfW-Bank selbst ausgesetzt; dies deshalb, da bei der Berechnung des Energiebedarfs zuletzt ungewöhnlich starke Abweichungen bei unterschiedlichen Softwarelösungen aufgefallen waren (dies gerade im Vergleich zum alternativen Berechnungsverfahren nach DIN 4108-6 "Wärmeschutz und Energie-Einsparung in Gebäuden" in Verbindung mit DIN 4701-10 "Energetische Bewertung heiz- und raumluftechnischer Anlagen").

6.2.3 Einsatz Erneuerbarer Energien

Die Verwendung bestimmter Energieträger kann zunächst, was allgemein kaum bekannt ist, durch Festsetzungen in Bebauungsplänen für bestimmte Fälle verboten werden (sog. Heizstoffverwendungsverbote nach § 9 Abs. 1 Nr. 23a) BauGB). Besteht daher ein Bebauungsplan, ist dieser vor Festlegung auf ein bestimmtes Energieversorgungskonzept und den Abschluss korrespondierender Verträge genau zu prüfen.

Der Einsatz Erneuerbarer Energien wird einerseits durch den Gesetzgeber in vielerlei Hinsicht gefördert, bei der Errichtung neuer Gebäude jedoch andererseits zumindest teilweise verpflichtend vorgeschrieben. Letzteres erfolgt durch § 3 Erneuerbare-Energien-Wärme-Gesetz (EEWärmeG). Danach haben Eigentümer von Gebäuden, die neu errichtet werden, deren **Wärme- und Kälteenergiebedarf** durch die anteilige Nutzung von Erneuerbaren Energien zu decken. Die Höhe des prozentualen Anteils variiert gemäß § 5 EEWärmeG je nach Energieträger. Erfüllt werden kann die Pflicht auch durch Ersatzmaßnahmen, die in § 7 EEWärmeG normiert sind. So gilt § 3 EEWärmeG auch dann als erfüllt, wenn der Verpflichtete Maßnahmen zur Einsparung von Energie trifft, durch die bei der Errichtung des Gebäudes der jeweilige Höchstwert des Jahres-Primärenergiebedarfs und die für das Gebäude zu erfüllenden Anforderungen an die Wärmedämmung der Gebäudehülle nach der EnEV in der jeweils geltenden Fassung um mindestens 15 % unterschritten werden. Auch die Deckung des Wärmeenergiebedarfs zu mindestens 50 % unmittelbar aus Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen ist als Ersatzmaßnahme ausreichend.

Praxishinweis: Der Eigentümer hat einen Anspruch auf Befreiung von der Pflicht des § 3 EEWärmeG und der Durchführung von Ersatzmaßnahmen, soweit ihre Erfüllung im Einzelfall wegen besonderer Umstände durch einen unangemessenen Aufwand oder in sonstiger Weise zu einer unbilligen Härte führen würde.

Nicht nur umweltfreundlich, sondern auch wirtschaftlich lukrativ wird der Einsatz Erneuerbarer Energien im Einzelfall durch deren gesetzliche Förderung im Rahmen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG). Das EEG regelt den vorrangigen Anschluss von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien an die allgemeinen Versorgungs- und Elektrizitätsnetze, die vorrangige Abnahme, Übertragung, Verteilung und Vergütung durch die Netzbetreiber sowie den bundesweiten Ausgleich des abgenommenen und vergüteten Stroms. Der Gesetzgeber hat hier gerade durch die in den §§ 23 bis 33 EEG normierten Vergütungssätze, u.a. für Strom aus Biomasse, Geothermie und solarer Strahlungsenergie ein sehr wirksames Anreizsystem zur Erzeugung und Nutzung Erneuerbarer Energien geschaffen. Bei der **objekteigenen Erzeugung und Nutzung** von Strom fallen zudem regelmäßig keine EEG-Umlage (in 2011: 3,53 ct/kWh) und nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 StromStG auch keine Stromsteuer (aktuell 2,05 ct/kWh) an.

6.2.4 Smart Metering

Smart Metering wird als Oberbegriff für Effizienzsteigerungen und Energieeinsparungen mittels digitaler Stromzähler und dadurch ermöglichter Energiedienstleistungen verwendet. Smart Meter (intelligente Zähler) sind kommunikationsfähige elektronische Messeinrichtungen, die es dem Verbraucher grundsätzlich ermöglichen, zeitnah Informationen darüber zu erhalten, wann er wie viel Energie verbraucht. Smart Meter gibt es dabei für unterschiedliche Energieträger, etwa Strom, Erdgas oder Fernwärme, aber auch für andere Ressourcen wie bspw. Wasser. Als intelligent werden Zähler gängiger Weise nur bezeichnet, wenn sie eine selbständige Kommunikation mit dem Energieverteilernetz ermöglichen. Zusätzlich können weiter entwickelte Zählertypen auch eine darüber hinausgehende Kommunikation mit energieverbrauchenden Anlagen oder Hausgeräten ermöglichen. Sogenannte „vollintegrierte Smart Meter“, in denen Funktionen zum Messen/Zählen, Steuern, Speichern und Kommunizieren im Gerät enthalten sind, können einen jeweils aktuellen last- oder zeitvariablen Tarif berücksichtigen und so automatisch Geräte oder Anlagen, soweit diese ebenfalls entsprechend ausgerüstet sind – **smart appliances** –, ein- bzw. abschalten. Solche fortschrittlichen Technologien könnten in Zukunft u.a. dazu beitragen,

Spitzenlasten zu verlagern oder effizienter verfügbare Energie aus erneuerbaren Energiequellen abzunehmen.

Auf **europäischer Ebene** enthalten die Versorgungssicherheits-Richtlinie Elektrizität 2005/89/EG, die Messgeräte-Richtlinie 2004/22/EG und insbesondere die Energieeffizienzdienstleistungs-Richtlinie (EDL-RL) 2006/32/EG Vorschriften, welche die Einführung von Smart Metering begünstigen bzw. im Falle des Art. 13 Abs. 1 EDL-RL fordern. Danach haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass alle Endkunden Zähler erhalten, die den tatsächlichen Energieverbrauch und die tatsächliche Nutzungszeit des Endkunden widerspiegeln. Diese Forderung, die unter dem Vorbehalt technischer Machbarkeit und finanzieller Vertretbarkeit steht, schreibt grundsätzlich die flächendeckende Einführung von Smart Metering vor, insbesondere in neuen oder umfangreich zu renovierenden Gebäuden. Die Vorgaben des Art. 13 EDL-RL wurden mit der Novellierung des Energiewirtschafts-Gesetzes (EnWG) im Jahre 2008 – zumindest teilweise – in deutsches Recht umgesetzt. Gemäß § 21b Abs. 3a EnWG sind Messstellenbetreiber seit dem 1.1.2010 zum Einbau von Messeinrichtungen, die dem jeweiligen Anschlussnutzer den tatsächlichen Energieverbrauch und die tatsächliche Nutzungszeit anzeigen, in Neubauten und in Gebäuden, in denen große Renovierungen durchgeführt wurden, verpflichtet.

6.2.5 Wasserversorgung/Abwasserentsorgung

Hinsichtlich der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung bestehen größtenteils nicht nur unterschiedliche, sondern auch auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene verteilte Rechtsgrundlagen. Die öffentliche **Wasserversorgung** ist eine Aufgabe der Daseinsvorsorge. Ob eine Gemeinde durch gemeindliche/städtische Satzung auf Grundlage des jeweiligen Kommunalabgabengesetzes Wassergebühren festsetzt, hängt davon ab, ob die Gemeinde die Wasserversorgung in Eigenregie vornimmt. Wird die Aufgabe auf gemischt wirtschaftliche oder rein privatwirtschaftliche Unternehmen der Wasserversorgung übertragen, setzen diese hingegen Wasserpreise fest. Hier gelten regelmäßig unterschiedliche Tarife für Privat- und Geschäftskunden.

Anders als die Wasserversorgung ist die **Abwasserentsorgung** eine hoheitliche Kernaufgabe der Gemeinden, die nicht an private Unternehmen bzw. gemischt wirtschaftlichen Unternehmen übertragen werden kann. Im Regelfall wird sich der FM-Manager nur mit den Anforderungen an die Indirekteinleitung, also der Einleitung in öffentliche Abwasseranlagen,

insbesondere die öffentliche Kanalisation auseinanderzusetzen haben. Die Anforderungen an die Indirekteinleitung ergeben sich aus den jeweiligen Landeswassergesetzen, aufgrund derer größtenteils sog. Indirekteinleiterverordnungen erlassen wurden. Im Rahmen der Indirekteinleitung erheben die Gemeinden für die Umlage von Kosten der Abwasserbeseitigung regelmäßig auf Grundlage der jeweiligen Kommunalabgabengesetze in gemeindlichen Satzungen Gebühren für die Benutzung der öffentlichen Abwasseranlagen, vgl. etwa für Düsseldorf § 65 LWG NRW, § 7 Gemeindeordnung NRW, §§ 1, 4, 6 und 7 KAG NRW in Verbindung mit der Satzung über Gebühren für die Entwässerung von Grundstücken im Stadtgebiet von Düsseldorf.

Praxishinweis: Die Kosten für die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung variieren regional sehr stark. Verhandlungsspielraum wird ein FM-Manager primär bei Gebäuden haben, die in Städten/Gemeinden liegen, in denen die Wasserversorgung durch gemischt-wirtschaftliche bzw. rein privatwirtschaftliche Unternehmen organisiert ist.

6.2.6 Abfallentsorgung

Hinsichtlich der Abfallentsorgung können während der Nutzungsphase im Bereich GM verschiedene abfallrechtliche Fragestellungen auftreten. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Hausmüll und Gewerbeabfall, da Letzterer unter den Anwendungsbereich der Gewerbeabfallverordnung (GewAbfallV) fällt und, soweit es sich um Abfälle zur Verwertung handelt, nicht den öffentlich rechtlichen Entsorgungsträgern nach § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG angegliedert werden muss. Vielmehr kann hier bzw. muss hier die Entsorgung in Eigenregie vorgenommen werden, regelmäßig durch die Beauftragung entsprechender Entsorgungsunternehmen.

Praxishinweis: Ob der FM-Manager als Abfallbesitzer und somit öffentlich-rechtlicher Abfallverantwortlicher gemäß § 3 Abs. 4 KrW-/AbfG anzusehen ist, hängt davon ab, ob er die tatsächliche Sachherrschaft über die Abfälle ausübt, was in erster Linie anhand der ihm vertraglich eingeräumten Verfügungsbefugnissen zu beurteilen ist. Ist der FM-Manager im konkreten Fall als Abfallbesitzer zu qualifizieren, kann er grundsätzlich Adressat abfallrechtlicher Ordnungsverfügungen und Bußgeldbescheide sein.

Der optimalen Gestaltung von Entsorgungsverträgen kommt für den FM-Manager insbesondere in den Fällen besondere Bedeutung zu, in denen er selbst als Abfallbesitzer öffentlich-

rechtlich entsorgungspflichtig ist, da nach der Rechtsprechung die Verantwortlichkeit des ersten Abfallbesitzers nicht durch Übergabe an ein Entsorgungsunternehmen endet (vgl. *BVerwG, Urteil vom 28.06.2007- 7 C 5/07*). Der FM-Manager hat daher großes Augenmerk auf die Auswahl des Entsorgungsunternehmens zu legen. In jedem Fall sollte er sich die entsprechenden Genehmigungen, etc. des Unternehmens vorlegen lassen und diese überprüfen. Darüber hinaus ist dringend zu empfehlen, nur Entsorgungsfachbetriebe zu beauftragen, die die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 KrW-/AbfG und der Entsorgungsfachbetriebs-Verordnung erfüllen und hiernach bezüglich der beauftragten Entsorgungsleistung zertifiziert sind. Da der FM-Manager als Abfallbesitzer Teil der Entsorgungskette ist, muss er seine Vertragspartner zusätzlich verpflichten, ihm den vollständigen Entsorgungsweg offen zu legen.

6.3 Zertifizierung der Nachhaltigkeit von Gebäuden

Der Zertifizierung von Gebäuden kommt unter Vermarktungsgesichtspunkten ständig wachsende Bedeutung zu. Einerseits wird ein Bauherr für die Errichtung eines Green Buildings leichter finanzierende Banken oder Investoren finden, andererseits ist damit zu rechnen, dass Immobilienversicherer in Zukunft günstigere Tarife für Green Buildings anbieten, da diese eine höhere Werthaltigkeit besitzen. Diese höhere Werthaltigkeit wirkt sich zudem sowohl positiv auf einen möglichen Verkaufspreis als auch auf die Vermietung des jeweiligen Objekts aus.

6.3.1 Nachhaltige Gebäudelösungen – International

Das politische Prinzip Nachhaltige Entwicklung wird seit Ende der 1980er Jahre international diskutiert. Ein wichtiger Bestandteil nachhaltiger Entwicklung ist der schonende Umgang mit natürlichen Ressourcen. Daneben kommt dem Prinzip nachhaltiger Entwicklung jedoch auch eine wirtschaftliche und soziale Dimension zu und international gedacht auch eine interkulturelle und intergenerative Komponente. In vielen Bereichen steht der berechtigte Vorwurf im Raum, dass man unter Nachhaltiger Entwicklung alles und nichts verstehen könne. Insofern ist es auch zutreffend, dass sich zumindest in Deutschland ein justitierichtiges Rechtsprinzip Nachhaltige Entwicklung, das auch die wirtschaftliche und soziale Dimension umfasst, mangels tauglicher inhaltlicher Konkretisierung noch nicht herausgebildet hat.

Im Gebäudebereich versucht man eine, wenn auch nicht gesetzliche, Konkretisierung durch die Entwicklung von **Zertifizierungssystemen mit korrespondierenden Gütesiegeln** zu

erreichen. Internationale Vorreiter für die Gebäudezertifizierung sind die Systeme nach LEED (Leadership in Energy and Environmental Design) und BREEAM (BRE Environmental Assessment Method). Diese beiden Systeme, die in den 1990er Jahren in den USA und Großbritannien entwickelt wurden, legen den Schwerpunkt auf die Energie- und Ressourceneffizienz eines Gebäudes. Aus dem anglo-amerikanischen Raum stammt daher auch der Begriff **Green Building**.

Das Zertifizierungssystem nach **BREEAM** bspw. ist eine weit verbreitete Methode zur Bewertung der Umweltauswirkungen von Bauaktivitäten. Bewertet werden der Energie- und Ressourceneinsatz, die Raumluftqualität sowie die Durchführung und Organisation der Bau-tätigkeit. Für die Entwicklung verantwortlich sind das Building Research Establishment von England (BRE), ECD Energy and Environment Ltd. und Partner aus der Immobilienbranche. Mittlerweile gibt es mehrere BREEAM-Versionen für verschiedene Kontinente (Europa, Nord-amerika und Ferner Osten) und Gebäudetypen. Weitere Informationen sind erhältlich unter: www.bre.co.uk/bre/breeam/default.html.

Beim **LEED-System** handelt es sich um ein Schwerpunktprogramm des US Green Building Councils (USGBC); es lässt sich auf neue und bereits bestehende Geschäfts- und Verwaltungsgebäude sowie im großvolumigen Wohnbau anwenden. Die Bewertung berücksichtigt energetische und ökologische Grundsätze und hat eine Standardisierung im Bereich "Green Building" zum Ziel. Evaluiert werden die Umweltauswirkungen eines Gebäudes über seinen gesamten Lebenszyklus hinweg. Zertifiziert werden nur jene Gebäude, die bestimmte Grundbedingungen des ökologischen Bauens erfüllen. Die Bewertung erfolgt durch eine Punktevergabe für einzelne Kriterien. Die Summe der erreichten Punkte entscheidet, wie das Gebäude bei der Zertifizierung eingestuft wird.

Darüber hinaus wurden in den letzten Jahren eine Vielzahl von Zertifizierungssystemen und Gütesiegeln entwickelt, die jeweils unterschiedliche Schwerpunkte setzen:



Südkorea: Greening Building System



Japan: CASBEE




















Australien: Nabers / Green Star



Brasilien: AQUA / LEED Brasil



Kanada: Kanada LEED / Green Globen

	China: GB Evaluation standard for Green Building
	Finnland: Promise
	Frankreich: HQE und Carbon Site
	Hong Kong: HKBEAM
	Indien: GRIHA (national green rating)/ LEED India
	Israel: SI-5281
	Italien: Protocollo Itaca
	Mexiko: LEED Mexico
	Niederlande: BREEAM Niederlande
	Neuseeland: Green Star NZ
	Norwegen Eco-Profile
	Portugal: Lider A
	Schweden: EcoEffect
	Schweiz: Nachhaltiges Bauen
	Singapur: Green Mark and Construction Quality Assessment System
	Südafrika: Green Star SA
	Spanien: VERDE

6.3.2 Nachhaltige Gebäudelösungen – National (DGNB)

Ein nachhaltiges Gebäude möchte mehr sein als ein Green Building. Neben den Auswirkungen auf die Umwelt sollen bei einem nachhaltigen Gebäude auch die langfristigen wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen berücksichtigt werden. Mit diesem Anspruch hat das **BMVBS** gemeinsam mit der **Deutschen Gesellschaft für Nachhaltiges Bauen (DGNB)** in den Jahren 2007 bis 2009 umfangreiche Grundlagenarbeiten zur Nachhaltigkeitsbewertung von Gebäuden geleistet. Hierauf aufbauend hat die DGNB eine Vielzahl von Nutzungsprofilen für ein Nachhaltigkeitszertifizierungssystem entwickelt, angefangen mit einem Nutzungsprofil für Büro- und Verwaltungsgebäude.

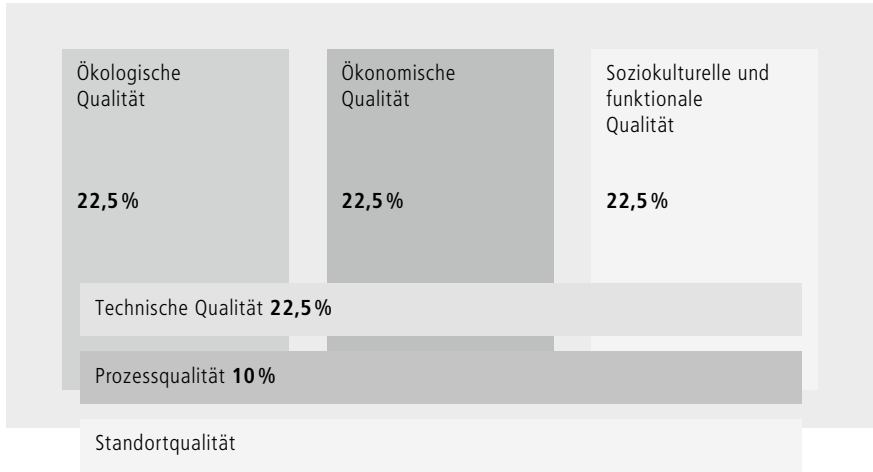
Schaubild: DGNB – Nutzungsprofile

Nutzungsprofil	Version
1. Neubau Büro- und Verwaltungsgebäude	2008 (NBV08)
2. Neubau Büro- und Verwaltungsgebäude	2009 (NBV09)
3. Neubau Handelsbauten	2009 (NHA09)
4. Neubau Industriebauten	2009 (NIN09)
5. Neubau Bildungsbauten	2009 (NBI09)
6. Modernisierung Büro- und Verwaltungsgebäude	2010 (MBV10)
7. Neubau Wohngebäude	2010 (NWO10)
8. Neubau Hotelgebäude	2010

Gemein ist den Nutzungsprofilen, dass sie trotz leicht variierender Anzahl an zu Grunde liegender Einzelkriterien, die für eine erfolgreiche Zertifizierung zu erfüllen sind, **sechs Hauptthemenfelder** umfassen, nämlich die ökologische Qualität, die ökonomische Qualität, die soziokulturelle und funktionale Qualität, die technische Qualität, die Prozessqualität und die Standortqualität. Außer der Standortqualität fließen alle anderen Qualitäten in eine Gesamtbewertung des zu errichtenden oder zu modernisierenden Gebäudes ein. Beispiele für die ökologische Qualität sind etwa das Treibhauspotential oder Risiken für die lokale Umwelt bzw. der Trinkwasserbedarf und das Abwasseraufkommen. Ein Beispiel für die ökonomische Qualität ist die Drittverwendungsfähigkeit. Beispiele für soziokulturelle und funktionale Qualität sind der akustische Komfort, die Innenraumhygiene oder auch die Barrierefreiheit. Unter die technische Qualität fallen Kriterien wie Brand- und Schallschutz oder die Recycling- und Demontagefreundlichkeit des Gebäudes; die Prozessqualität schließt die Qualität der Projektvorbereitung, die integrale Planung und die Qualität der ausführenden Unternehmen mit ein. Die bis zu 61 Einzelkriterien, die sich auf die Hauptthemenfelder aufteilen, werden mit Bewertungspunkten von 1 bis 10 bewertet. Die Bewertungspunkte einzelner Kriterien lassen sich **quantitativ** berechnen, wie etwa die des Primärenergieverbrauchs, bei anderen Kriterien ist die Ermittlung der Bewertungspunkte nur **qualitativ** anhand vorgegebener Checklisten möglich.

Die für das jeweilige Einzelkriterium errechneten bzw. ermittelten Bewertungspunkte werden sodann mit einem für jedes Kriterium vorab festgelegten **Bedeutungsfaktor** (1 – 3) multipliziert. Die so errechneten bzw. ermittelten Ergebnisse der Einzelkriterien werden in den Hauptkriteriengruppen zusammengefasst und sodann gemäß folgender Gewichtung ins Verhältnis gesetzt (vgl. nachfolgendes Schaubild).

Schaubild: DGNB-Einzelkriterien



Erreicht das Gebäude einen Gesamterfüllungsgrad von $\geq 80\%$, erhält es ein Gold-Zertifikat, für einen Gesamterfüllungsgrad von 65 – 80 % ein Silber-Zertifikat und für einen Gesamterfüllungsgrad von 50 – 65 % ein Bronze-Zertifikat.

Praxishinweis: Für die Erreichung des DGNB Goldstandards muss zur Verhinderung von qualitativen Ausreißern nach unten für jede Hauptkriteriengruppe mindestens der Silberstandard erreicht werden. Einzelne Kriterien einer Hauptkriteriengruppe können jedoch theoretisch auch unter dem Bronzestandard zurückbleiben. Erfüllt der Bauherr die geltenden Rechtsvorschriften, Normen und anerkannten Regeln der Technik, führt dies in der Regel zur Erreichung des Bronze-Standards.

6.3.3 Neue Rechtsverhältnisse und Rechtsfragen

Zu den für Bauprojekte üblichen Planungs- und Bauverträgen treten im Rahmen einer DGNB Zertifizierung weitere Rechtsverhältnisse und neue Akteure hinzu. So hat der Bauherr/Investor bzw. der von ihm beauftragte Generalübernehmer bspw. einen DGNB Auditor zu beauftragen. Dieser DGNB Auditor wird vom DGNB im Rahmen eines Zulassungsverfahrens akkreditiert. Auch mit der DGNB selbst ist ein Vertrag zu schließen; dieser regelt jedoch primär die

abschließende Überprüfung und Bewertung der vom DGNB-Auditor zusammengestellten Unterlagen. Um den gewünschten und regelmäßig auch vertraglich vereinbarten Zertifizierungserfolg – etwa die DGNB-Zertifizierung im Gold-Standard – sicherzustellen, wird der DGNB Auditor regelmäßig auch die Rolle eines Nachhaltigkeitsberaters einnehmen und versuchen, mit den vom GÜ oder Bauherrn beauftragten Architekten und Fachplanern eine integrierte Planung abzustimmen. Da die Nutzungsprofile der DGNB und die ihnen zugrundeliegenden Kriterien und Berechnungsmethoden technisch komplex sind, ist eine solche zusätzliche Beratungsleistung aus Sicht des Bauherrn auch zwingend erforderlich.

Praxishinweis: Die Nutzungsprofile werden durch die DGNB von Zeit zu Zeit an die technische Entwicklung, etc. angepasst. Die Beteiligten müssen daher konkret vereinbaren, welches Nutzungsprofils und welchen Stand dieses Nutzungsprofils sie ihren Verträgen zu Grunde legen wollen. Ansonsten besteht das Risiko, dass der im Zeitpunkt der Abnahme geltende Stand des jeweiligen Nutzungsprofils zu Grunde gelegt wird. Ein Gebäude, das nach einer früheren Version Gold-Standard erreicht hätte, erfüllt dann möglicherweise nur noch die Anforderungen an den entsprechenden Silber-Standard.

Dass sich aufgrund der zusätzlichen Beratung durch Auditor und/oder Nachhaltigkeitsberater im Falle des Verfehlens des vertraglich festgelegten Zertifizierungsziels zudem **neue Haftungskonstellationen** ergeben können und insbesondere aufgrund der in der Praxis sehr schwer vorzunehmenden Abgrenzung der zu erbringenden Beratungs- und Planungsleistungen eine Ausweitung der Rechtsprechung zur **gesamtschuldnerischen** Haftung der Baubeteiligten gegenüber dem Bauherrn droht (vgl. etwa *BGHZ 43, 277*; *BGH, Urt. v. 09.07.2009 – VII ZR 109/08*), liegt auf der Hand.