

FACILITY MANAGEMENT

HFK RECHTSANWÄLTE HEIERMANN FRANKE KNIPP
FACILITY MANAGEMENT

Facility Management

Impressum

Sonderausgabe: Facility Management

Copyright 2009 • Redaktionelle Verantwortung:
HFK RECHTSANWÄLTE HEIERMANN FRANKE KNIPP
Gestaltung und Satz: appelt mediaservice, Berlin
Druck: WENDE **DRUCK** Berlin

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/Gebäude Management (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 haben 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

1.	Einführung	11
1.1	Was ist FM/GM?	11
1.1.1	Grundsatz	11
1.1.2	Gebäudemanagement (GM) als Teilbereich des FM	13
1.1.3	Bereiche des FM/GM	16
1.2	Begriffsabgrenzungen	19
1.3	FM/GM im Spannungsfeld der Beteiligten	20
2.	Rechtsgrundlagen	22
2.1	Rechtsgrundlagen des technischen FM/GM	24
2.1.1	Werkvertragsrecht	24
2.1.1.1	BGB- oder VOB – Vertrag	24
2.1.1.2	Werkerfolg	25
2.1.1.3	Vergütung	25
2.1.1.4	Leistungsbeschreibung	26
2.1.1.5	Abnahme	26
2.1.1.6	Kündigung	27
2.1.1.7	Haftung für Mängel	28
2.1.1.7.1	Mängel vor Abnahme	
2.1.1.7.2	Mängel nach Abnahme	28
2.1.1.7.3	Verjährungsfrist	29
2.1.1.7.4	Verjährungsfrist bei Mängelbürgschaften	31
2.1.2	Energieeinsparverordnung (EnEV) und allgemein anerkannte Regeln der Technik	31
2.2	Rechtsgrundlagen des kaufmännischen FM/GM	33
2.2.1	Mietrecht	33
2.2.1.1	Form des Mietvertrages	34
2.2.1.2	Allgemeine Geschäftsbedingungen	36
2.2.1.3	Übergabeprotokoll	36
2.2.1.4	Wertsicherungsklauseln	37
2.2.1.5	Betriebs- und Nebenkosten	39
2.2.1.6	Schönheitsreparaturen	43
2.2.1.7	Wechsel der Vertragsparteien	44
2.2.1.8	Hausordnung	45
2.2.2	Steuerrechtliche Anforderungen an den FM/GM-Manager	47

2.2.2.1	Umsatzsteueroption	47
2.2.2.2	Betriebsvorrichtungen/Gewerbesteuer	48
2.3	Rechtsgrundlagen des infrastrukturellen FM/GM	49
2.3.1	Grundsätze des Dienstvertragsrechts	49
2.3.1.1	Abschluss des Dienstvertrages	50
2.3.1.2	Vertragliche Pflichten	50
2.3.1.3	Beendigung des Dienstvertrages	51
2.3.1.4	Haftung bei Vertragsverletzungen	52
2.3.2	Hinweise zum Arbeitsrecht	52
2.3.3	Arbeits- und Gesundheitsschutz	53
2.3.4	Versorgungsverträge	54
3.	Vertragsgestaltung	55
3.1	Der FM/GM-Vertrag (Vertragsverhältnis Anwender/Nutzer-Systemanbieter)	55
3.1.1	Der FM/GM-Vertrag als Dauerschuldverhältnis	55
3.1.2	Inhalt und Umfang des FM/GM-Vertrages	56
3.1.3	Die Regelungen im Einzelnen	59
3.2	Häufige Vertragstypen im Verhältnis (Teil-) Systemanbieter-Dienstleister	63
3.2.1	Der Wartungsvertrag	64
3.2.2	Der Reinigungsvertrag	66
3.2.3	Der Wachdienstvertrag	68
4.	Betreiberverantwortung	69
4.1	Begriffsbestimmung, Abgrenzung, Übersicht	70
4.2.	Verantwortungsbereiche	73
4.3	Gesetzliche Pflichten des Betreibers	76
4.3.1	Eigenverantwortung	76
4.3.2	Differenzierung: Pflichten des Unternehmens, Pflichten des Einzelnen	77
4.4	Die Pflichten des Unternehmens im Einzelnen:	78
4.4.1	gegenüber den eigenen Beschäftigten	78
4.4.2	gegenüber Dritten	78
4.4.3	gegenüber Behörden und Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung	80
4.4.4	gegenüber der Umwelt	80
4.4.4.1	Immissionsschutz	80
4.4.4.2	Klimaschutz	81

4.4.4.3	Bodenschutz	81
4.4.4.4	Gewässerschutz	82
4.4.4.5	Abfallentsorgung	82
4.5	Die persönlichen Pflichten im Einzelnen	83
4.6	Übertragbarkeit der Verantwortung (Delegation)	91
4.6.1	Die fünf Voraussetzungen wirksamer Delegation	91
4.6.2	Pflichtenübertragung bei Mietverhältnissen	93
4.7	Pflichtverletzung, Verschulden, Exkulpationsmöglichkeiten	94
4.7.1	Haftungsbegründung	94
4.7.2	Mögliche Rechtsfolgen der Haftung	95
4.7.3	Exkulpation (Entlastung/Rechtfertigung)	96
4.8	Haftungsdeckung durch Versicherungen	97
4.9	Strafrechtliche Aspekte	99
4.10	Handlungsempfehlungen	100
4.10.1	Klärung grundlegender Fragen	101
4.10.2	Organisatorische Regelungen	101
4.10.3	Überprüfung der Grundlagen	102
4.10.4	Dokumentation aller Prüfungs-, Überwachungs- und Abhilfemaßnahmen	102
4.10.5	Mittelverwendung	103
4.11	Fazit	103
5.	Gebäudesubstanzanalyse	103
6.	Green Building	104
6.1	Begriffsbestimmung, Abgrenzung	105
6.2	Auswirkungen	105
6.3	Gesamtwirtschaftliche Bedeutung und Kosten	106
6.4	Green Building-Materialien	107
6.5	Reduzierter Energieverbrauch	107
6.6	Bedeutung für das FM/GM	107
6.7	Gütesiegel	109



1. Einführung

1.1 Was ist FM/GM?

1.1.1 Grundsatz

Allen Unternehmen ist gemein, dass sich der unternehmerische Gesamtprozess in den Kern- und den 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.

Die **GEFMA – Richtlinie** 100 – 1 als Basisrichtlinie der German Facility Management Association (GEFMA) definiert daher 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 der 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/GM als Teil des Sekundärprozesses eines Unternehmens einzuordnen ist, der in direktem Zusammenhang mit Aufgabenstellungen rund um die Immobilie oder auch die sonstigen Anlagen steht. So ist zum Beispiel die Einrichtung und Pflege eines Arbeitsplatzes in einer Immobilie Gegenstand des FM/GM, 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.

Auf Grundlage der GEFMA – Richtlinie 100-1 lassen sich die Eckpunkte des aktuellen FM/GM-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 Facility Management,
- 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/GM 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),
- Nutzen für die Umwelt (sparsamer Umgang mit Ressourcen).

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

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

1.1.2 Gebäudemanagement (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,
- 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

Ausschrei-
bung

Vergabe

Bauleis-
tungen

Über-
wachung

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 Bereiche des FM/GM

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

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

Mitunter wird das **Flächenmanagement** als vierter Teilbereich des FM/GM qualifiziert. Zutreffend ist es jedoch systematisch dem infrastrukturellen FM/GM 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/GM, auch wenn sich mitunter Überschneidungen mit dem technischen FM/GM (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, neue 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 ggf. für die Höhe der Miete und in jedem Fall für die Betriebskostenabrechnung ist, bietet immer wieder Anlass zu (vermeidbaren) gerichtlichen Auseinandersetzungen.

Praxishinweis: Für ein rechtlich sicheres FM/GM 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 vertraglich 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 Neubauvorhaben oder einer Sanierung im Bestand bereits im Bauvertrag die Weichen für ein zukünft-

tiges effektives Flächenmanagement gestellt werden. Wichtig ist weiter, dass in den Verträgen, insbesondere den Mietverträgen, die Flächen einheitlich definiert sind. Nicht selten kommt es vor, dass die Mietverträge für verschiedene Einheiten in einem Objekt verschiedene Flächenberechnungen vorsehen (z.B. GiF, DIN). Dies kann zu erheblichen Problemen bei den Nebenkostenabrechnungen 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 der unverzichtbaren Flexibilität. Jeder Immobilieneigentümer, wie auch jeder Nutzer einer oder mehrerer Immobilien muss ein vitales Interesse an größtmöglicher Flexibilität in Bezug auf die Nutzungsmöglichkeiten der Immobilie haben. 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/GM ist begrifflich bisher nicht eindeutig definiert, so dass sich zahlreiche Begriffe finden, die teilweise Überschneidungen aufweisen.

Neben dem Begriff des FM/GM finden sich in der Praxis insbesondere auch die Begriffe **Asset Management** und **Property Management**. Während das FM/GM 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:

- Eigentümerververtretung gegenüber Dritten wie z.B. Behörden, Versicherungen, Mietern, etc.,
- Vermietung bzw. Steuerung der Vermietung,
- Einkauf, Steuerung, Controlling der technischen und infrastrukturellen Objektverwaltung,
- 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 vor allem im Bereich der Abgrenzung zum FM/GM.

1.3 FM/GM im Spannungsfeld der Beteiligten

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



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

Der Eigentümer kann den Nutzwert des FM/GM voll ausschöpfen, insbesondere wenn er selbstnutzender Eigentümer der Facility ist. Für gewerbliche Vermieter, also nicht selbstnutzende Eigentümer der Facility, sind insbesondere diejenigen Teilaspekte des FM/GM 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/GM Nutzen für das Kerngeschäft sowie für Kunden und Mitarbeiter zu erwarten.

Demgegenüber steht der **Systemanbieter**, der eine umfassende FM/GM-Dienstleistung gegenüber dem Eigentümer, dem Vermieter oder dem Mieter erbringt und seinerseits gege-

benenfalls Dienstleister (siehe nachstehend) mit der Erbringung einzelner Teilleistungen beauftragt. Unter der umfassenden systematischen FM/GM-Dienstleistung ist dabei all das zu verstehen, was in die Kategorien technisches, kaufmännisches und infrastrukturelles FM/GM einzuordnen ist.

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

In Abgrenzung dazu bieten **Dienstleister** lediglich einzelne ausgesuchte FM/GM-Dienstleistungen an, wie z.B. Reinigungs- oder Wachdienstleistungen. Im Regelfall wird dieser 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 für eine Haftung bzw. zur Abwehr einer Haftung (siehe hierzu die Ausführungen zur Betreiberverantwortung unter Ziff. 4) führen kann.

Schließlich kommen in vielfältiger Weise **Dritte** mit der FM/GM-Dienstleistung in Berührung. Dabei handelt es sich z.B. um die Mitarbeiter des Anwenders/Nutzers, da das FM/GM 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/GM 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 unten Ziff. 4) wider.

2. Rechtsgrundlagen

Das FM/GM ist in das Gesetz- und Normungswesen eingebunden. Alle Teilgebiete des FM/GM 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/GM	Kaufmännisches FM/GM	Infrastrukturelles FM/GM
<ul style="list-style-type: none">• Instandhaltung/Sanierung (Werkvertragsrecht: §§ 631 ff. BGB, VOB/A, VOB/B, VOB/C und sonstige allgemeine technische 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, HOAI, etc.)• Energie und Umwelt (Energieeinspargesetz und -verordnung, 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 für alle Dienstleistungen wie z.B. Reinigungs- und Wachdienste (§§ 611 ff. BGB)

Hiervon zu unterscheiden sind die Regelwerke, die zur Strukturierung und Systematisierung des FM/GM, der Schaffung einer „gemeinsamen Sprache“, der Vereinheitlichung und Standardisierung und der Formulierung eines „Standes der Technik“ dienen sollen. Beispielhaft seien hierfür folgende Regelwerke aufgeführt:

– **DIN EN 15 221-1:**

Diese Norm dient insbesondere der Definition und Strukturierung der Inhalte des FM/GM.

-
- **DIN EN 15 221-2:**
Diese Norm ist ein Leitfaden für die Ausarbeitung von vertraglichen Vereinbarungen in Bezug auf FM/GM- 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/GM und nimmt eine systematische Einordnung vor.
 - **GEFMA – Richtlinie 100-2:**
Die Richtlinie stellt anhand eines Leistungsspektrums alle möglichen FM/GM- Leistungen aus allen Lebenszyklusphasen zur Verfügung. Dies soll dem Anwender/Nutzer die Möglichkeit geben, das Profil des gewünschten FM/GM- 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/GM-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/GM-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,

etwa 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.

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

Nachfolgend werden deshalb anhand des Drei-Säulen-Modells die wichtigsten Rechtsgrundlagen für das technische, kaufmännische und infrastrukturelle FM/GM dargelegt.

2.1 Rechtsgrundlagen des technischen FM/GM

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

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

Diese Rechtsgrundlagen sind im Wesentlichen folgende:

2.1.1 Werkvertragsrecht

2.1.1.1 BGB- oder VOB – Vertrag

Der Werkvertrag ist ein entgeltlicher gegenseitiger Vertrag. Bei den im Rahmen des FM/GM 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 (Vergabe – und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen DIN 1961) vereinbart werden (VOB – Vertrag).

Praxishinweis: Einzelheiten zum Werkvertrag, insbesondere zum VOB/B-Vertrag sind in unserer Kanzleibroschüre „Privates Baurecht“ dargestellt.

2.1.1.2 Werkerfolg

In einem Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer (im Fall des FM/GM: 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 unten Ziff. 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 grundsätzlich 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*)

2.1.1.3 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/GM 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.

2.1.1.4 Leistungsbeschreibung

Dreh- und Angelpunkt des Werkvertrages ist die Leistungsbeschreibung. Aufgrund der Erfolgsbezogenheit hat der Werkunternehmer den geschuldeten Erfolg herbeizuführen. Ein Werkunternehmer kann sich beispielsweise nicht auf die Angaben in einem Leistungsverzeichnis für ein Dach berufen, wenn das Dach später nicht dicht ist. Der Bundesgerichtshof (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 grundsätzlich 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.

2.1.1.5 Abnahme

Von besonderer Bedeutung im Werkvertragsrecht ist weiter 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 beispielsweise 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 Nr. 3 VOB/B) voraus.

2.1.1.6 Kündigung

Der gesonderten Erwähnung bedarf das Kündigungsrecht des Bestellers, welches in § 649 BGB bzw. § 8 Nr.1 VOB/B geregelt ist. Gemäß dieser Vorschriften darf der **Besteller** (im Fall des FM/GM: der Anwender/Nutzer im Verhältnis zum (Teil-) Systemanbieter oder Dienstleister oder der (Teil-) Systemanbieter im Verhältnis zum Dienstleister) – sofern vertraglich nichts Abweichendes vereinbart ist – bis zur Vollendung des Werkes **jederzeit** 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 erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

2.1.1.7 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 Nr. 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. 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*).

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) – oftmals ein Vergütungsanspruch zuerkannt.

2.1.1.7.1 Mängel vor Abnahme

Vor der Abnahme hat der Auftraggeber einen auf Herstellung des versprochenen mangel freien 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 nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht (*BGH IBR 2009, 15*).

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

2.1.1.7.2 Mängel nach Abnahme

Tritt ein Mangel nach Abnahme auf, muss der Auftraggeber diesen zur Wahrung seiner Rechte gegenüber dem Auftragnehmer – nach § 13 Nr. 5 VOB/B schriftlich – rügen. Dazu ist

nur die Angabe der Mangelsymptome und der genauen Örtlichkeiten notwendig, Ursachen müssen 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 Nr. 5 Abs. 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 Nr. 6 VOB/B nur möglich ist, wenn die Nacherfüllung vom Auftragnehmer wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit verweigert wird. Zum Schadensersatz enthält § 13 Nr. 7 VOB/B Sonderregelungen, die u.a. einen solchen Anspruch von der Wesentlichkeit des Mangels abhängig machen.

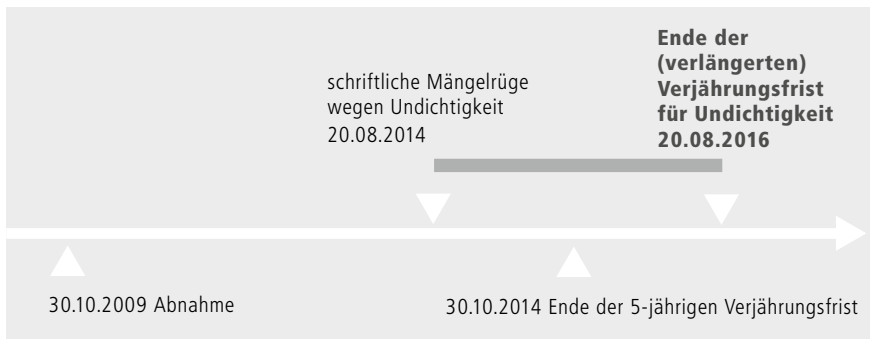
2.1.1.73 Verjährungsfrist

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 fünf Jahre für Leistungen bei einem Bauwerk, zwei Jahre für Herstellung, Veränderung und Wartung einer sonstigen Sache (nicht Bauwerk) und für alle sonstigen Leistungen 3 Jahre. Im VOB – Vertrag beträgt die Verjährungsfrist nach § 13 Nr. 4 VOB/B für Bauwerke 4 Jahre, für andere Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen 2 Jahre. Die Verjährungsfrist für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen beträgt 1 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 Nr.

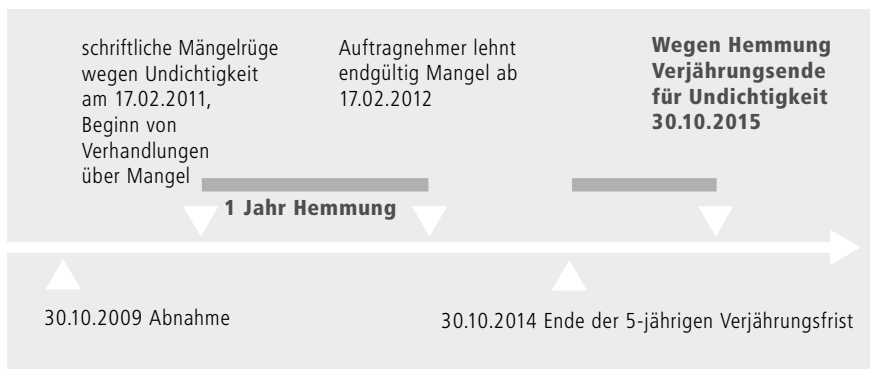
5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B verjährt der Anspruch auf Beseitigung eines konkreten Mangels zwei Jahre nach Zugang der ersten schriftlichen Mängelrüge zu diesem Mangel, nicht jedoch vor Ablauf der vereinbarten/ regulären Verjährungsfrist. Wird beispielsweise kurz vor Ablauf der vereinbarten Verjährungsfrist 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 durch Verhandlungen über den Mangel, 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)

Praxishinweis: 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/GM Verträgen ist dies von entscheidender Bedeutung für die Vertragsabwicklung.

2.1.1.7.4 Verjährungsfrist bei Mängelbürgschaften

Besondere Vorsicht ist bei Mängelbürgschaften geboten. 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, also der bürgschaftsrechtliche Sicherungsfall eingetreten ist (OLG Schleswig IBR 2009, 453; OLG Celle IBR 2008, 1282; BGH BauR 2008, 1885).

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

2.1.2 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 eines Gebäudes, teilweise auch bei Bestandsgebäuden, einzuhalten hat. Mit der nunmehr verkündeten EnEV 2009, die am 01. Oktober 2009 in Kraft **treten wird**, werden die Anforderungen nochmals erhöht. Unter anderem sollen bei Neubauten und Modernisierungen von Altbauten die Anforderungen hinsichtlich des Jahres-Primärenergiebedarfs um ca. 30 % und hinsichtlich des Gebäudewärmeschutzes um ca. 15 % verschärft werden.

Die EnEV gilt für Wohngebäude, Bürogebäude und bestimmte Betriebsgebäude. Welche Anforderungen für Neubauten bzw. Änderungen und welche für ein Bestandsgebäude einzuhalten sind, ist für jedes Kriterium jeweils gesondert festgelegt.

Die EnEV regelt neben den energetischen Anforderungen, die an ein Gebäude 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 der 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 in Hinblick auf Anlagentechnik und Gebäudedämmung geben kann. Dem erfahrenen FM/GM-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 vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 16 Abs. 2 Satz 1 bzw. Satz 2 EnEV 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 Benen-

nung von Aussteller-Stellen zuständig. In Hessen kann beispielsweise 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 (417); NZM 2005, 60*). Entsteht dem Anwender/Nutzer dadurch ein Schaden, kann er ggf. gegenüber dem Vermieter und dieser ggf. wiederum gegenüber dem FM/GM-Management 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/GM-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).

2.2 Rechtsgrundlagen des kaufmännischen FM/GM

Auch im kaufmännischen FM/GM besteht für den FM/GM-Manager das Erfordernis, die maßgeblichen Rechtsgrundlagen in ihren Grundzügen zu kennen. Dabei werden Leistungen des kaufmännischen FM/GM insbesondere bei nicht selbst genutzten Immobilien des Anwenders/Nutzers anfallen.

2.2.1 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 Gewerberaummiete** 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 und ist für den FM/GM-Manager von entscheidender Bedeutung. Es 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/GM-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 die Wohnraummiete ein.

2.2.1.1 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, 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, 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*).

Praxistipp: Der FM/GM-Manager achtet nicht nur (selbstverständlich) darauf, dass von ihm neu abgeschlossene Mietverträge dem Schriftformerfordernis entsprechen, sondern veranlasst insbesondere 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 (das sind in den meisten Fällen ca. drei Monate). Darüber hinaus besteht die Folge, da eine wirksame 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*).

Praxisinweis: 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/GM-Managers.

2.2.1.2 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 IMR 2009, 2; OLG Köln IMR 2008, 158; OLG Düsseldorf IMR 2007,11; OLG Koblenz IMR 2006,1023*). 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 oben Ziff. 2.2.1.1*), dass der Mietvertrag mit gesetzlicher Frist – und damit ggf. gravierend vor dessen vertraglichem Beendigungszeitpunkt – gekündigt werden kann.

Praxisinweis: 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.

2.2.1.3 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 **Beweiszwecken**. 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 oben Ziff. 2.2.1.1*) vorliegen, mit der Folge der Kündigung 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!

2.2.1.4 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 Gewerbemiet-

recht 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 dem vom Statistischen Bundesamt ermittelten Verbraucherpreisindex 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 Preisindex für die Gesamtlebenshaltung oder eines vom Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaft ermittelten Verbraucherpreisindex bestimmt werden.
- Der Vermieter muss für einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet, oder das Mietverhältnis muss eine Laufzeit von mindestens 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 oben Ziff. 2.2.1.1*) 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 nach § 8 des Preisklauselgesetzes erst zu dem Zeitpunkt ein, in dem die Unzulässigkeit rechtskräftig festgestellt ist. Eine unzulässige Wertsicherungsklausel ist daher – vorbehaltlich einer anderweitigen miet-

vertraglichen Regelung – bis zu einem rechtskräftigen Urteil 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*).

2.2.1.5 Betriebs- und Nebenkosten

Die Nebenkosten machen einen beträchtlichen Anteil der Zahlungsverpflichtungen eines Mieters aus. Darüber hinaus liegt in der Gestaltung und Abrechnung der Betriebs- und Nebenkosten ein wesentliches Betätigungsfeld des FM/GM-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 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 eindrucksvoll, wie konfliktträchtig 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/GM-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 Satz 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 Geschäftsraummietverträgen 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 Gewerberaummiете 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 Formulklausel 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 Angemessenheit 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 Gewerberaummiете 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 häufig die Problematik der **Kostentrennung** für den Vermieter. Übernimmt der Verwalter das gesamte FM/GM, 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/GM-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 von dem Begriff der Betriebskosten ausgenommen, so dass diese bei der Wohnraummiete 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/GM) zum einen keine unnötigen Kosten generieren darf, zum anderen müssen die Kosten der Höhe nach ortsüblich und plausibel sein.

Praxistipp: Dem FM/GM-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/GM-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 wurden (*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 können. Bei der Formulierung einer dahingehenden 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/GM-Manager führen.

2.2.1.6 Schönheitsreparaturen

Die Thematik der Tragung von Instandsetzungs-, Instandhaltungs- und Schönheitsreparaturarbeiten und -kosten stand in den letzten Jahren im Mittelpunkt der mietrechtlichen Rechtsprechung. Viele der lange Jahre standardmäßig in Mietverträgen verwendeten Klauseln wurden von der Rechtsprechung als nicht vereinbar mit AGB-Recht verworfen (*BGH NZM 2007, 921*; *OLG Düsseldorf IMR 2007, 251*; *BGH IBR 2005, 642*). Hiervon 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 grundsätzlich auch zulässig ist die formular- und individualvertragliche Übertragung dieser Arbeiten bzw. der Verpflichtung zur Tagung der daraus resultierenden 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 („Summierungseffekt“, *BGH NJW 2005, 2006*; *OLG Düsseldorf IMR 2007, 251*).

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 gegen eine Regelung, nach der 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 dem 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 vom 27.05.2009 VIII ZR 302/09*). Die Entscheidung erging für das Wohnungsmietrecht, jedoch steht zu erwarten, dass eine Erstreckung auch auf das Gewerberaummietrecht erfolgen wird.

Praxistipp: Aufgrund der derzeit sehr strengen Rechtsprechung ist bei den Schönheitsreparaturklauseln große Vorsicht geboten, soll nicht die 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.

2.2.1.7 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.

2.2.1.8 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 er bei Vertragsschluss hiervon 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 oben Ziff. 2.2.1.1*).

Der FM/GM-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/GM-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.

2.2.2 Steuerrechtliche Anforderungen an den FM/GM-Manager

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

2.2.2.1 Umsatzsteueroption

Nach § 4 Ziff. 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/GM ausgewiesene 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, Umsätze aus Leistungen von Verbänden der Wohlfahrtspflege, Umsätze aus kulturellen Einrichtungen sowie aus 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.

2.2.2.2 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 mitvermietet 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 gewerbsteuerlichen Kürzung mit der Folge, dass Gewerbesteuer anfällt und zu bezahlen ist.

Häufig besteht die Gefahr, dass Betriebsvorrichtungen mitvermietet 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 mitvermietet werden sollen, so müssen diese, um dem Vermieter die „erweiterte Kürzung“ zu erhalten, aus dem Mietvertrag ausgeklammert und gesondert geregelt werden. Im Einzelfall sollte ein Steuerrechtsexperte hinzu gezogen werden.

2.3 Rechtsgrundlagen des infrastrukturellen FM/GM

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

2.3.1 Grundsätze des Dienstvertragsrechts

Gegenstand des infrastrukturellen FM/GM sind vor allem Dienstleistungen, also solche Leistungen, die nicht auf einen (Werk-) Erfolg ausgerichtet sind, sondern lediglich die **Erbringung der (Arbeits-)leistung** 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 oben Ziff. 2.1.1; 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 als **leistungsbezogen** darstellt. **Arbeitsverträge** sind vertragsrechtlich als Dienstverträge zu qualifizieren, auf welche Sondervorschriften wie z.B. das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) anwendbar sind.

2.3.1.1 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 (auch vermeintlich geringfügige) sollten schriftlich geschlossen werden.

2.3.1.2 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 Vertrauensstellungen 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 an 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 Dienstleistungsverpflichteten zur Folge haben, zu unterlassen.

2.3.1.3 Beendigung des Dienstvertrages

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

Wurde der Dienstvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, 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 geraten werden kann auch dazu, einzelne wichtige Gründe im Vertrag beispielhaft aufzuführen.

2.3.1.4 Haftung bei Vertragsverletzungen

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

Das Dienstvertragsrecht 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 gem. § 628 Abs. 2 BGB, wenn die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten der anderen Vertragspartei veranlasst war.

Im Übrigen kommen die allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB zur Anwendung. Insoweit 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*).

2.3.2 Hinweise zum Arbeitsrecht

Das Arbeitsrecht ist das Sonderrecht der Arbeitnehmer. Arbeitsverträge sind zwar der Struktur nach Dienstverträge, allerdings mit zahlreichen Sonderregelungen. Besondere Arbeitnehmerrechte finden sich etwa im **Kündigungsschutzgesetz** hinsichtlich der 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 und im **Mutterschutzgesetz** in Hinblick auf die Rechte einer Arbeitnehmerin bei Schwangerschaft.

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

2.3.3 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 der 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 bestimmte Mindestanforderungen für Arbeitsstätten in Bezug auf Lüftung und Temperierung, Maße der Arbeitsräume und Beleuchtung sowie an innerbetriebliche Verkehrswege. Über das Dienstvertragsrecht hinaus kann die Arbeitsstättenverordnung auch mietrechtliche Auswirkungen haben, die der FM/GM-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/GM-Manager einen Teil der Betreiberverantwortung für den Anwender/Nutzer.

2.3.4 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 Leistungsmenge 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

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

Vertragsrechtlich ist der (Teil-) Systemanbieter, der eine Gesamtleistung FM/GM anbietet, zu unterscheiden von dem 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 (*siehe dazu auch oben Ziff. 1.3*). 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/GM- 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 oben Ziff. 2.3.4*). 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.

Demgegenüber können Vertragsverhältnisse zwischen Systemanbietern und Dienstleistern, die nur Einzeldienstleistungen anbieten, zwar auch als Dauerschuldverhältnisse zu qualifizieren sein (z.B. dauerhafter Reinigungsservice), müssen dies jedoch nicht.

3.1.2 Inhalt und Umfang des FM/GM-Vertrages

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

- Objektmanagement,
- Dokumentation und Berichtswesen,
- Betriebsführung/Objektbetrieb,
- Wartung,
- 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 der Aufzählung wird deutlich, dass das Leistungsspektrum eines FM/GM-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 Systemanbieter um einen so genannten **„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 verworfen. 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, 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 Systemanbieter die Pflichtverletzung zu vertreten (verschuldet) hat.

Praxishinweis: Ein FM/GM-Vertrag mit einem Systemanbieter enthält regelmäßig Komponenten aus dem Dienst- und dem 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/GM-Verträgen, die sich nur auf ein einzelnes Objekt beziehen, und einer Portfoliovergabe. Eine **Portfoliovergabe** liegt vor, wenn der Anwender/Nutzer den Systemanbieter mit der Bewirtschaftung mehrerer Objekte beauftragt. Regelungstechnisch können die Vertragsparteien dazu mehrere,

bis auf die Leistungsbeschreibung und ggfs. 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 Vertragsbestandteile Einzelverträge in Bezug auf die einzelnen Objekte jeweils mit individuellen Leistungsverzeichnissen werden. 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.

Es empfiehlt sich, bei einer Portfolioübergabe im Rahmenvertrag zu regeln, dass die Parteien für jedes Objekt gesondert auf der Grundlage des 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 Parteien 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 Portfolioübergabe gewährleistet die notwendige rechtliche Flexibilität in Bezug auf Änderungen des Immobilienbestandes.

Hinsichtlich des Umfangs der Vereinbarung enthält der FM/GM-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 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

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. Selbstverständlich 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.

Der Anwender/Nutzer wird sich in der Regel das Recht einräumen, **einseitig** Änderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung verlangen 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.

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 Rahmenvertrag 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.

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 Systemanbieters zu regeln, welche Neben-, Informations- und Schutzpflichten ihm im Einzelnen obliegen.

Besonderes Augenmerk ist auf die Frage der Rechtsfolgen von **Behinderungen** zu legen. Für den Fall, dass der 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 zugeben, 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 zusätzliche Vergütung 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 ihrer Vielfalt nicht im Voraus bestimmt und daher auch nicht in der Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden können. Insoweit empfiehlt es sich, dass der (Teil-) Systemanbieter verpflichtet ist, unverzüglich die Notwendigkeit einer solchen 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.

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 verfügt und auch alle erforderlichen Nachweise führen kann. Seit dem 01.01.2009 ist zwar die Verpflichtung zur Mitführung des Sozialversicherungsausweises entfallen, doch müssen sich Beschäftigte beispielsweise im Bau- und Gebäudereinigungsge-
werbe jederzeit durch Personalausweis oder andere geeignete Dokumente ausweisen kön-
nen. Von besonderer Bedeutung kann sein, dass geregelt wird, wer die eventuellen notwen-
digen Ausweise, Ausrüstung oder Kleidung zu stellen hat.

Leistungsfristen und -termine können (und sollten) im Leistungsverzeichnis benannt wer-
den. Für den Fall der Überschreitung von Fristen und Terminen kann eine **Vertragsstrafe**
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),
- Abrechnung als Regieleistungen.

Wird ein **Festpreis** vereinbart, ist zu regeln, dass der Anwender/Nutzer dem (Teil-) Sys-
temanbieter für die Erbringung der Leistung innerhalb eines bestimmten Zeitraumes eine
bestimmte Pauschale schuldet, die sich der Höhe nach aus der Summe der einzelnen Be-
standteile 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. Hier-
bei sind hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen insbesondere die Regelungen des
PrKG zu beachten (*siehe hierzu auch oben Ziffer 2.2.1.4*).

Bei einer **Abrechnung nach Einheitspreisen** wird die erbrachte Leistung (Menge) nach
Leistungserbringung aufgemessen und dann anhand der im Vertrag definierten Einheits-
preise abgerechnet. Ergibt sich im Vergleich zur vereinbarten Menge eine Mengenänderung
(Mengenmehrung oder -minderung), ist die sich daraus ergebende Vergütungsfolge z.B.

analog § 2 Nr. 3 VOB/B zu regeln.

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 Level Agreements** (SLA) vereinbart werden. In diesen SLA sind Sachverhalte geregelt, die die Qualität der Leistung sicherstellen sollen. Verstößt der 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. Auch ein Qualitätssicherungssystem im Sinne eines Ampelsystems ist denkbar.

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 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.

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/GM-Struktur einbinden. Ohne Kündigungsrecht müsste der Käufer verpflichtet werden, den bestehenden FM/GM-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/GM-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 oben Ziff. 2.3.1.3 und 2.3.4).

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

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

-
- Wartungsvertrag,
 - Reinigungsvertrag,
 - 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 Gewerke 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 und auch 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 Nr. 4 Abs. 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 gilt, 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 beispielsweise die Flachdachhersteller oder auch die 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 Nr. 4 Absatz 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 Nr. 4 Absatz 2 VOB/B beauftragen kann.

Wartungsverträge werden grundsätzlich dem **Werkvertragsrecht** (siehe oben Ziff. 2.1.1) zugeordnet, denn geschuldet wird hierbei nicht nur eine reine Dienstleistung im Sinne der Durchführung ordnungsgemäßer Wartungsarbeiten, sondern auch ein Ergebnis, also 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 Wartungsverträgen 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 die dafür oben unter Ziffer 2.1.1 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 aktuellstem 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 (*siehe hierzu ausführlich unter Ziffer 4 „Betrieberverantwortung“*). 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 wären hier 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 Level Agreements (SLA). Dabei sollten Qualitätsstandards festgelegt werden, anhand derer die Regel-

vergütung bestimmt werden kann. Werden diese Standards unterschritten, verringert sich die Vergütung.

3.2.3 Der Wachdienstvertrag

Der Wachdienstvertrag umfasst im Wesentlichen den Werkschutz und stellt einen **Dienstleistungsvertrag** dar. Es gelten mithin die dafür oben unter *Ziffer 2.3.1* 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 vertritt die ihm übertragenen Rechte und gegebenenfalls Pflichten des Besitzers und wendet durch seine Arbeit Gefahren und Schaden vom Unternehmen des Anwenders/Nutzers ab. Er ist durch vereinbarte Aufgabenübertragung berechtigt, das Hausrecht für den Eigentümer auszuüben. Zu den Aufgaben des Werkschutzes gehören je nach Vereinbarung

- der Gebäudewerkschutz (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, Zu-

-
- trittskontrolle, 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 ff. BGB übertragen, wonach sich der Besitzer verbotener Eigenmacht eines Dritten mit Gewalt wehren darf. Allerdings hat der Werkschutz keine hoheitlichen Befugnisse wie etwa Polizeibeamte.

4. Betreiberverantwortung

Die Betreiberverantwortung im FM/GM 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/GM-Managers dahingehend zu schärfen, dass die verschiedensten (gesetzlichen) Pflichtenkreise eröffnet und eine Vielzahl von Vorschriften betroffen und zu beachten sind.

Jedem FM/GM-Manager muss dringend angeraten werden, zusammen mit einem FM/GM-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 versäumt werden, zusätzlich auch die – hier nicht behandelten – vertraglich auferlegten Pflichten zu erfüllen.

Praxistipp: Es empfiehlt sich insoweit die Durchführung einer detaillierten **Gebäudesubstanzanalyse** zur systematischen Erfassung der bestehenden Risiken einer Liegenschaft (*siehe hierzu Ziff. 5.*)

4.1 Begriffsbestimmung, Abgrenzung, Übersicht

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

Diese drei großen Bereiche lassen sich wiederum weiter aufgliedern.

Schaubild: Betreiberverantwortung

Betreiberverantwortung („B.“)		
rechtliche B.	wirtschaftliche B.	wirtschaftliche B.
Quellen, Grundlagen		
gesetzliche Regelungen vertragliche Vereinbarungen technische Vorschriften	kaufmännische Erfordernisse	gesamtgemeinschaftliche und Vernunftabwägungen; (rechtlich nicht verbindliche) Richtlinien
Ziele		
SICHERHEIT, Leben, Körper, Gesundheit, 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. Umweltvertraglichkeit, etc., soweit rechtlich nicht verpflichtend (z.B. Klimaschutz)

Adressat aller dieser Betreiberverantwortungen ist der FM/GM-Manager.

Praxistipp: Die rechtliche Betreiberverantwortung muss von jedem FM/GM-Manager – nicht zuletzt im eigenen Interesse – umfassend wahrgenommen werden. In Abgrenzung zu weiteren Anbietern von FM/GM-Dienstleistungen sollte das engagierte und erfolgsorientierte FM/GM-Unternehmen darüber hinaus nachdrückliches Augenmerk auf eine einprägsame Außendarstellung seiner Leistungsfähigkeit und –bereitschaft im Hinblick auf die nicht zwingenden Bereiche des FM/GM richten. Hierdurch vermag es sich aus der Masse der Anbieter heraus zu heben.

Nachfolgend behandelt wird ausschließlich die vorstehend gekennzeichnete „haftungsrechtliche – gesetzliche 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 europäischer Rechts, dessen Umsetzung in nationales Recht sowie dessen laufende Aktualisierung und auch Verschärfung durch Aufgreifen bzw. Schließen von Lücken) und der **Tendenz zur Deregulierung** (Übertragung von bisher von Überwachungsorganisationen wahrgenommenen Aufgaben auf die Beteiligten selbst) sowie die **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/GM-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

Das können jeweils 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 2 Bereiche:

verschuldensunabhängig

= Gefährdungshaftung (besteht nur ausnahmsweise, nämlich nur bei entspr. gesetzlicher Anordnung)

verschuldensabhängig

(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 UmweltHG, § 22 WHG

Pflichtverletzung (durch Tun oder Unterlassen) + Schaden + Verschulden (= persönliche Vorwerfbarkeit, nämlich Vorsatz oder Fahrlässigkeit), vgl. § 280 BGB

Schadensersatzpflicht (auch ohne Verschulden)

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.

*OLG Frankfurt IBR 2009, 402
OLG München IBR 2009, 126*

*BGH BB 1993, 1759
BGH VersR 2000, 444; NJW 2005, 1366*

Praxishinweis: Aus beiden vorgenannten Bereichen können das FM/GM-Unternehmen und den FM/GM-Manager Schadensersatzpflichten treffen.

Den Bereich der Gefährdungshaftung (*OLG Bamberg IMR 2008, 1047; BGH IBR 2006, 27*) muss der FM/GM-Manager unbedingt durch Versicherungen (*siehe hierzu unten Ziff. 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 (*siehe unten Ziff. 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 Nut-

zungen 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 müssen, 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.

Tabelle: sachliche Verantwortungsbereiche

Regelungsbereich	Geschütztes Rechtsgut
Standsicherheit	Persönliche Rechtsgüter: 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	
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),
- Schutz gegen Kriminalität (Vandalismus, Terrorismus, Sabotage),
- 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 (*siehe schon oben Praxistipp zu Ziff. 4.1*): Hier bestehen Chancen für engagierte und erfolgsorientierte FM/GM-Unternehmen, mit besonderen Leistungen Auftraggeber zu akquirieren und dauerhaft zu binden.

Im Rahmen der hier betrachteten Haftungsgefahren der Betreiberverantwortung bedürfen diese Bereiche indes nicht der weiteren Vertiefung, da der Gesetzgeber insoweit 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/GM 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/GM heißt dies konkret, dass sich die Verantwortung des Betreibers auf das gesamte Grundstück einschließlich 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/GM-Manager bei der Auswahl seines Rechtsberaters konkret darauf achten, dass dieser Kompetenz in allen das FM/GM betreffenden Rechtsgebieten aufweist!

4.3 Gesetzliche Pflichten des Betreibers

4.3.1 Eigenverantwortung

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 für den Einzelfall** bedürfen.

Es ist in der Praxis tatsächlich kaum zu erwarten, dass eine lückenlos vollständige und abschließende Auflistung aller zu erbringenden Maßnahmen und Tätigkeiten des FM/GM 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 den 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 wird es sodann freilich einem Gericht obliegen zu beurteilen, ob die Auffassung des Betreibers von der Umsetzung und Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten als ausreichend beurteilt werden können.

Beispiel: Bei einer Zuwegung zum Gebäude, die ganz leicht abschüssig ist und bei der gesetzlich keine Pflicht zur Anbringung eines Geländers besteht, entscheidet der FM/GM-Manager, einen Handlauf in Griffhöhe von Erwachsenen anbringen zu lassen. Es stürzt so-

dann ein Kind, in dessen Griffhöhe kein Handlauf bestand. Hier hatte der FM/GM-Manager zu beurteilen, ob statt des von ihm veranlassten überhaupt kein Handlauf montiert wird oder aber ein doppelläufiger.

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/GM 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: Pflichten des Unternehmens, Pflichten des Einzelnen

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

Pflichten des Betreibers (FM/GM – Unternehmen)	Pflichten der konkret handelnden natürlichen Personen
gegenüber :	Pflichtenkreise zu erfüllen durch:
eigenen Beschäftigten (Arbeitsschutz)	Organisation und Überwachung (Unternehmensleitung)
Dritten: Nutzer des Gebäudes, Besucher, Pas- sant, 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)
<i>siehe im Einzelnen Ziff. 4.4</i>	<i>siehe im Einzelnen Ziff. 4.5</i>

4.4 Die Pflichten des Unternehmens im Einzelnen:

4.4.1 gegenüber den eigenen Beschäftigten

Hier bestehen umfangreiche Fürsorgepflichten, insbesondere im Hinblick auf Arbeitssicherheit und Arbeitsschutz wie z.B.:

- § 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 gegenüber Dritten

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

Es sind im Wesentlichen die 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 fortauern 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*).

Haftungs begründend 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 Fall und ggf. deren 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). 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 entwickelte die Rechtsprechung Fallgruppen und entschied eine unübersehbare Anzahl von Einzelfällen, 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.) dahingehend, 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 Schneefangittern 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) und
- 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 gegenüber Behörden und Trägern 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/GM-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 gegenüber der Umwelt

Für Eigentümer von Grundstücken sowie Betreiber von Gebäuden und Anlagen sind insbesondere folgende 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 (BImSchV 26) sowie allgemeine Verwaltungsvorschriften („Technische Anleitungen“) 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 Immissionschutz. 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 BImSchG). 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/GM-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 BImSchG) 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/GM-Manager sollte bestehende Auflagen in sein Pflichtenheft/Prüfungsprogramm (*siehe oben Ziff. 4.*) 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 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.

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 (*Ziffer 4.4.4.3 bis 4.4.4.5*) 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/GM 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/GM die Pflichten zur Herstellung und Unterhaltung des Anschlusskanals bis zum öffentlichen Abwasserkanal, zu wiederkehrenden Überprüfungen, zur Einhaltung der Einleitbedingungen sowie Anzeige von Störungen.

Sanktion: Die Einhaltung dieser Vorschriften ist durch vielfältige Sanktionen bewehrt, die von der Auferlegung der Kosten im Fall der Maßnahmenenergreifung 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 Die persönlichen Pflichten im Einzelnen

Die tatsächliche Erfüllung der unter *Ziff. 4.4* aufgeführten Pflichten obliegt den im Namen des FM/GM-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.

Organisationspflichten, zu erfüllen durch die Unternehmensleitung	Führungspflichten, zu erbringen durch Führungskräfte	Umsetzung durch Beschäftigte	delegierbar <i>(siehe auch unten Ziff. 4.6)</i>
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 <i>(siehe hierzu nachfolgende Tabelle)</i>			ja, an Führungskräfte

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

Sonderfall:

Spezielle Pflichten von Beauftragen/Koordinatoren:

Sachgebiet	Bestellung	Aufgaben
Sicherheitsbeauftragte	§ 22 Abs. 1 SGB VII	§ 22 Abs. 2 SGB VII
Brandschutzbeauftragte	§ 10 Abs. 2 ArbSchG	
Umweltschutzbeauftragte		
Abfallbeauftragte	§ 1 AbfBeauftrV § 54 KrW-/AbfG	§ 11b AbfBeseitG § 55 KrW-/AbfG
Gewässerschutzbeauftragte	§§ 21a, 21c WHG	§ 21b WHG
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/GM zu beachten, sondern grundsätzlich bei jeder Ausübung einer Geschäftstätigkeit.

Im FM/GM bestehen darüber hinaus spezifische Betreiberpflichten.

Im Hinblick auf den Betrieb von Gebäuden und gebäudetechnischen Anlagen bestehen 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/GM umfassen insbesondere:

(1) Fristgerechte Durchführung der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungen

Beispiele:

Brandschutz	BauPrüfVO NRW BayBO
Schallschutz	
Standsicherheit	
Arbeitsstätten	ArbStättV
Beherbergungsstätten	BeVO NRW, BayBStättV
Hochhäuser	HochhausVO NRW; Bay.RiLi über die bauaufsichtliche Behandlung von Hochhäusern
Krankenhäuser	KhBauVO NRW
Verkaufsstätten	VkVO NRW, BayVkV
Versammlungsstätten	VStättVO NRW, BayVStättV

(Groß-)Garagen	GarVO NRW, BayGaStellV
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. Industrieaurichtlinie
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/GM-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).

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

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

(2) Instandhaltung

Gemäß § 12 Abs. 3 BetrSichV ist derjenige, der eine überwachungsbedürftige Anlage betreibt, verpflichtet, diese in einem ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten (...) und die nach den Umständen erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen zu treffen.

Zu achten ist darauf, dass sich eine erhöhte Gefahrneigung bei der Durchführung von Instandhaltungsmaßnahmen oft ergibt

- 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: Das Gefährdungspotential bei Instandhaltungen – gleichgültig ob durch das FM/GM-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/GM-Manager insbesondere auf straffe Organisation, klare Anweisung und ausreichende zeitliche Vorgaben achten und deren Einhaltung konkret und regelmäßig überprüfen.

(3) 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	Sturzbremmung
Winterdienst	Sturzbremmung

Diese Verpflichtungen bestehen

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

Praxisinweis: Die Gefährdungslagen sind regelmäßig und zusätzlich nach besonderen Ereignissen (z.B. Sturm, Wintereinbruch, übermäßige Niederschläge) zu überprüfen und es sind entsprechende Maßnahmen zu ergreifen.

(4) Hygienemaßnahmen, falls

Trinkwasserverteilung	Trinkwasserverordnung; VDI 6023*
Lebensmittelausgabe	Lebensmittelhygieneverordnung
Raumluftbereitstellung	VDI 6022: Hygienische Anforderungen an raumluftechnische Anlagen*
Arbeitsstättenbereitstellung	§ 54 ArbStättV
Umgang mit Gefahrstoffen	§ 22 GefStoffV

* Empfehlung, nicht Verpflichtung

Praxisinweis: Diese Maßnahmen sind nur in den speziellen Fällen zu beachten, in denen sie sachlich zutreffen.

(5) 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 wie 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.

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

Praxishinweis: Die zeitnahe und umfassende Dokumentation aller Tätigkeiten im FM/GM 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/GM (vgl. auch *OLG Brandenburg IBR 2009, 342, BGH IBR 2009, 16*).

4.6 Übertragbarkeit der Verantwortung (Delegation)

Der einzelne FM/GM-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/GM-Unternehmen als auch für die einzelnen für dieses 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*).

4.6.1 Die fünf Voraussetzungen wirksamer Delegation

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

Hierzu sind der sachliche, örtliche und ggf. zeitliche Umfang des übertragenen Pflichtenkreises eindeutig festzulegen und zu dokumentieren.

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

Weiter müssen die zu erfüllenden Aufgaben widerspruchsfrei und lückenlos zwischen dem Delegierenden und dem/den Empfänger/n der Delegation verteilt werden.

(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. Es ist dies die entscheidende Voraussetzung zur Abwehr von Schadensersatzansprüchen gem. § 831 BGB

(3) Ausstattung des Delegationsempfängers mit erforderlichen Mitteln und Kompetenzen:

Dies ist insbesondere bei betriebsinterner Delegation maßgeblich und muss im betrieblichen Organisationsplan Berücksichtigung finden.

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

(5) Laufende Überwachung des Delegationsempfängers

Praxishinweis: Die Aufsichtspflicht bleibt zwingend beim Delegierenden; selbst wenn der Verpflichtete eine eigene Aufsicht gewährleistet, verbleibt der Delegierende in der Verpflichtung der (Ober-)Aufsicht.

(Vergleiche *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?)

Nicht übertragen werden können	Nichtbeachtung der Voraussetzungen
(übergeordnete) <ul style="list-style-type: none"> • Organisationspflichten • Selektionspflichten • Aufsichtspflichten 	führt dazu, dass die Delegation der Pflichtenübertragung unwirksam ist, mit der Folge, dass der Delegierende mit in der Betreiberverantwortung – und damit in der Haftung – bleibt.

4.6.2 Pflichtenübertragung bei Mietverhältnissen

In dem für das FM/GM wesentlichen Bereich des gewerblichen Mietverhältnisses 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).

4.7 Pflichtverletzung, Verschulden, Exkulpationsmöglichkeiten

4.7.1 Haftungs begründung

Hier ist zu unterscheiden:

Ein (Schadensersatz-) Anspruch gegen das FM/GM setzt im Regelfall eine „**unerlaubte Handlung**“ voraus, die aus zwei Komponenten besteht (§§ 13, 14, 15 StGB):

- **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 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/GM-Manager nicht durch sorgfältiges Verhalten schützen. Hierfür sind Versicherungen abzuschließen (*vgl. unten Ziffer 4.8*)

Im Rahmen der regelmäßig verschuldensabhängigen Haftung droht dem FM/GM-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

- mangelhafte Festlegung der Aufgabenverteilung (*BGH IBR 1996, 400*),
- mangelhafte Auswahl von Beauftragten hinsichtlich Befähigung und/oder Eignung (Selektionsverschulden) – §§ 831 BGB; 7 ArbSchG (*OLG Hamm IBR 2009, 271*),

- mangelhafte An-/Unterweisung (Anweisungsverschulden) – §§ 12 ArbSchG, 9 BetrSichV, 81 BetrVG (*BGH IBR 2005, 80*) oder
- unzureichende Kontrolle (Überwachungsverschulden) - § 130 OWiG; §§ 25 ArbSchG, 20 ASiG, 25 BetrSichV, 7 BildschArbV, 22 UmweltHG, etc. (*OLG Brandenburg IBR 2006, 501*).

Praxishinweis: Neben der tatsächlich durchgeführten sorgfältigen Organisation ist auch hier wiederum entscheidend, dass dies genau dokumentiert wird, um den zur Abwehr von Schadensersatzforderungen erforderlichen Nachweis führen zu können.

4.7.2 Mögliche Rechtsfolgen der Haftung

	für das FM-Unternehmen	für den Handelnden selbst
arbeitsrechtlich		Verweis, Abmahnung, Versetzung, Kündigung
zivilrechtlich – und zwar sowohl aufgrund Gesetzes als auch aufgrund vertraglicher Vereinbarungen –	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
versicherungsrechtlich	Verlust des Versicherungsschutzes	Verlust des Versicherungsschutzes

Praxishinweis: Insbesondere die vorstehend dargestellten gravierenden möglichen 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!

4.7.3 Exkulpation (Entlastung / Rechtfertigung)

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

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:

exakte Dokumentation	Neben den gesetzlich geforderten Dokumentationspflichten (<i>siehe oben Ziffer 4.5 (5)</i>) 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/GM-Manager kann insoweit nur geraten werden, eine laufende qualifizierte Beratung dahingehend sicher zu stellen, dass er jederzeit aktuell unterrichtet ist über den Stand und Umfang seiner gesetzlichen, vertraglichen und sonstigen Betreiberpflichten. Ohne diese Kenntnis wird eine Exkulpation in der Praxis kaum gelingen.

4.8 Haftungsdeckung durch Versicherungen

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

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

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:

unternehmensbezogene
Versicherungen des
Gebäudeeigentümers

unternehmensbezogene
Versicherungen des
Betreibers (Dienstleister)

objektbezogene
Versicherungen

Absicherung gegen
Ansprüche Dritter

Absicherungen gegen
Ansprüche Dritter u. ggf. des
Gebäudeeigentümers

Absicherung gegen Schäden
am Objekt

Haftpflichtversicherungen	Haftpflichtversicherungen	Sachversicherungen
Betriebshaftpflicht-, Grundbesitzerhaftpflicht-, Organhaftpflicht-, Umwelthaftpflicht- und Rechtsschutzversicherung, etc.	Betriebshaftpflicht-, Organhaftpflicht-, Vermögensschadenshaftpflicht- und Rechtsschutzversicherung, etc.	Feuer-, Sturm-, Leistungswasser-, Elementarschaden-, Überschwemmung-, Einbruchdiebstahl-, Vandalismus- und Betriebsausfallversicherung, etc.
Darüber hinaus besteht die gesetzliche Unfallversicherung, die innerbetriebliche Personenschäden durch Arbeitsunfälle (einschl. Wegeunfälle) und Berufskrankheiten abdeckt (SGB VII)		

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

Das **technische FM/GM** 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 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/GM anschließen. Versicherungsprodukte sind modular konzipiert und deshalb prinzipiell nicht für Leistungen „aus einer Hand“ gedacht.

Der Bereich des **infrastrukturellen FM/GM** 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/GM** 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. 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“ mit 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 höheren als die notwendig erscheinenden Versicherungssummen 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.

4.9 Strafrechtliche Aspekte

Der FM/GM-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 vorwerf-

barer 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 dadurch einen Schaden an seinen durch das Strafrecht geschützten Rechtsgütern (insbesondere Leben, Gesundheit, Freiheit und ggf. auch Eigentum – §§ 211 ff. StGB), dass der FM/GM-Manager seine Pflichten nicht ausreichend erfüllte, droht die Bestrafung für vorwerfbare Versäumnisse durch die Strafgerichte.

Stürzt etwa eine Person wegen Nicht- oder nicht hinreichender Erfüllung der Verkehrssicherungspflichten und erleidet Verletzungen oder stirbt sogar, drohen dem FM/GM-Manager im Fall des schuldhaften Handelns oder Unterlassens, das für den Schadenseintritt ursächlich war, Geldstrafe in empfindlicher Höhe (gesetzlicher Höchstbetrag: 1,8 Mio. EUR) und/oder Freiheitsstrafe 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 – *siehe oben Ziff. 4.8* – Versicherungen vor strafrechtlichen Sanktionen nicht zu schützen vermögen.

4.10 Handlungsempfehlungen

Der vorstehende kurze Abriss zeigt, dass die Betreiberpflichten sehr vielschichtig strukturiert und in sehr vielen verschiedenen Vorschriften niedergelegt sind. Dies erschwert es dem einzelnen FM/GM-Unternehmen und FM/GM-Manager erheblich, seine Verantwortung idealiter 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 vielschichtige Fragen, deren Klärung Grundlage für eine ordnungsgemäße Wahrnehmung der Pflichten darstellt, denn:

Praxishinweis: Ohne Kenntnis der Pflichten können diese auch nicht erfüllt werden!

Dem FM/GM-Manager ist somit zu raten:

4.10.1 Klärung grundlegender Fragen – neben und in Ergänzung der Gebäudesubstanzanalyse (vgl. unten Ziff. 4.10.3 und Ziff. 5.) – etwa:

- 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 der erforderliche detaillierte Pflichtenkatalog für das konkrete Objekt zu erarbeiten. Hierzu bedarf das FM/GM in aller Regel qualifizierter juristischer Beratung.

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

4.10.2 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 Fremddienstleistungen sinnvoll erscheint. Insoweit kann im Einzelfall eine betriebswirtschaftliche oder allgemeine Unternehmensberatung sinnvoll sein.

Praxistipp: 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.

4.10.3 Überprüfung der Grundlagen

Bei der Übernahme der Betreiberverantwortung für ein Gebäude 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. unten Ziff. 5 „Gebäudesubstanzanalyse“). Insoweit kann im Einzelfall die Beiziehung eines technischen Sachverständigen sinnvoll sein.

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

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

4.10.4 Dokumentation aller Prüfungs-, Überwachungs- und Abhilfemaßnahmen

Anzuraten ist das Führen eines **Betriebshandbuchs** (Darstellung der Organisation und Abläufe im Normalbetrieb und bei Störungen/Notfällen) sowie eines **Objekthandbuchs**, in dem alle objektbezogenen Daten und Dokumente enthalten sind.

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

Je nach Umfang und Schwierigkeitsgrad des FM/GM 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.

4.10.5 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

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

Praxishinweis: Sollten die Mittel nicht ausreichen, hat das FM/GM seine 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.

4.11 Fazit

Schutz vor Haftungsansprüchen bietet dem FM/GM somit nur durch

- die Verschaffung der **Kenntnis** von den 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/GM dar (*siehe oben Ziff. 4.10.1 und 4.10.3*). Sie hilft darüber hinaus, **Einsparpotentiale** zu ermitteln, indem die vorhandenen Facilities auch in technischer Hinsicht systematisch analysiert und aus 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 Betreiber-

verantwortlichkeit 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/GM-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 oben *Ziff. 4.7.3 und 4.10.4* – dessen Dokumentation. Die Erarbeitung eines Katalogs von Handlungsempfehlungen bzw. -anweisungen auf der Basis einer vollständigen Dokumentation ist wesentliche Aufgabe des FM/GM-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

„Green Building“ hat sich in jüngster Zeit als Begriff für das Verfahren etabliert, welches dazu dient, die **Ressourceneffizienz** von Gebäuden in den Bereichen Energie, Wasser und Material zu erhöhen und zugleich die **schädlichen Auswirkungen auf Gesundheit und Umwelt zu vermindern**.

Diese Ziele sollen erreicht werden, indem bei der Planung und Sanierung auf besonders Ressourcen schonendes Bauen Wert gelegt wird. Dieser Maßstab ist jedoch darüber hinaus über

den gesamten Lebenszyklus eines Gebäudes – von der Anlage, der Planung und der Konstruktion / Bau, über den Betrieb, die Wartung einschließlich Sanierung bis zur Demontage / Abriss – anzuwenden und stellt sich insoweit als natürlicher Bestandteil des FM/GM dar.

6.1 Begriffsbestimmung, Abgrenzung

„Grüne“ Gebäude sollen den allgemeinen negativen Einfluss der bebauten Umwelt auf die menschliche Gesundheit und die natürliche Umgebung durch folgende Maßnahmen reduzieren:

- effiziente Nutzung von Energie, Wasser und anderen Ressourcen,
- Schutz der Gesundheit der Gebäudenutzer (Besucher und Mitarbeiter) und Verbesserung der Produktivität der Angestellten und
- Reduzierung von Abfall, Umweltverschmutzung und Umweltzerstörung.

Ähnlichkeiten bestehen zum „Ökologischen Bauen“, das jedoch einen weniger umfassenden Ansatz aufweist und bei dem die Nutzung von natürlichen Materialien, die im lokalen Umfeld des Baugrundes zu finden sind, im Vordergrund steht. Sinnverwandt benutzt werden im Übrigen die Begriffe „nachhaltiges Planen“ und „grüne Architektur“.

6.2 Auswirkungen

Die Konzepte „nachhaltige Entwicklung“ und „Zukunftsfähigkeit“ sind fester Bestandteil von Green Building-Praktiken. Der tatsächliche Einsatz von Green Building hat mehrere – wirtschaftliche und außerwirtschaftliche – Vorteile:

- **reduzierte Betriebskosten** durch erhöhte Produktivität und verminderten Verbrauch von Energie und Wasser,
- **verbesserte Gesundheit** der ständigen Nutzer sowie der Besucher dank verbesserter Innenluft-Qualität und
- **reduzierte Umweltbelastung**, beispielsweise durch die Verminderung von Regenwasserabfluss und die Vermeidung von Hitzeinseleffekten.

6.3 Gesamtwirtschaftliche Bedeutung und Kosten

Das Green Building-Verfahren hat die Aufgabe, die Belastungen für die Umwelt um ein deutliches Maß zu reduzieren, denn Gebäude sind vor allem in den Industrienationen für den hohen Verbrauch an Land, Energie und Wasser und damit auch die Veränderung von Luft und Atmosphäre verantwortlich.

- In den USA werden pro Jahr mehr als 8.000 km an Freiflächen, Wildtierhabitaten und Feuchtgebieten erschlossen.
- 40 % der im Jahr 2006 von Bürgern der Vereinigten Staaten von Amerika und der Europäischen Union insgesamt konsumierten Energiemenge wurde von Gebäuden verbraucht. Innerhalb dieses Anteils benötigten in den USA Wohnbauten 54 % und Wirtschaftsgebäude 46 % der Energie.
- Beim Verbrauch von Elektrizität kamen Gebäude im Jahr 2002 auf 68 % der in den USA konsumierten Gesamtmenge, wobei Wohnbauten davon 51 % und Wirtschaftsgebäude 49 % verbrauchten.
- Für 38 % des in den Vereinigten Staaten ausgestoßenen Kohlendioxids sind Gebäude verantwortlich, davon entfallen 20,6 % auf Eigenheime und 17,5 % auf Gebäude für gewerbliche Zwecke. Außerdem sind Gebäude für den Verbrauch von 12,2 % der gesamten konsumierten Menge an Wasser in den USA verantwortlich.

Diese für die USA erhobenen Statistiken ließen sich auch in der EU entsprechend verifizieren. Sie verdeutlichen die Notwendigkeit zur Reduzierung des Verbrauchs von natürlichen Ressourcen durch Gebäude und der Menge der durch sie verursachten Umweltverschmutzung, um dadurch zukünftig einen hohen Grad an Nachhaltigkeit zu erreichen.

Hierbei wird die mögliche Umweltverträglichkeit von Gebäuden und damit die positive Auswirkung auf die Umwelt noch sehr häufig unterschätzt, während die Kosten für das „grüne“ Bauen erheblich überschätzt werden. Eine aktuelle Umfrage des World Business Council for Sustainable Development hat ergeben, dass die Preise für „grünes Bauen“ um bis zu 300 % überschätzt werden. Leistungsträger aus dem Liegenschafts- und Baugewerbe schätzen die zusätzlichen Kosten immer noch auf etwa 17 % über dem Niveau für herkömmliches Bauen, was jedoch mehr als dem dreifachen der tatsächlichen Kostendifferenz von lediglich ca. 5 % entspricht.

6.4 Green Building-Materialien

Zu den typischerweise als „grün“ bezeichneten Baumaterialien gehören unter anderem schnell nachwachsende Pflanzenmaterialien wie Bambus und Stroh, Holz aus umweltverträglich bewirtschafteten Wäldern, Naturstein, recycelter Stein, recyceltes Metall und andere Produkte, die ungiftig, wiederverwertbar, erneuerbar und/oder recycelbar sind (z.B. Trass, Linoleum, Schafwolle, Fußbodenplatten aus Papierflocken, gebrannte Erde, Stampferde, Ton, Leinen, Sisal, Seegrass, Kork, Kokosnuss, Holzfaserplatten, Kalzium-Sandstein, etc.).

6.5 Reduzierter Energieverbrauch

Besonderes Kennzeichen „grüner“ Gebäude sind weitere Maßnahmen zur Reduzierung des Energieverbrauchs. Um die Effizienz der Gebäudehülle (die Schwelle zwischen klimatisierter und unklimatisierter Zone) zu steigern, werden beispielsweise Hochleistungsfenster und Dämmstoffe – aus ökologischen Materialien – in Wände, Dächer und Böden eingesetzt. Eine andere Strategie – die Einbindung von passiver Sonnenenergie – kommt oft in energieverbrauchsarmen Häusern zum Einsatz. Die Planung von Fenstern, Wänden, örtlichen Sonnensegeln, Vordächern und Bäumen orientiert sich dabei an dem Anspruch, Fenster und Dächer für die Sommermonate möglichst in beschatteten Arealen zu platzieren, während in den Wintermonaten ein maximaler Gewinn an Sonnenenergie erzielt werden soll. Hinzu kommt, dass das effektive Platzieren von Fenstern die Bereitstellung von mehr Tageslicht und dadurch die verringerte Nutzung von elektrischem Licht während des Tages ermöglicht. Solarbetriebene Wasserheizungen können zudem die Energiebelastung reduzieren.

6.6 Bedeutung für das FM/GM

Unter dem Oberbegriff Green Building wird mithin eine große Zahl an Praktiken und Techniken zusammengefasst, die in erster Linie bei der Errichtung von Bauwerken Anwendung finden.

Effektive „grüne“ Gebäude bestehen aus mehr als nur einer zufälligen Kollektion umweltfreundlicher Technologien. Sie erfordern eine sorgfältige und systematische Planung bezüglich der beim Bau verwendeten Ressourcen – sowohl hinsichtlich der Auswirkungen auf die Umwelt als auch den Verbrauch – aber auch der Emission von Verunreinigungen, und zwar über den gesamten Lebenszyklus eines Gebäudes hinweg.

Gleichzeitig gründet die Philosophie von „grüner“ Architektur und nachhaltiger Planung auf der Absicht, das Design eines Gebäudes unter ästhetischen Gesichtspunkten in Harmonie zu den natürlichen Gegebenheiten und Ressourcen seiner Umgebung zu bringen. In diesem Zusammenhang sind verschiedene zentrale Maßnahmen nötig: das Ausfindigmachen von Green Building-Material aus lokalen Quellen, die Reduzierung von Belastungen, die Optimierung von Systemen und die Entwicklung von vor Ort erneuerbarer Energie.

Soweit das FM/GM bereits beim Bau von Gebäude maßgeblich eingebunden ist, können diese Zielsetzungen effektiv verfolgt werden. Soweit es um das FM/GM bereits bestehender Gebäude geht, sind die möglichen Effekte naturgemäß eingeschränkter. Es können dann – insbesondere im Rahmen von Erneuerung und Sanierung – häufig nur die vorrangige Nutzung erneuerbarer Ressourcen betont werden, wie beispielsweise die Nutzung von Sonnenlicht durch passive, aktive und photovoltaischen Techniken sowie der Einsatz von Pflanzen und Bäumen auf begrünten Dächern, in Regengärten und zur Reduktion von Regenabfluss. Auch andere Techniken, wie die Nutzung von komprimiertem Kies für Parkplätze anstelle von Beton oder Asphalt, um die Auffüllung des Grundwassers zu verbessern, können in geeigneten Fällen zum Einsatz gelangen.

Alle solche Maßnahmen dienen indes nicht nur der Umwelt. Sie verbessern insbesondere und auf verschiedenen Ebenen auch die Wirtschaftlichkeit der Gebäude. Neben der Reduzierung von wiederkehrenden Kosten (evident bei den Energiekosten!) werden „grüne“ Gebäude auch von den Nutzern (und deren Arbeitnehmern, wie auch der Öffentlichkeit) positiver aufgenommen. Hierdurch steigert sich die Möglichkeit der wirtschaftlichen Verwertung (Vermietbarkeit, erzielbare Miete, erhöhter Verkehrswert), so dass sich die überschaubaren Mehraufwendungen in aller Regel nicht nur sehr schnell amortisieren, sondern zu einem effektiven Gewinn führen.

Die dem FM/GM in diesem neuen Feld erwachsenden Aufgaben, sind derzeit (noch) nicht gesetzlich fixiert. Es eröffnen sich durch diese **Freiwilligkeit** Chancen, da durch die gezielte Wahrnehmung solcher Aufgaben das einzelne FM/GM-Unternehmen sich von Konkurrenten abheben und eine besondere, über den Standard hinaus gehende Leistung gegenüber seinem Auftraggeber anbieten und darstellen kann. Der FM/GM-Manager hat hier die Möglichkeit, seine Leistung von der reinen Verwaltung zur Gestaltung weiter zu entwickeln und zu Gunsten seines Auftraggebers die Zukunftsfähigkeit der Facilities zu steigern.


























Praxistipp: Jedem FM/GM-Unternehmen kann somit geraten werden, sich mit dem Bereich des „Green Building“ eingehend zu befassen, die einzelnen sich hieraus für seinen Aufgabenbereich ergebenden Möglichkeiten zu eruieren und soweit wie möglich umzusetzen. Der FM/GM-Manager macht hierdurch nicht nur seine Facilities, sondern insbesondere auch sich selbst zukunftsfähig – zum Nutzen seines Auftraggebers, der Umwelt, der Qualität der Facilities sowie nicht zuletzt zur Sicherung des eigenen Erfolges.

6.7 Gütesiegel

Die Deutsche Gesellschaft für nachhaltiges Bauen e.V. (DGNB) ist eine Organisation, die sich die Aufgabe stellt, Maßnahmen, Wege und Lösungen zu Planung, Bau und Nutzung von Gebäuden aufzuzeigen und zu fördern sowie die Ziele des nachhaltigen Bauens zu verwirklichen. Sie hat zusammen mit dem Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung das Deutsche Gütesiegel „Nachhaltiges Bauen“ entwickelt. Sie bildet DGNB-Auditoren aus, die das **Nachhaltigkeitszertifikat** für Bauwerke in Gold, Silber oder Bronze ausstellen, das durch eine Lebenszyklusbetrachtung die ökonomischen, ökologischen, soziokulturellen und funktionalen Aspekte bewertet. Ein solches Gütesiegel kann dabei nicht zuletzt auch als Marketinginstrument eingesetzt werden. Daneben mag das Siegel vertragsrechtlich als Qualitätsstandard im Rahmen der Vertragsgestaltung als **Beschaffensvereinbarung** herangezogen werden. Die Verleihung des Siegels oder sonstiger einschlägiger Zertifikate gehört dann zur vertraglich geschuldeten Eigenschaft. Tritt der Erfolg, also die Verleihung des Siegels nicht ein, liegt ein Mangel vor (*BGH NJW 2008, 2106 (2108)*), der wiederum Gewährleistungsansprüche des Nutzers begründen kann. Auf dieser Ebene vermag das derzeit rein wirtschaftlich bedeutsame „Green Building“ zunehmend auch eine rechtliche Dimension zu erlangen.

Praxistipp: Vertragsrechtlich kann die Einhaltung der Vorgaben zur Erlangung eines Gütesiegels als Beschaffensvereinbarung vereinbart werden, so dass Abweichungen gewährleistungsrechtlich relevant sind.

Die DGNB wurde 2007 gegründet und hatte Anfang 2009 ca. 470 Mitgliedsorganisationen. Neben diesem deutschen Gütesiegel bestehen weitere nationale „Green Building“-Bewertungssysteme:

-
-  Südkorea: / Greening Building System
 -  Japan: CASBEE
 -  Australien: Nabers / Green Star
 -  Brasilien: AQUA / LEED Brasil
 -  Kanada: Kanada LEED / Green Globes
 -  China: GB Bewertung für grüne Gebäude
 -  Finnland: Promise
 -  Frankreich: HQE und Carbon Site
 -  Hong Kong: HKBEAM
 -  Indien: GRIHA (nationale grün Bewertung) / LEED Indien
 -  Israel: SI-5281
 -  Italien: protocollo Itaca
 -  Mexiko: Mexiko LEED
 -  Niederlande: BREEAM Niederlande
 -  Neuseeland: Green Star NZ
 -  Norwegen Eco-Profile
 -  Portugal: Lider A
 -  Schweden: Eco-Effekt
 -  Schweiz: Rating e-top Nachhaltiges Bauen
 -  Singapur: Grüne Mark und Bau Quality Assessment System (CONQUAS ä)
 -  Südafrika: Green Star SA
 -  Spanien: VERDE
 -  Vereinigte Arabische Emirate: Estidama
 -  Vereinigte Staaten: LEED / Green Globes
 -  Vereinigtes Königreich: BREEAM

Beispielhafte Erläuterungen:

Rating e-top Nachhaltiges Bauen (Schweiz):

Rating e-top wurde im Rahmen des Aktionsprogramms Energie in der Schweiz entwickelt. Es handelt sich um ein sehr einfaches Planungsinstrument, das sich an Investoren, Planende und Banken richtet und den Entscheidungsprozess in der Startphase unterstützen soll. Bewertet werden die Kriterien Ökonomie, Heizenergiebedarf, Haustechnik, Materialien und Standortqualität. Weitere Informationen sind erhältlich unter: www.energie2000.ch.

BREEAM (Building Research Establishment Environmental Assessment Method, Großbritannien):

BREEAM ist eine sehr weit verbreitete Methode zur Bewertung der Umweltauswirkungen von Bauaktivitäten. Bewertet werden der Energie- und Ressourceneinsatz, die Raumluftqualität sowie Durchführung und Organisation der Bautätigkeit. 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 in verschiedenen Kontinenten (Europa, Nordamerika und Ferner Osten) und für verschiedene Gebäudetypen. Die BREEAM Bewertung erfolgt nach einem einfachen Punktesystem für verschiedene Kriterien auf globaler, lokaler und Innenraum-Ebene. Diese drei Bewertungsebenen werden sowohl auf Gebäude selbst als auch auf ihre Planung und ihr Management angewendet. Weitere Informationen sind erhältlich unter: www.bre.co.uk/bre/breeam/default.html.

LEED Green Building Rating System (Leadership in Energy and Environmental Design, USA):

Bei LEED handelt es sich um ein Schwerpunktprogramm des US Green Building Councils (USGBC). Mit der Erarbeitung des Bewertungssystems wurde 1995 begonnen. LEED 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. Als Bewertungsgrundlage wird ein Kriterienkatalog herangezogen, der folgende Bereiche umfasst:

- nachhaltige Landschaftsplanung,
- erhöhte Energieeffizienz,
- Material- und Ressourcenhaushalt,
- Raumluftqualität,
- Wasserhaushalt und
- verbesserter Planungs- und Bauprozess.

Die Auszeichnung erfolgt in vier Stufen:

- LEED Platin (mindestens 81 % der maximalen Punkte),
- LEED Gold (71-80 % der maximalen Punkte),
- LEED Silber (61-70 % der Punkte) und
- LEED certified (Bronze) (50-60 % der Punkte).

LEED wird derzeit an öffentlichen Gebäuden getestet und weiterentwickelt. Weitere Informationen sind erhältlich unter: <http://www.usgbc.org/programs/leed.htm>.