



Christoph Kaiser
Jens Nusser
Florian Schrammel *Hrsg.*

Praxishandbuch Facility Management

EBOOK INSIDE

 **Springer** Vieweg

Praxishandbuch Facility Management

Christoph Kaiser · Jens Nusser · Florian Schrammel
(Hrsg.)

Praxishandbuch Facility Management

Herausgeber

Christoph Kaiser
KNH Rechtsanwälte
Frankfurt/Main, Deutschland

Florian Schrammel
HFK Rechtsanwälte LLP
München, Deutschland

Jens Nusser

Kopp-Assenmacher & Nusser Rechtsanwälte
Berlin, Deutschland

ISBN 978-3-658-19313-3 ISBN 978-3-658-19314-0 (eBook)

<https://doi.org/10.1007/978-3-658-19314-0>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Springer Vieweg

Ursprünglich erschienen unter dem Titel „Facility Management – Recht und Organisation“ im Werner Verlag, Neuwied 2013

© Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2018

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Lektorat: Karina Danulat

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer Vieweg ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Vorwort

Die Anforderungen an ein dauerhaft zukunftsorientiertes Facility Management wachsen stetig. Der Facility Manager sieht sich bei seiner täglichen Arbeit vor ständig neue Herausforderungen gestellt. Er muss die zunehmende Technisierung der zu betreuenden Liegenschaften bewältigen, den richtigen Umgang mit den Mitarbeitern und eine kundenorientierte Kommunikation mit den Mietern pflegen sowie die Erstellung einwandfreier Betriebskostenabrechnungen gewährleisten. Nicht zuletzt hat der Facility Manager aber auch die sich fortwährend weiterentwickelnden und wachsenden rechtlichen Anforderungen an die Bewirtschaftung von Liegenschaften zu beachten, zu kontrollieren und zu dokumentieren. Die wesentlichen Elemente des spezifischen Vertragsrechts, Energiemanagements und Umweltrechts sowie die die Betreiberverantwortung konkretisierenden ordnungsrechtlichen Vorgaben bis hin zum Brandschutz sind nur einige Beispiele für dieses immer komplexer werdende Regelungsumfeld. Sowohl für die öffentliche Hand als auch für private Unternehmen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben, sind außerdem Kenntnisse des Vergaberechts zwingend.

Der Anspruch dieses Praxishandbuchs ist es, den Facility Manager bei konkreten Fragestellungen in seinem Arbeitsalltag zu unterstützen und ihm in verständlicher Weise praxisorientierte Lösungen aufzuzeigen. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung sind bis Ende August 2017, im Vergaberecht darüber hinaus bis Ende Dezember 2017 eingearbeitet.

Die Herausgeber danken Frau Nadine Schakinis, Frau Maria Horn und Frau Saskia Michel für die wertvolle Unterstützung bei der Erstellung der Manuskripte.

Frankfurt/München/Berlin, im Januar 2018

Die Herausgeber

Die Autoren

Prof. Dr. Jochen Abel

Frankfurt University of Applied Sciences, Frankfurt am Main

Dr. Wolfgang-Gunnar Adams

KIT, Karlsruhe

Dr. Alexander Arndt

Rechtsanwalt, Düsseldorf

Alexander Bombeck, M.Sc.

KIT, Karlsruhe

Bernd Hanke

Leitender Angestellter im Facility Management, Berlin

Michael Heß

Rechtsanwalt und Geschäftsführer einer Grundbesitzervereinigung, Krefeld

Christoph Kaiser

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht, Frankfurt/Main, Berlin

Jochen Leis

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bamberg

Joachim Lenoir

Mitglied der Geschäftsleitung eines Versicherungsmaklers, Baden-Baden

Annekatriin Mehle, LL.M.

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Berlin

Prof. Dr. Christian Meysenburg

SRH Hochschule, Heidelberg

Dr. Jens Nusser, LL.M.

Rechtsanwalt, Berlin

Dr. Annette Rückert

Leiterin Vorbeugender Brandschutz, Werkfeuerwehr Frankfurt am Main

Stefan Scherz

Beratung und Ingenieurplanung für Energiedienstleistungen, Berlin

Dr. Florian Schrammel

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, München

Inhaltsverzeichnis

I Vertragliche und vertragsrechtliche Grundlagen

1 Vergaberecht	3
1.1 Grundstrukturen des Vergaberechts.	5
1.1.1 Rechtsquellen (Schema).	5
1.1.1.1 Europäisches Recht	8
1.1.1.2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).	10
1.1.1.3 Vergabeverordnung (VgV).	11
1.1.1.4 Sektorenverordnung (SektVO).	12
1.1.1.5 Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)	13
1.1.1.6 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)	13
1.1.1.7 Landesrecht.	15
1.1.2 Auftraggeber, § 98 GWB	16
1.1.2.1 Gebietskörperschaften, § 99 Nr. 1 GWB.	17
1.1.2.2 Staatsnahe Auftraggeber, § 99 Nr. 2 GWB (funktionale Auftraggeber).	17
1.1.2.3 Verbände, § 99 Nr. 3 GWB	18
1.1.2.4 Auftraggeber aufgrund überwiegender Finanzierung, § 99 Nr. 4 GWB	18
1.1.2.5 Sektorenauftraggeber, § 100 GWB.	18
1.1.2.6 Konzessionsgeber, § 101 GWB.	19
1.1.3 Öffentlicher Auftrag, § 103 Abs. 1 GWB	20
1.1.3.1 Definition „Öffentlicher Auftrag“	20
1.1.3.2 Vertrag	20
1.1.3.3 Entgeltlichkeit.	21
1.1.3.4 Unternehmen	21
1.1.3.5 Lieferauftrag, § 103 Abs. 2 GWB	21
1.1.3.6 Bauauftrag, § 103 Abs. 3 GWB.	21
1.1.3.7 Dienstleistungsauftrag, § 103 Abs. 4 GWB.	22
1.1.3.8 Abgrenzung zwischen den Vertragsarten.	23
1.1.3.9 Dienstleistungskonzessionen	24
1.1.3.10 Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit	28
1.1.3.11 Rahmenvereinbarungen, § 21 VgV	29
1.1.4 Schwellenwerte, § 3 VgV	31
1.1.5 Vergabearten	33
1.1.5.1 Offenes Verfahren, § 119 Abs. 3 GWB, § 15 Abs. 1 VgV	34
1.1.5.2 Nicht offenes Verfahren, § 119 Abs. 4 GWB, § 16 VgV	35
1.1.5.3 Verhandlungsverfahren.	36

1.1.5.4	Wettbewerblicher Dialog, § 119 Abs. 6 GWB, § 18 VgV .	40
1.1.5.5	Innovationspartnerschaft, § 119 Abs. 7 GWB, § 19 VgV .	42
1.2	Vorbereitung des Vergabeverfahrens	42
1.2.1	Definition und Auswahl des Beschaffungsgegenstandes.	42
1.2.2	Haushaltsrechtliche Implikationen und Abgrenzung zum Vergaberecht	44
1.2.3	Markterkundung.	44
1.2.4	Erstellung der Vergabeunterlagen.	45
1.2.4.1	Notwendige Bestandteile der Vergabeunterlagen	46
1.2.4.2	Zeitpunkt der Fertigstellung der Vergabeunterlagen	48
1.2.5	Leistungsbeschreibung	49
1.2.5.1	Eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung . . .	49
1.2.5.2	Formen der Leistungsbeschreibung	51
1.2.5.3	Facility Management-spezifische Sonderprobleme.	55
1.2.6	Losweise Vergabe	67
1.2.7	Nebenangebote, § 35 VgV	70
1.2.7.1	Zulässigkeit	70
1.2.7.2	Mindestanforderungen	71
1.2.7.3	Prüfungsreihenfolge.	71
1.2.7.4	Wertung.	71
1.3	Bekanntmachung.	72
1.3.1	Bedeutung	72
1.3.2	EU-weite Bekanntmachung.	72
1.3.2.1	Inhalte	72
1.3.3	Unterhalb der Schwellenwerte.	78
1.3.3.1	Inhalte	78
1.3.3.2	Plattformen	78
1.4	Angebotswertung	78
1.5	Prüfung auf Vollständigkeit sowie auf rechnerische und fachliche Richtigkeit.	80
1.6	Eignung.	81
1.6.1	Definition „Eignung“ und vergaberechtlicher Grundsatz.	82
1.6.2	Eignungsprüfung	84
1.6.3	Zeitpunkt der Eignungsprüfung	86
1.6.3.1	Offenes Verfahren	86
1.6.3.2	Nicht offenes Verfahren/Verhandlungsverfahren	86
1.6.4	Eignungsnachweise.	87
1.6.5	Auswertungsmatrix.	90
1.7	Angemessenheit der Preise oder Kosten	91
1.8	Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes	92
1.8.1	Definition „wirtschaftlichstes Angebot“	92
1.8.2	Aufstellung von Zuschlagskriterien	93

1.8.2.1	Grundsatz	93
1.8.2.2	Nachträgliche Änderung von Zuschlagskriterien	93
1.8.2.3	Zuschlagskriterium „Preis“	94
1.8.2.4	Zuschlagskriterium „Qualität“	94
1.8.2.5	Technischer Wert	97
1.8.2.6	Ästhetik	97
1.8.2.7	Zweckmäßigkeit	97
1.8.2.8	Zugänglichkeit der Leistung insb. für Menschen mit Behinderungen und „Design für alle“	97
1.8.2.9	Umwelteigenschaften	98
1.8.2.10	Betriebskosten	98
1.8.2.11	Lebenszykluskosten	98
1.8.2.12	Rentabilität	99
1.8.2.13	Kundendienst und technische Hilfe	99
1.8.2.14	Liefertermin	99
1.8.2.15	Ausführungsfrist	99
1.8.3	Auswertungsmatrix Zuschlagskriterien	100
1.8.4	Vorabinformationsschreiben gem. § 134 GWB	102
1.9	Beendigung des Vergabeverfahrens	103
1.9.1	Grundsatz	103
1.9.2	Zuschlag	104
1.9.3	Aufhebung	104
1.9.3.1	Aufhebung bei Vorliegen rechtfertigender Gründe nach VgV	105
1.9.3.2	Informationspflichten bei Aufhebung	107
1.10	Ex-Post-Bekanntmachung	108
1.10.1	Verpflichtung	108
1.10.2	Praktischer Nutzen und Rechtsfolgen bei Verstoß	108
1.11	Rechtsschutz	108
1.11.1	Grundzüge vergaberechtlichen Rechtsschutzes	108
1.11.2	Rechtsweg und Nachprüfungsorgane	108
1.11.3	Grundzüge des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes	109
1.11.3.1	Ablauf des Verfahrens vor der Vergabekammer	109
1.11.3.2	Vergabesenat	110
1.11.3.3	Vorläufiger Rechtsschutz/beschleunigte Verfahren	111
1.11.4	Rügepräklusion	111
1.11.5	Sekundärrechtsschutz	112
1.12	Dokumentation des Vergabeverfahrens	113
1.12.1	Grundsatz	113
1.12.2	Dokumentationspflichten	113
1.12.3	Rechtsfolge bei Verstößen	115

2	Outputorientierte Leistungsbeschreibung	117
2.1	Einordnung einer outputorientierten Leistungsbeschreibung	119
2.1.1	Übliche outputorientierte Leistungsbeschreibungen aus anderen Fachgebieten	121
2.2	Output von Immobilien	123
2.2.1	Der Begriff der Leistung / Performance	124
2.2.1.1	Definitionen von Leistung / Performance	124
2.2.1.2	Der Leistungsbegriff im Facility Management	124
2.2.2	Übertragung des physikalischen Leistungsbegriffs auf das Facility Management	125
2.2.2.1	Bereitgestellte Gebäudeleistung	127
2.2.2.2	Aufgenommene Gebäudeleistung	128
2.2.2.3	Abgegebene Gebäudeleistung	128
2.2.3	Effizienz im Facility Management	129
2.3	Voraussetzungen für eine outputorientierte Leistungsbeschreibung	130
2.3.1	Das Facility Management Modell	130
2.3.2	Anforderungen an das Berichtswesen / Monitoring	134
2.4	Chancen und Risiken der outputorientierten Leistungsbeschreibung	136
2.4.1	Chancen	137
2.4.2	Risiken	139
2.4.2.1	Auftraggeberseitige Risiken	139
2.4.2.2	Auftragnehmerseitige Risiken	139
3	Der Facility Management-Vertrag	141
3.1	Einführung	143
3.1.1	Facility Management nach GEFMA	143
3.1.2	Das Lebenszyklusmodell einer Immobilie	145
3.1.3	Das Drei-Säulen-Modell des Facility Managements	146
3.1.4	Rechtsverhältnisse der beteiligten Personengruppen	147
3.2	Rechtliche Grundlagen des Facility Management-Vertrages	149
3.2.1	Rechtsquellen	149
3.2.2	Die rechtliche Qualifikation des Facility Management-Vertrages	152
3.2.2.1	Geschäftsbesorgung (§ 675 Abs. 1 BGB)	152
3.2.2.2	Werk- und Bauvertrag (§§ 631 BGB ff., §§ 650a BGB n.F. ff.)	153
3.2.2.3	Dienstvertrag (§§ 611 BGB ff.)	154
3.3	Der Vertragsschluss bei Facility Management-Vertrag	155
3.3.1	Angebot und Annahme	155
3.3.1.1	Formfreiheit des Facility Management-Vertrages	156
3.3.1.2	Bestimmung des Leistungssolls	157
3.3.1.3	Abbruch von Vertragsverhandlungen	157

3.3.2	Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	158
3.3.2.1	Erscheinungsbild von AGB	159
3.3.2.2	Einbeziehung von AGB	159
3.3.2.3	Unwirksamkeit von AGB	160
3.3.3	Vertretungsmacht	162
3.3.3.1	Allgemeines	162
3.3.3.2	Zurechnung durch gesetzten Rechtsschein	163
3.3.3.3	Vertretungsmacht in der Vertragsgestaltung und bei der Vertragsdurchführung	164
3.4	Leistungspflichten im Facility Management-Vertrag	164
3.4.1	Das technische Facility Management	165
3.4.1.1	Grundsätze des Werk- und Bauvertragsrechts	165
3.4.1.2	Das Technische Gebäudemanagement (TGM)	167
3.4.2	Das infrastrukturelle Facility Management	170
3.4.2.1	Grundsätze des Dienstvertragsrechts	170
3.4.2.2	Einzelne Vertragstypen	172
3.4.3	Das kaufmännische Facility Management	177
3.4.3.1	Management der Mietflächen	177
3.4.3.2	Mängelverfolgung	177
3.5	Vertragsgestaltung	183
3.5.1	Vertragsgegenstand einschließlich Leistungspflichten und Definition der Vertragsobjekte	185
3.5.1.1	(Haupt-)Leistungspflichten	185
3.5.1.2	Implementierung	186
3.5.1.3	Vertragsobjekte	187
3.5.2	Vertragsbestandteile und Rangfolgenregelung	188
3.5.2.1	Vertragsbestandteile	188
3.5.2.2	Rangfolgenregelungen	189
3.5.3	Regelungen zu sonstigen Nebenpflichten	190
3.5.3.1	Auftraggeberseitige Nebenpflichten	190
3.5.3.2	Auftragnehmerseitige Nebenpflichten	191
3.5.3.3	Kostenauslösende Maßnahmen	192
3.5.4	Wahrnehmung der Betreiberverantwortung bzw. von Verkehrssicherungspflichten	192
3.5.4.1	Einführung	193
3.5.4.2	Verantwortungsbereiche	195
3.5.4.3	Gesetzliche Pflichten des Betreibers	198
3.5.4.4	Unternehmenspflichten	200
3.5.4.5	Persönliche Pflichten	206
3.5.4.6	Spezifische Betreiberpflichten des Facility Management ..	209
3.5.4.7	Übertragung der Verantwortung (Delegation)	214

3.5.4.8	Pflichtverletzung, Verschulden, Exkulpation	217
3.5.4.9	Strafrechtliche Aspekte	220
3.5.4.10	Handlungsempfehlungen	221
3.5.4.11	Gebäudesubstanzanalyse.	223
3.5.4.12	Fazit	223
3.5.5	Personaleinsatz inklusive Nachunternehmerleistungen	224
3.5.6	Vertragsdauer und Beendigung/Kündigung.	225
3.5.6.1	Beendigung durch Zeitablauf.	225
3.5.6.2	Beendigung durch Kündigung.	226
3.5.7	Vergütung einschließlich Vergütung von Leistungsänderungen/Zusätzlichen Leistungen	229
3.5.7.1	(Pauschal-)Festpreis.	229
3.5.7.2	Abrechnung nach Einheitspreisen.	230
3.5.7.3	Bonus-Malus-System.	231
3.5.7.4	Budget-System	231
3.5.7.5	Regieleistungen.	231
3.5.7.6	Anordnungsrecht in Bezug auf geänderte/zusätzliche Leistungen und deren Vergütung.	232
3.5.8	Fristen/Termine.	233
3.5.9	Abrechnungs-/Zahlungsmodalitäten	233
3.5.10	Leistungscontrolling.	234
3.5.11	Mängelrechte	234
3.5.11.1	Dienstvertrag	235
3.5.11.2	Werkvertrag	235
3.5.12	Sicherheiten	236
3.5.13	Vertragsstrafenansprüche	237
3.5.14	Sonstiges wie z.B. Vollmachten, Aufrechnungsverbote, Gerichtsstand, Rechtsweg, etc.	239
4	Die Planungsmethode BIM im Facility Management.	243
4.1	Einführung	245
4.1.1	Die Planungsmethode BIM	247
4.1.1.1	Begriffsdefinition	247
4.1.1.2	„openBIM“ und „closedBIM“	248
4.1.1.3	„LittleBIM“ und „BigBIM“	249
4.1.1.4	BIM als Managementaufgabe.	249
4.1.2	Dimensionen der Gebäudemodellierung („As-Built“ und „As-Planned“-Modelle).	251
4.1.3	CAFM und BIM	252
4.2	Einsatzmöglichkeiten von BIM	253
4.2.1	Vorteile des Einsatzes von BIM.	253
4.2.2	Anwendungsbereiche von BIM.	255

4.3	BIM und der Facility-Management-Vertrag	255
4.3.1	Regelungsbedürftige Sachverhalte	256
4.3.2	Standards und Regelungen zur Projektabwicklung	258
4.3.3	Regelungen zum Detaillierungs- bzw. Fertigstellungsgrad des BIM-Modells.	259
4.3.4	Vertragliche Definition des Leistungs-Solls des Facility Managers im Rahmen der Planungs- und Errichtungsphase.	261
4.3.5	Die Haftung des Facility Managers.	262
4.3.5.1	Leistungspflichten des Facility Managers im Zusammenhang mit dem BIM-Modell.	262
4.3.5.2	Beispielhafte Darstellung von typischen Haftungskonstellationen	264
4.3.6	Behinderungssachverhalte und Mehrvergütungsansprüche zu Gunsten des Facility Managers	265
4.3.7	Urheberrecht	267

II Risk-Management

5	Controlling der Facility Management-Anforderungen	271
5.1	Definition	275
5.1.1	Art der Instandhaltungsstrategie	275
5.1.1.1	Zustandsorientierte Instandhaltung	275
5.1.1.2	Vorrausschauende Instandhaltung	275
5.1.1.3	Vorbeugende Instandhaltung	277
5.1.1.4	Reaktive Instandhaltung / Ausfallabhängige Instandhaltung	277
5.1.1.5	Strategische Instandhaltungsplanung	277
5.1.2	Anforderungen an die Jahreswartungs- und Prüfplanung	278
5.1.2.1	Sicherstellung der gesetzlichen und behördlichen Anforderungen	283
5.1.2.2	Sicherstellung der betrieblichen Anforderungen.	284
5.1.2.3	Sicherstellung der Anforderungen aus dem Arbeitsschutz	285
5.1.3	Life-Cycle-Management.	291
5.1.3.1	Instandhaltung im Spannungsfeld zwischen Investition und Life-Cycle-Kosten.	291
5.1.3.2	Ausgewählte Normen, Richtlinien und Empfehlungen im Zusammenhang mit Lebenszykluskosten.	293
5.2	Sinn und Zweck des Controllings	294
5.2.1	Sicherstellung der beauftragten Leistung	294

5.2.2	Eingrenzung möglicher Risiken am Beispiel Umweltschäden	294
5.2.2.1	Immissionsschutz	295
5.2.2.2	Klimaschutz	295
5.2.3	Sicherstellung der Betreiberverantwortung	296
5.2.4	Einhaltung der Sachverständigenprüfungen, usw.	297
5.3	Organisatorische Voraussetzungen	306
5.3.1	Aufbauorganisation in der Instandhaltung	306
5.3.2	Ablauforganisation in der Instandhaltung	306
5.4	EDV-Tools	307
5.4.1	Jahreswartungsplanung	307
5.4.2	Feindisposition	307
5.4.2.1	Dynamisierte Disposition	308
5.4.2.2	Statische Disposition	308
5.4.2.3	Systemseitige Reports	308
5.4.2.4	Daten- und Dokumentenmanagement	308
5.5	Controlling der definierten erforderlichen Maßnahmen und Kosten	309
5.5.1	Controlling der Maßnahmen aus DIN 31051, VDMA, usw.	309
5.5.2	Controlling von Änderungen an behördlichen, gesetzlichen und Arbeitsschutzvorschriften	309
5.5.3	Soll-/Ist-Abgleich der definierten Maßnahmen und Kosten	310
5.5.4	Cause Mapping – Ereignisanalyse zum Aufdecken und Lösen von Schwachstellen	310
5.6	Ausgewählte Beispiele für Checklisten	310
5.6.1	Gefährdungsbeurteilung nach § 3 Betriebssicherheitsverordnung am Beispiel der Universität Duisburg Essen	311
5.6.2	Wartungsnachweise	312
5.6.3	Prüfnachweise	312
5.6.4	Betriebsstunden und Zählerstände	314
5.6.5	Sachverständigenprüfungen und Protokollierungen	316
5.6.6	Risikobeurteilungen nach DIN EN ISO 14121-1	317
5.7	Überwachung der Leistungserbringung durch ein ausgewogenes Kennzahlensystem	318
5.7.1	Kurzbeschreibung	318
5.7.2	Die vier wesentlichen Steuerungsgrößen der Balanced Scorecard	319
5.7.3	Cockpitdarstellungen in 4 Dimensionen	319
5.7.3.1	Kundenperspektive	322
5.7.3.2	Finanzperspektive	323
5.7.3.3	Prozessperspektive	325
5.7.3.4	Mitarbeiterperspektive, Lern- und Entwicklungs- perspektive	327
5.7.4	Notwendigkeit der Kontrolle vor Ort	328
5.7.5	Übergeordnete Sicht auf die 4 Perspektiven mittels eines Cockpits	330

6 Brandschutz	333
6.1 Einleitung	335
6.1.1 Brände und Brandursachen in Deutschland	335
6.2 Rechtliche Einordnung	337
6.3 Brandschutz	338
6.3.1 Allgemeines	338
6.3.2 Vorbeugender Brandschutz	338
6.3.3 Abwehrender Brandschutz	338
6.3.4 Forderung nach Brandschutz	338
6.3.4.1 Bauordnungsrecht	338
6.3.4.2 Arbeitsschutz	339
6.3.5 Brandschutztechnische Maßnahmen	341
6.3.6 Verantwortlichkeiten	343
6.3.6.1 Bauordnungsrecht und Arbeitsschutz	343
6.3.6.2 Wartung und Instandhaltung der Brandschutz- infrastruktur	344
6.3.6.3 Behördliche brandschutztechnische Prüfungen	345
6.3.6.4 Verbotene Handlungen	345
6.4 Brandschutzorganisation	345
6.4.1 Allgemeines	345
6.4.2 Der Brandschutzbeauftragte	346
6.4.2.1 Bestellung	346
6.4.2.2 Aufgaben	348
6.4.3 Die Brandschutzordnung	350
6.4.3.1 Brandschutzfunktionsstellen	352
6.4.4 Brandschutzmanagementsystem	353
6.5 Brandschutzaufgaben im Facility Management	354
6.5.1 Allgemeines	354
6.5.2 Wohnanlagen	354
6.5.3 Sonstige bauliche Anlagen	356
6.5.4 Hinweise zu verschiedenen brandschutztechnischen Ausstattungs-elementen	357
6.5.4.1 Feuerlöscher	357
6.5.4.2 Löschdecken	359
6.5.4.3 Brandmeldeanlagen	359
6.5.4.4 Feuerwehr-Laufkarten	359
6.5.4.5 Feuerwehrplan	359
6.5.4.6 Flucht- und Rettungsplan	360
6.5.4.7 Bestuhlungs- und Rettungswegeplan	360
6.5.5 Besondere Risiken	361
6.5.5.1 Umgang mit Abfällen	361
6.5.5.2 Fettverschmutzte Textilien	361
6.5.5.3 Feuergefährliche Arbeiten	361

6.5.5.4	Baustellen im oder am Gebäude	362
6.5.5.5	Fremdfirmen.....	362
6.5.5.6	Ausfall oder Störung brandschutztechnischer Einrichtungen.....	362
6.6	Feuerwehr.....	362
6.6.1	Aufgabe der Feuerwehr	362
6.6.2	Arten von Feuerwehren.....	363
7	Versicherungen	365
7.1	Versicherungsschutz rund um das Facility Management	367
7.1.1	Generelle Anmerkungen	367
7.1.2	Einleitende Hinweise für den Praktiker	367
7.2	Überblick der einzelnen Versicherungssparten	368
7.2.1	Marktübliche Sachversicherungen der Auftraggeber	369
7.2.1.1	Feuer-Rohbauversicherung	369
7.2.1.2	Gebäude-Versicherung	369
7.2.1.3	Inhaltsversicherung (Betriebseinrichtung).	370
7.2.1.4	Maschinen-Versicherung / Elektronik-Versicherung... ..	370
7.2.1.5	Mietausfall-Versicherung	370
7.2.1.6	Betriebsunterbrechungs-Versicherung	371
7.2.1.7	Sonderfall Bauleistungsversicherung / Montage- Versicherung	371
7.2.2	Haftpflichtversicherungen möglicher Beteiligten	372
7.2.2.1	Architektur- und Ingenieurbüros / Projektsteuerer	372
7.2.2.2	Bauherr / Bauträger	373
7.2.2.3	Ausführendes Bauunternehmen	374
7.2.2.4	Sonderthema: Nachunternehmer des Facility Management-Unternehmens	374
7.3	Die Haftpflicht-Versicherung des Facility Management-Unternehmens ..	375
7.3.1	Grundsätzliches zur Haftpflicht-Versicherung	375
7.3.1.1	Bedeutung und Aufgabe	375
7.3.1.2	Aufbau einer Haftpflicht-Versicherung / Betriebshaftpflicht	376
7.3.1.3	Das versicherte Risiko einer Betriebshaftpflicht	377
7.3.1.4	Gegenstand des Versicherungsschutzes einer BHV	377
7.3.1.5	In der BHV mitversicherte Personen	378
7.3.1.6	Die Versicherungssumme in der BHV	378
7.3.1.7	Personen- / Sach- / Vermögensschaden	379
7.3.2	Besonderheiten im Bereich der Haftpflicht-Versicherung	379
7.3.2.1	Der Versicherungsfall in der Haftpflicht-Versicherung ..	380
7.3.2.2	Möglichkeiten von Objekte-Deckungen	382
7.3.2.3	Subunternehmer-Klausel	382

7.3.2.4	Mangelbeseitigungsnebenkosten/Nachbesserungs- begleitschäden	382
7.3.2.5	Nachbarschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche	383
7.3.2.6	Die Umwelt-Haftpflicht-Versicherung (UHV)	383
7.3.2.7	Die Umweltschadensversicherung (USV)	385
7.3.3	Marktübliche Deckungs-Ausschlüsse	385
7.3.3.1	Erfüllungsausschluss	386
7.3.3.2	Reine Vermögensschäden / Abhandenkommen von Sachen	387
7.3.3.3	Tätigkeitsschäden / Bearbeitungsschäden	387
7.3.3.4	Vertragliche Haftungserweiterungen	388
7.3.3.5	Miete / Leihe	389
7.3.3.6	Schäden durch Umwelteinwirkung	389
7.3.3.7	Ansprüche Umweltschadensgesetz	389
7.3.3.8	Feuergefährliche Arbeiten	390
7.3.3.9	Schimmelbildung / „toxid mold“ / elektromagnetische Felder	390
7.4	Verhalten im Haftpflicht-Schadenfall	390
7.5	Fazit und Schlussbemerkung	391

III Umwelt, Energie und Nachhaltigkeit

8	Umweltrecht und Öffentliches Baurecht	395
8.1	Grundlagen	397
8.1.1	Rechtsgrundlagen	397
8.1.1.1	Europäische Verordnungen und Richtlinien	397
8.1.1.2	Nationale Gesetze, Verordnungen und Satzungen	398
8.1.1.3	Untergesetzliches Regelwerk	399
8.1.2	Abgrenzung Öffentliches Recht – Zivilrecht	401
8.1.3	Grundsätze behördlichen Handelns	402
8.1.3.1	Auslöser behördlichen Handelns	403
8.1.3.2	Adressat behördlichen Handelns	403
8.1.3.3	Formen und Grundsätze behördlichen Handelns	405
8.1.4	Verwaltungsvollstreckung	407
8.2	Umweltrecht	409
8.2.1	Grundlagen des Umweltrechts	409
8.2.1.1	Vorsorgeprinzip und Schutzprinzip	410
8.2.1.2	Verursacherprinzip	411
8.2.1.3	Kooperationsprinzip	411
8.2.1.4	Nachhaltige Entwicklung	412

8.2.2	Abfallentsorgung	415
8.2.2.1	Rechtsgrundlagen	416
8.2.2.2	Abfallbegriff	417
8.2.2.3	Abfallentsorgung – Verantwortlicher Adressat	418
8.2.2.4	Grundpflichten der Abfallentsorgung	421
8.2.2.5	Gewerbeabfall-Verordnung	426
8.2.2.6	Nachweisrecht - Entsorgung gefährlicher Abfälle	430
8.2.2.7	Entsorgungsverträge	433
8.2.3	Boden- und Grundwasserschutz/Altlastensanierung	437
8.2.3.1	Begrifflichkeiten	437
8.2.3.2	Grundsätze der Sanierungsverantwortung	440
8.2.3.3	Sanierungsverantwortlichkeit	443
8.2.3.4	Facility Manager ohne eigene Sanierungsverantwortung	448
8.2.4	Wasserrecht – Versorgung, Entsorgung und Umgang mit wassergefährdenden Stoffen	451
8.2.4.1	Wasserversorgung	451
8.2.4.2	Trinkwasserverordnung	452
8.2.4.3	Abwasserbeseitigung	457
8.2.4.4	Umgang mit wassergefährdenden Stoffen	459
8.2.5	Immissionsschutz	464
8.2.5.1	1. BImSchV	465
8.2.5.2	Verordnung über elektromagnetische Felder – 26. BImSchV	468
8.3	Öffentliches Baurecht	469
8.3.1	Bauplanungsrecht	469
8.3.2	Bauordnungsrecht	470
8.3.2.1	Baugenehmigungen und Baugenehmigungsverfahren ...	470
8.3.2.2	Bestandsschutz	471
8.3.2.3	Anforderungen an Sonderbauten	473
8.3.2.4	Brandschutzrecht	474
8.3.2.5	Bauordnungsverfügungen	475
8.3.3	Baunebenrecht	477
8.3.4	Gefahrstoffrecht	478
9	Energiemanagement im Facility Management	483
9.1	Betrachtungen zum Energiemanagement	485
9.1.1	Bedeutung des Energiemanagement im Facility Management ...	485
9.1.1.1	Einleitung	485
9.1.1.2	Sicherheit von Wirtschaftsplänen/von Businessplänen ..	485
9.1.1.3	Controlling	485
9.1.1.4	Zertifizierung	486
9.1.1.5	Transparenz	486

9.1.1.6	Nachhaltigkeit.....	486
9.1.1.7	CO ₂ Emission.....	486
9.1.2	Definition.....	487
9.1.3	Einmalige Aktivitäten des Energiemanagements.....	488
9.1.3.1	Allgemeines.....	488
9.1.3.2	Bestandsaufnahmen.....	489
9.1.3.3	Messkonzepterstellung.....	490
9.1.3.4	Energiecontrolling-System.....	492
9.1.3.5	Energiemanagementsoftware.....	492
9.1.3.6	Dokumentation.....	493
9.1.4	Wiederkehrende Aktivitäten des Energiemanagements.....	494
9.1.4.1	Allgemeines.....	494
9.1.4.2	Monitoring.....	495
9.1.4.3	Analyse.....	495
9.1.4.4	Diagnose.....	498
9.1.4.5	Maßnahmen.....	498
9.1.4.6	Nutzungsänderungen.....	501
9.1.4.7	Regelmäßige Kommunikation.....	501
9.1.4.8	Energieberichtserstellung.....	501
9.2	Energieeffizienter Betrieb technischer Anlagen.....	502
9.2.1	Energierrelevante Faktoren technischer Anlagen.....	502
9.2.1.1	Heizungsanlagen.....	502
9.2.1.2	Kälteanlagen.....	503
9.2.1.3	Raumluftechnische Anlagen.....	504
9.2.1.4	Gebäudeleittechnik.....	505
9.2.1.5	Elektrotechnische Anlagen.....	505
9.2.1.6	Druckluftanlagen.....	506
9.2.1.7	Beleuchtungsanlagen.....	506
9.2.2	Führungsgrößen zur Beurteilung des energieeffizienten Betriebs..	507
9.2.2.1	Nutzungsgrad von Heizungsanlagen.....	507
9.2.2.2	Coefficient of Performance bei Kälteanlagen.....	507
9.2.2.3	Luftmengenindikator für Raumluftechnische Anlagen ..	508
9.3	Energiekostenreduktion durch optimierten Einkauf.....	508
9.3.1	Analyse der Einkaufsmengen.....	508
9.3.1.1	Datenerfassung.....	508
9.3.1.2	Strukturierung.....	509
9.3.1.3	Prognose zur Einsparung.....	509
9.3.2	Ausschreibung/Vergabe.....	509
9.3.2.1	Auftragsgeberidentifizierung.....	509
9.3.2.2	Vorgehensweise.....	509
9.3.2.3	Bewertungsmatrix.....	509

9.3.3	Einkaufsmodelle	510
9.3.3.1	Stichtagsbeschaffung	510
9.3.3.2	Strukturierte Beschaffung	511
9.3.4	Umsetzung/Wechselprozess	512
9.4	Normen, Gesetze und Richtlinien	513
9.4.1	Allgemeines	513
9.4.2	Energieeinsparverordnung	513
9.4.3	Energiemanagementsysteme nach DIN EN ISO 50001	514
9.4.3.1	Einführung	514
9.4.3.2	Analyse	515
9.4.3.3	Konzeption	515
9.4.3.4	Implementierung	515
9.4.3.5	Zertifizierung	515
9.4.3.6	Wiederkehrende Audits	515
9.4.4	Erneuerbare-Energien-Gesetz	515
9.4.5	Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz	516
9.4.6	Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz	516
9.4.7	Energiewirtschaftsgesetz	517
9.4.8	Stromsteuergesetz	517
9.5	Checklisten/Arbeitshilfen	518
9.5.1	Einführung	518
9.5.2	Maßnahmendatenblatt	518
9.5.3	Grobanalyse	518
9.5.3.1	Ausgangsdaten	518
9.5.3.2	Aufgaben und Inhalte	519
9.5.3.3	Berichtsfassung Grobanalyse	520
9.5.4	Feinanalyse	520
9.5.4.1	Ausgangsdaten	520
9.5.4.2	Aufgaben und Inhalte der Feinanalyse	520
9.5.4.3	Berichtsfassung	521
9.5.5	DIN EN ISO 50001	521
9.5.5.1	Allgemein	521
9.5.5.2	Analyse	522
9.5.5.3	Konzeption	522
9.5.5.4	Implementierung des EMS	522
9.5.5.5	Zertifizierung	522
9.5.6	Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V.	523
9.5.6.1	VDMA/AIG – Instandhaltungsinformation 15	523
9.5.6.2	VDMA 24197 Teile 1–3 – Energetische Inspektion	523
9.5.6.3	VDMA-Einheitsblatt 24773	523
9.5.7	GEFMA 124 Energiemanagement	523
9.5.8	Datenerfassungsstruktur Gas- und Stromlieferstellen	523
9.5.9	Bewertungsmatrix Vergabe	524

10 Nachhaltigkeitszertifizierung im Betrieb nach DGNB.	525
10.1 Nachhaltigkeitszertifikate in der Bau- und Immobilienwirtschaft.	527
10.1.1 Zertifizierungssysteme bzw. -Anbieter.	528
10.1.2 Betriebszertifikate im Vergleich	529
10.1.3 Motive für eine Nachhaltigkeitszertifizierung	532
10.2 Das DGNB-Nutzungsprofil „Gebäude im Betrieb“	533
10.2.1 Systemgrundlagen.	533
10.2.1.1 Bewertungsgrundlagen	534
10.2.1.2 Inhalt des Nutzungsprofils	534
10.2.1.3 Zertifizierungsvoraussetzungen.	536
10.2.1.4 Zertifizierungsprozess	536
10.2.1.5 Kosten der Zertifizierung	539
10.2.2 Kriterien	539
10.2.2.1 Prozessqualität (PRO)	539
10.2.2.2 Ökologische Qualität (ENV)	546
10.2.2.3 Ökonomische Qualität (ECO)	549
10.2.2.4 Soziokulturelle und Funktionale Qualität (SOC)	552
10.2.2.5 Technische Qualität (TEC)	557
10.3 Checkliste	561
11 Nachhaltigkeit und Zertifizierung nach GEFMA 160.	565
11.1 Hintergrund der Nachhaltigkeitszertifizierung im Facility Management.	567
11.2 Entwicklung des Zertifizierungssystems nach GEFMA 160	568
11.2.1 Die Richtlinie GEFMA 160	569
11.2.2 Das Zertifizierungssystem GEFMA 160-1	571
11.2.3 Grundprinzip und Bewertung.	572
11.2.4 Aufbau, Nachhaltigkeitsdimensionen und -kriterien	574
11.3 Der Zertifizierungsprozess nach GEFMA 160	576
11.4 Übertragbarkeit des Systems	578
11.4.1 Übertragbarkeit auf andere Nutzungen.	578
11.4.2 Nutzen des Systems neben der Zertifizierung der Nachhaltigkeit im FM.	581
11.4.2.1 Strukturierte und zentral geführte Dokumentation aller FM-Leistungen.	581
11.4.2.2 Transparente und objektive Bewertung der FM-Performance	581
11.4.2.3 Generierung von Informationen für die Durchführung von Ausschreibungen	581
11.5 Kritische Würdigung des Zertifizierungssystems.	582
11.5.1 Komplexität des Systems	582
11.5.2 Aufwand der Nachweisführung	582
11.5.3 Bewertungslogik	583

IV Mietrecht, Betriebskostenrecht und Arbeitsrecht

12 Gewerbliches Mietrecht.	587
12.1 Mietvertrag	589
12.1.1 Anbahnungsverhältnisse	589
12.1.2 Vertragsabschluss	590
12.1.2.1 Parteien des Mietvertrages	591
12.1.2.2 Mietsache.	593
12.1.2.3 Mietzweck	594
12.1.2.4 Mietbeginn und Vertragslaufzeit	596
12.1.2.5 Miete	598
12.1.2.6 Betriebskosten und sonstige Nebenkosten	602
12.1.2.7 Mietsicherheiten	605
12.1.2.8 Betriebspflicht	606
12.1.2.9 Untervermietung	606
12.1.2.10 Konkurrenzschutz	607
12.1.2.11 Werbekosten und Werbegemeinschaft	608
12.1.2.12 Verkehrssicherungspflichten	608
12.1.2.13 Bauliche Maßnahmen	609
12.1.2.14 Schönheitsreparaturen	612
12.1.2.15 Unterzeichnung des Mietvertrages, Anlagen, Mitwirkung des Facility Managers	614
12.2 Übergabe der Mietsache	616
12.3 Nachtrag zum Mietvertrag	616
12.4 Mietminderung	617
12.5 Schadensersatz und Aufwendungsersatz	622
12.6 Kündigung des Mietverhältnisses	624
12.6.1 Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit, § 542 Abs. 1 BGB	624
12.6.1.1 Kündigungserklärung	624
12.6.1.2 Ordentliche Kündigung	626
12.6.1.3 Außerordentliche Kündigung	626
12.6.1.4 Umdeutung der Kündigung	630
12.6.1.5 Folgen einer unwirksamen Kündigung	630
12.6.2 Mietverhältnis auf bestimmte Zeit, § 542 Abs. 2 BGB	631
12.7 Weitere Beendigungsgründe	631
12.8 Rückgabe der Mietsache	632
12.9 Verjährung	633
12.10 Vermieterpfandrecht	634
12.11 Wegnahmerecht des Mieters	634
13 Betriebskosten, Mietnebenkosten	637
13.1 Mietnebenkosten	639
13.1.1 Betriebskosten	639
13.1.1.1 Katalog der Betriebskostenverordnung	641
13.1.1.2 Sonstige Betriebskosten gem. § 2 Nr. 17 BetrKV	641

13.1.2 Heizkosten	642
13.1.2.1 Ausnahmen	642
13.1.2.2 Besonderheiten in der Wohnraummiete	643
13.1.3 Verwaltungskosten	643
13.1.3.1 Umlage in der Wohnraummiete	643
13.1.3.2 Umlage in der Gewerberaummiete	644
13.2 Vertragsgestaltung	645
13.2.1 Vertragsstruktur	646
13.2.1.1 Inklusivmiete oder Bruttowarmmiete	646
13.2.1.2 Teilinklusivmiete	646
13.2.1.3 Bruttokaltmiete	647
13.2.1.4 Nettokaltmiete	647
13.2.1.5 Direktabrechnung	647
13.2.2 Umlageschlüssel	651
13.2.2.1 Anfängliche vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten	652
13.2.2.2 Nachträgliche vertragliche Änderungsmöglichkeiten ...	652
13.2.2.3 Einzelne Umlageschlüssel	654
13.3 Abrechnung der Betriebskosten	657
13.3.1 Inhalt und Form	657
13.3.1.1 Formelle Anforderungen	658
13.3.1.2 Materielle Anforderungen	659
13.3.1.3 Sonderfall Vorwegabzug	661
13.3.1.4 Leerstand	663
13.3.1.5 Umsatzsteuer	664
13.3.1.6 Ausweis haushaltsnaher Dienst- und Handwerkerleistungen gem. § 35a Abs. 1 Einkommenssteuergesetz (EStG)	664
13.3.1.7 Wirtschaftlichkeitsgebot	665
13.3.1.8 Darstellung; Aufbau	665
13.3.2 Fristen	666
13.3.2.1 Betriebskostenabrechnungsfristen	666
13.3.2.2 Einwendungsfristen	668
13.3.3 Einzelne Betriebskostenarten	673
13.3.3.1 Die laufenden öffentlichen Lasten des Grundstücks (Nr. 1)	673
13.3.3.2 Die Kosten der Wasserversorgung (Nr. 2)	674
13.3.3.3 Die Kosten der Entwässerung (Nr. 3)	676
13.3.3.4 Die Kosten der Heizung, der zentralen Warmwasser- versorgungsanlage, von verbundenen Heizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen (Nr. 4, 5, 6)	676
13.3.3.5 Die Kosten des Betriebs des Personen- und Lastenaufzugs (Nr. 7)	681
13.3.3.6 Die Kosten der Straßenreinigung und Müllbeseitigung (Nr. 8)	682

13.3.3.7	Kosten der Gebäudereinigung und Ungeziefer- bekämpfung (Nr. 9)	684
13.3.3.8	Kosten der Gartenpflege (Nr. 10)	685
13.3.3.9	Kosten der Beleuchtung (Nr. 11)	686
13.3.3.10	Kosten der Schornsteinreinigung (Nr. 12)	686
13.3.3.11	Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung (Nr. 13) ..	687
13.3.3.12	Kosten für den Hauswart (Nr. 14)	689
13.3.3.13	Kosten des Betriebs der Gemeinschafts-Antennenanlage oder des Betriebs der mit einem Breitbandnetz verbundenen privaten Verteilanlage (Nr. 15)	690
13.3.3.14	Kosten des Betriebs der Einrichtungen für die Wäschepflege (Nr. 16)	691
13.3.3.15	Sonstige Betriebskosten (Nr. 17)	691
13.3.4	Besonderheiten	693
13.3.4.1	Neue Betriebskosten	693
13.3.4.2	Mieterwechsel	693
13.3.4.3	Vermieter- Eigentümerwechsel	694
13.3.4.4	WEG und Teileigentum	695
13.3.5	Anpassung der Vorauszahlungen	696
13.3.5.1	Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen/ -pauschalen	697
13.3.5.2	Verringerung der Vorauszahlung	699
13.3.6	Inkasso und Forderungsmanagement	699
13.3.6.1	Gesamtfälligkeit	699
13.3.6.2	Teilfälligkeit	700
13.3.6.3	Guthaben des Mieters	700
13.3.7	Verjährung und Verwirkung	701
13.3.7.1	Wohnraummiete	701
13.3.7.2	Gewerberaummiete	702
13.4	Muster Betriebskostenabrechnung	702
14	Arbeitsrecht	707
14.1	Einführung	709
14.2	Individualarbeitsrecht	710
14.2.1	Parteien des Arbeitsverhältnisses	710
14.2.1.1	Arbeitnehmer	710
14.2.1.2	Arbeitgeber	712
14.2.2	Begründung des Arbeitsverhältnisses	712
14.2.2.1	Abschluss des Arbeitsvertrags	713
14.2.2.2	Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis	714

14.2.3	Inhalt des Arbeitsverhältnisses	715
14.2.3.1	Arbeitspflicht als Hauptleistungspflicht	715
14.2.3.2	Vergütungspflicht als Hauptleistungspflicht, gesetzlicher Mindestlohn	716
14.2.3.3	Gesamtusage und betriebliche Übung	718
14.2.4	Störungen im Arbeitsverhältnis	718
14.2.4.1	Verhinderung des Arbeitnehmers	719
14.2.4.2	Betriebs- und Wirtschaftsstörungen	719
14.2.4.3	Haftung im Arbeitsverhältnis	720
14.2.4.4	Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten	721
14.2.5	Beendigung des Arbeitsverhältnisses	721
14.2.5.1	Kündigungserklärung	721
14.2.5.2	Kündigungsfrist	722
14.2.5.3	Beteiligung des Betriebsrats	722
14.2.5.4	Präklusionswirkung im Kündigungsschutzprozess	723
14.2.5.5	Kündigungsschutzgesetz	723
14.2.5.6	Außerordentliche Kündigung	726
14.2.5.7	Änderungskündigung	727
14.2.5.8	Aufhebungsvertrag	728
14.2.5.9	Befristung und Bedingung	728
14.2.6	Betriebsübergang – gesetzlicher Arbeitgeberwechsel	729
14.2.6.1	Voraussetzungen des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB	730
14.2.6.2	Widerspruch des Arbeitnehmers	732
14.2.6.3	Rechtsfolgen des Betriebsübergangs	734
14.3	Kollektives Arbeitsrecht	735
14.3.1	Koalitionsfreiheit und Verbände	735
14.3.1.1	Koalition	736
14.3.1.2	Koalitionsfreiheit	737
14.3.1.3	Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände	737
14.3.2	Grundzüge des Tarifvertragsrechts	737
14.3.2.1	Parteien und Inhalt des Tarifvertrags	738
14.3.2.2	Wirkung der Tarifnormen	738
14.3.2.3	Bindung an den Tarifvertrag	739
14.3.2.4	Geltung des Tarifvertrags	741
14.3.3	Arbeitskampfrecht	742
14.3.3.1	Grundlagen des Arbeitskampfrechts	742
14.3.3.2	Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen	742
14.3.3.3	Rechtsfolgen von Arbeitskämpfen	744
14.3.4	Betriebsverfassungsrecht	745
14.3.4.1	Grundlagen der Betriebsverfassung	745
14.3.4.2	Rechtsstellung des Betriebsrats	748
14.3.4.3	Beteiligungsrechte des Betriebsrats	748

14.4	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	750
14.4.1	Anwendungsbereich des AÜG	751
14.4.1.1	Wirtschaftliche Tätigkeit	751
14.4.1.2	Einstellung und Beschäftigung zum Zweck der Überlassung und keine gelegentliche Überlassung	752
14.4.1.3	Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeits- organisation des Entleihers und Unterliegen des Arbeitnehmers den Weisungen des Entleihers – Abgrenzung zu Werk- und Dienstverträgen	752
14.4.1.4	Kein Vorliegen der Ausnahmetatbestände gem. § 1 Abs. 1 a AÜG, § 1 Abs. 2 oder § 1 Abs. 3 Nr. 1–3 AÜG	753
14.4.2	Einschränkungen im Baugewerbe, § 1b AÜG	754
14.4.3	Vertragsbeziehungen	755
14.4.3.1	Vertragsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher ...	755
14.4.3.2	Vertragsbeziehung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	756
14.4.3.3	Vertragsbeziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	756
14.4.4	Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG	756
14.4.4.1	Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG	756
14.4.4.2	Erlaubnisfreiheit nach § 1a AÜG	757
14.4.4.3	Antragserfordernis	757
14.4.4.4	Erlaubniserteilung nach § 2 AÜG	757
14.4.4.5	Versagungsgründe nach § 3 AÜG	758
14.4.5	Wesentliche gesetzliche Vorgaben für die Arbeitnehmer- überlassung nach dem AÜG	759
14.4.5.1	Vorliegen der Erlaubnis für den Verleiher, § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG	759
14.4.5.2	Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer, § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG	760
14.4.5.3	Ausdrückliche Bezeichnung des Vertrags zwischen dem Verleiher und Entleiher als Arbeitnehmerüberlassung, § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG	760
14.4.5.4	Konkretisierung des zu überlassenden Arbeitnehmers in dem Vertrag zwischen den Verleiher und Entleiher vor der Überlassung in Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag, § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG	760
14.4.5.5	Vorübergehende Überlassung eines bestimmten Arbeitnehmers unter Einhaltung der Höchstfrist von grundsätzlich 18 Monaten § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG i. V. m. Abs. 1 b AÜG	761

14.4.5.6 Gleichbehandlung des Leiharbeitnehmers wie die Stamm-	
arbeitsnehmer im Entleihers (sog. „Equal Pay-Anspruch“),	
§ 8 AÜG.....	762
14.4.6 Folgen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung und von Verstößen	
gegen das AÜG, §§ 9, 10 AÜG und § 16 AÜG	763
14.4.7 Kollektivrechtliche Auswirkungen der Arbeitnehmerüberlassung .	765
14.5 Arbeitnehmerentsendegesetz.	765
14.5.1 Allgemeine Arbeitsbedingungen	765
14.5.2 Tarifliche Arbeitsbedingungen	766
14.5.3 Wirkungen der Tarifnormerstreckung.....	767
Sachwortverzeichnis.....	771

Vertragliche und vertragsrechtliche Grundlagen

Kapitel 1	Vergaberecht <i>Christoph Kaiser</i>
Kapitel 2	Outputorientierte Leistungsbeschreibung <i>Jochen Abel</i>
Kapitel 3	Der Facility Management-Vertrag <i>Alexander Arndt</i>
Kapitel 4	Die Planungsmethode BIM im Facility Management <i>Florian Schrammel</i>



Vergaberecht

- 1.1 Grundstrukturen des Vergaberechts – 5**
 - 1.1.1 Rechtsquellen (Schema) – 5
 - 1.1.2 Auftraggeber, § 98 GWB – 16
 - 1.1.3 Öffentlicher Auftrag, § 103 Abs. 1 GWB – 20
 - 1.1.4 Schwellenwerte, § 3 VgV – 31
 - 1.1.5 Vergabearten – 33
- 1.2 Vorbereitung des Vergabeverfahrens – 42**
 - 1.2.1 Definition und Auswahl des Beschaffungsgegenstandes – 42
 - 1.2.2 Haushaltsrechtliche Implikationen und Abgrenzung zum Vergaberecht – 44
 - 1.2.3 Markterkundung – 44
 - 1.2.4 Erstellung der Vergabeunterlagen – 45
 - 1.2.5 Leistungsbeschreibung – 49
 - 1.2.6 Losweise Vergabe – 67
 - 1.2.7 Nebenangebote, § 35 VgV – 70
- 1.3 Bekanntmachung – 72**
 - 1.3.1 Bedeutung – 72
 - 1.3.2 EU-weite Bekanntmachung – 72
 - 1.3.3 Unterhalb der Schwellenwerte – 78
- 1.4 Angebotswertung – 78**
- 1.5 Prüfung auf Vollständigkeit sowie auf rechnerische und fachliche Richtigkeit – 80**
- 1.6 Eignung – 81**
 - 1.6.1 Definition „Eignung“ und vergaberechtlicher Grundsatz – 82
 - 1.6.2 Eignungsprüfung – 84
 - 1.6.3 Zeitpunkt der Eignungsprüfung – 86
 - 1.6.4 Eignungsnachweise – 87
 - 1.6.5 Auswertungsmatrix – 90

1.7 Angemessenheit der Preise oder Kosten – 91

1.8 Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes – 92

1.8.1 Definition „wirtschaftlichstes Angebot“ – 92

1.8.2 Aufstellung von Zuschlagskriterien – 93

1.8.3 Auswertungsmatrix Zuschlagskriterien – 100

1.8.4 Vorabinformationsschreiben gem. § 134 GWB – 102

1.9 Beendigung des Vergabeverfahrens – 103

1.9.1 Grundsatz – 103

1.9.2 Zuschlag – 104

1.9.3 Aufhebung – 104

1.10 Ex-Post-Bekanntmachung – 108

1.10.1 Verpflichtung – 108

1.10.2 Praktischer Nutzen und Rechtsfolgen bei Verstoß – 108

1.11 Rechtsschutz – 108

1.11.1 Grundzüge vergaberechtlichen Rechtsschutzes – 108

1.11.2 Rechtsweg und Nachprüfungsorgane – 108

1.11.3 Grundzüge des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes – 109

1.11.4 Rügepräklusion – 111

1.11.5 Sekundärrechtsschutz – 112

1.12 Dokumentation des Vergabeverfahrens – 113

1.12.1 Grundsatz – 113

1.12.2 Dokumentationspflichten – 113

1.12.3 Rechtsfolge bei Verstößen – 115

1.1 Grundstrukturen des Vergaberechts

Das Vergaberecht regelt die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand sowie von Unternehmen, denen der Staat bestimmte Privilegien eingeräumt hat oder öffentliche Mittel – etwa durch Zuwendungen – zur Verfügung stellt. Ziele des Vergaberechts sind insb., öffentliche Auftraggeber zu einem möglichst wirtschaftlichen Umgang mit öffentlichen Mitteln anzuhalten sowie interessierten Wirtschaftsteilnehmern gleiche Chancen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge einzuräumen.

Beispiel

Grundregel:

Das so genannte **Kartellvergaberecht** (EU-weite Bekanntmachung) ist verbindlich zu beachten, wenn

- ein **Auftraggeber** (§ 98 GWB)
- einen **Auftrag** (§§ 103 ff. GWB) an ein Unternehmen vergibt,
- dessen geschätzter Auftragswert (netto) die jeweils maßgeblichen **Schwellenwerte** erreicht oder überschreitet (§ 106 Abs. 1 GWB).

Leistungen sind nach **nationalen Vorschriften** (unter Beachtung der wesentlichen europarechtlichen Grundprinzipien) zu vergeben, wenn

- die jeweils maßgeblichen **Schwellenwerte nicht erreicht** werden und
- der Auftraggeber aufgrund **besonderer Anordnung** dazu verpflichtet ist.

1.1.1 Rechtsquellen (Schema)

Das deutsche Vergaberecht ist stark europarechtlich geprägt und hat insbesondere den Vorgaben zu entsprechen, die in den EU-Verträgen und den einschlägigen europäischen Rechtsakten für sämtliche EU-Mitgliedstaaten verbindlich festgelegt sind. Detaillierte Regelungen – und vor allem Rechtsschutz, der auf die Erteilung des Auftrags abzielt (sog. Primärrechtsschutz¹ – sieht das europäische Vergaberecht dabei grundsätzlich nur für Aufträge vor, deren geschätzter Auftragswert die so genannten **EU-Schwellenwerte**² erreicht. Für die Vergabe von Aufträgen **unterhalb** des jeweiligen Schwellenwerts können die Mitgliedsstaaten hingegen deutlich flexibler eigene Verfahrensregelungen erlassen,

1 Eine ganze Reihe von Ländern haben Vergabegesetze erlassen, die die Zuständigkeit der Vergabekammern und Primärrechtsschutz auch unterhalb der Schwellenwerte anordnen. Zu Details vgl. Rdn. 26 ff.

2 Derzeit EUR 5,548 Mio. (zzgl. USt.) für Bauvergaben, EUR 221.000,- (zzgl. USt.) für Liefer- und Dienstleistungen, vgl. zu Details unter Rdn. 23 ff.

die allerdings gleichwohl den wesentlichen EU-rechtlichen Grundprinzipien (insb. dem Transparenzgebot, dem Diskriminierungsverbot und dem Wettbewerbsgebot) entsprechen müssen.

Auf **europäischer Ebene** sind neben dem Vertrag zur Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) insbesondere die EU-Vergaberichtlinien und die Rechtsmittelrichtlinien maßgeblich.

- 4 Das **deutsche Recht**³ ist im Oberschwellenbereich stufenförmig strukturiert (sog. „Kaskadenprinzip“). An der Spitze steht der vierte Teil des **Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**⁴ (GWB) als zentraler vergaberechtlicher Fixpunkt. Auf der zweiten Stufe stehen die **Vergabeverordnung**⁵ (VgV), die **Sektorenverordnung**⁶ (SektVO), die **Konzessionsvergabeverordnung** (KonzVgV)⁷ und die **Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit**⁸ (VSVgV). Die Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauleistungen (VOB/A) bildet die dritte Stufe. Verschiedene Länder haben ebenfalls vergaberechtliche Regelungen erlassen, denen ergänzende Wirkung zukommt.

Unterhalb der Schwellenwerte gelten die Vergabegesetze der Länder, das nationale Haushaltsrecht sowie – soweit deren Geltung explizit angeordnet ist – die ersten Abschnitte (Basisparagrafen) der VOB/A bzw. der VOL/A.⁹ Die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) wurde am 07.02.2017 im Bundesanzeiger veröffentlicht (BAnz AT 07.02.2017 B1) und soll den 1. Abschnitt der VOL/A ablösen. Sie ist keine Verordnung und gilt für öffentliche Auftraggeber nur dann, wenn ihre Geltung explizit angeordnet wurde.

3 Das deutsche Vergaberecht wurde zum 18. April 2016 umfassend reformiert. Unter anderem sind die VOL/A-EG und die VOF in der Vergabeverordnung aufgegangen, die wesentlich an Bedeutung gewonnen hat. Nach § 186 GWB werden alle vor dem 18.04.2016 eingeleiteten Vergabeverfahren nach dem alten Recht zu Ende geführt. Das auf Nachprüfungsverfahren anwendbare Recht richtet sich nach dem Recht, nach dem das betroffene Vergabeverfahren durchgeführt wurde. Die Darstellungen in diesem Kapitel befassen sich – soweit nicht explizit auf die „alte Rechtslage“ verwiesen – ausschließlich mit der seit dem 18. April 2016 geltenden Rechtslage.

4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750; ber. S. 3245), zuletzt geändert durch Artikel 1 des VergaberechtsmodernisierungsG v. 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 203).

5 Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. S. 624).

6 Sektorenverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 657).

7 Konzessionsvergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 683).

8 Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit vom 12. Juli 2012 (BGBl. I S. 1509), zuletzt geändert durch Art. 5 der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung v. 12. April 2016 (BGBl. I S. 624).

9 Die VOF entfaltet(e) unterhalb der Schwellenwerte grundsätzlich keine Wirkung.

Das vergaberechtliche Kaskadensystem:

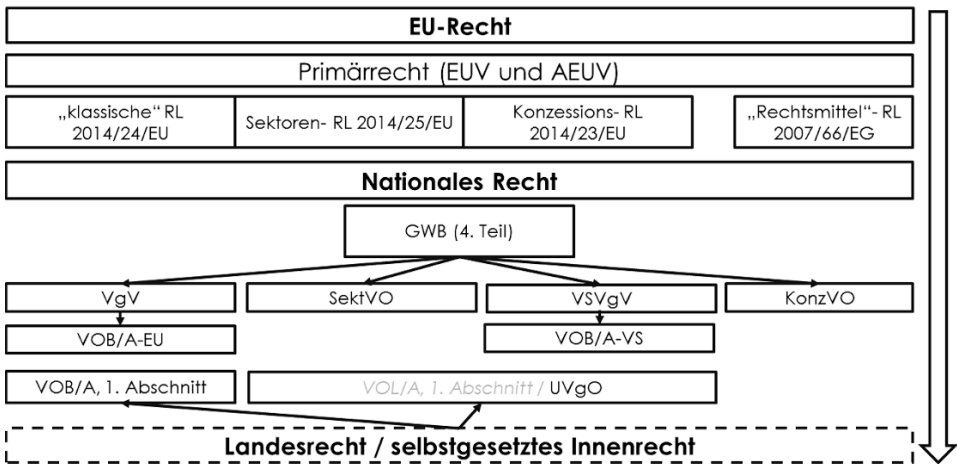


Abb. 1.1

Praxishinweise

5

- 1) Das Europäische Gericht erster Instanz (EuG, Urt. v. 20.05.2010 – Rs. T-258/06) hat in seiner Entscheidung zur sog. **Unterschwellemn Mitteilung**¹⁰ festgestellt, dass folgende, europarechtliche Grundsätze auch unterhalb der Schwellenwerte zu beachten sind, soweit der Beschaffungsvorgang Binnenmarktrelevanz¹¹ hat:

- Diskriminierungsfreie Beschreibung des Auftragsgegenstands
- Gleicher Zugang für Wirtschaftsteilnehmer aus allen Mitgliedstaaten
- Gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise
- Angemessene Fristen
- Transparenter und objektiver Ansatz

Auch bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte sind daher die vergaberechtlichen Grundprinzipien einzuhalten.

- 2) **Unterhalb der jeweiligen Schwellenwerte** sind Auftraggeber, die bei Erreichen der Schwellenwerte an die VgV und die VOB/A-EU gebunden sind, nicht automatisch zur Einhaltung der UVgO oder der VOB/A verpflichtet. Verbindlichkeit können diese Regelwerke unterhalb der Schwellenwerte insb. wie folgt erlangen:

- Gesetzliche Anordnung (z.B. Landesrecht)
- Behördliche Anordnung (z.B. Rundschreiben, Verwaltungserlasse)
- Haushaltsrechtliche Regelungen

¹⁰ Mitteilung der Kommission zu „Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ (ABl. 2006, C 179, S. 2).

¹¹ Ein Beschaffungsvorgang hat Binnenmarktrelevanz, wenn ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse von Unternehmen anderer Mitgliedstaaten an der Leistung besteht (vgl. zu Details EuGH, Urt. v. 16.07.2016 – Rs. C-458/14).

- Zuwendungsrecht (vor allem die je nach Land unterschiedlich ausgestalteten Allgemeinen Nebenbestimmungen (ANBest)¹²)
- Selbstbindung durch „Erlass“ eigener Vergabeordnungen

Auch unterhalb der Schwellenwerte sind die maßgeblichen Regelungen sehr genau zu ermitteln und einzuhalten, da Verstöße insb.

- zuwendungsrechtliche (Versagung bzw. Rückforderung von Fördermitteln etc.),
- haushaltsrechtliche (insb. Beanstandungen der Rechnungshöfe),
- schadensersatzrechtliche,
- ggfs. strafrechtliche Rechtsfolgen haben können.

Je nach Art des Verstoßes ist auch eine persönliche Haftung der Organe (Vorstand/Geschäftsführer etc.) denkbar.

1.1.1.1 Europäisches Recht

- 6 Die europäischen Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge dienen der Umsetzung der Warenverkehrsfreiheit, der Niederlassungsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und dem Verbot der diskriminierenden Behandlung von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedsstaaten. Insbesondere soll das EU-(Kartell-)Vergaberecht Unternehmen ermöglichen, sich auch in anderen Mitgliedsstaaten erfolgreich um öffentliche Aufträge zu bewerben.
- 7 Die folgenden **Grundprinzipien des Vergaberechts** dienen der Umsetzung dieser Ziele und sind bei praktisch jedem Beschaffungsvorgang unbedingt zu beachten:

- **Der Wettbewerbsgrundsatz**

- zielt auf die Verwirklichung eines integrierten europäischen Binnenmarktes ab,
- verpflichtet Auftraggeber grds. zur Vergabe im Wettbewerb zwischen interessierten Marktteilnehmern und
- verpflichtet Unternehmen, jedes den Wettbewerb beschränkende Verhalten zu unterlassen, etwa Preis- oder Kartellabsprachen.

- **Das Gleichbehandlungsgebot**

- basiert auf dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV,
- soll der Verwirklichung eines europaweiten Binnenmarktes dienen und
- verpflichtet zur Vermeidung von Ungleichbehandlungen der Wettbewerbsteilnehmer, insb. aufgrund des jeweiligen Herkunftslandes.

- **Das Transparenzgebot**

- verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber zu einer nachvollziehbaren Vergabepaxis¹³,
- erleichtert die Überprüfung der Einhaltung der verschiedenen vergaberechtlichen Grundsätze und der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens insgesamt.

12 Nach der Rechtsprechung des VG Schleswig (Urt. v. 06.04.2017 – 12 A 136/16) rechtfertigt die fehlerhafte Wahl der Vergabeverfahrensart als schwerer Vergabeverstoß bereits den Widerruf einer Zuwendung, ohne dass der Zuwendungsgeber verpflichtet ist, einen zusätzlichen Verstoß gegen das Gebot der wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung zu belegen. Vgl. auch VGH Bayern, Beschl. v. 22.05.2017 – 4 ZB 16.577 zum teilweisen Rückzahlungsverpflichtung bei unterlassener Losaufteilung.

13 Wichtige Instrumente sind insb. die Vergabebekanntmachung (vgl. hierzu Rdn. 204 ff.) sowie die Verpflichtung zur Dokumentation (vgl. hierzu Rdn. 341 ff.).

Der Zugang zum Markt der öffentlichen Aufträge für Unternehmen anderer Mitgliedsstaaten ist in der Praxis vor allem dann von Belang, wenn die Auftragssummen eine Dimension erreichen, die den Auftrag auch für solche Unternehmen interessant machen, die nicht in dem jeweiligen Mitgliedstaat beheimatet sind.¹⁴ Erreichen die Auftragswerte die jeweiligen **EU-Schwellenwerte**, sind insbesondere folgende **Richtlinien** zu beachten:

- **Die Richtlinie 2014/24/EU („Vergabekoordinierungsrichtlinie“ bzw. VKR)**
 - regelt die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen¹⁵ durch die „klassischen“ öffentlichen Auftraggeber¹⁶, vor allem durch den Bund, die Länder, die Landkreise und die Kommunen, aber etwa auch durch von diesen kontrollierte Unternehmen.
- **Die Richtlinie 2014/25/EU („Sektorenkoordinierungsrichtlinie“ bzw. SKR)**
 - regelt die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen durch öffentliche und private Auftraggeber, die in den Bereichen Trinkwasserversorgung, Energieversorgung oder Verkehr tätig sind.
- **Die Richtlinie 2014/23/EU („Konzessionsrichtlinie“)**
 - regelt die Vergabe von Konzessionen.¹⁷
- **Die Richtlinie 2009/81/EG („Verteidigungsrichtlinie“)**
 - regelt die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Bereich der Verteidigung und Sicherheit.¹⁸
- **Die Richtlinie 89/665/EWG („Rechtsmittelrichtlinie für klassische Auftragsvergaben“)**
 - stellt Vorgaben an das Rechtsschutzsystem auf, das den Teilnehmern an Vergabeverfahren bei (vermuteten) Verstößen gegen das Vergaberecht zur Verfügung stehen soll.
- **Die Richtlinie 92/13/EWG („Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie“)**
 - entspricht der „klassischen Rechtsmittelrichtlinie“ im Sektorenbereich.

Praxishinweis

9

Die Bundesrepublik Deutschland hat die Regelungen der Richtlinien weitestgehend in nationales Recht umgesetzt. Für den täglichen Umgang des Facility Managers mit dem Vergaberecht sind daher in erster Linie die nationalen Vorschriften von Bedeutung.

Bei Widersprüchen des nationalen Rechts zum europäischen Recht oder bei Lücken im nationalen Recht (fehlende Umsetzung) gelten die Richtlinien jedoch grundsätzlich vorrangig.

14 Selbst oberhalb der Schwellenwerte ist der Anteil von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten verschwindend gering. Als Anhaltspunkt dient die Anzahl von Nachprüfungsanträgen: Von 865 Nachprüfungsanträgen im Jahr 2016 stammten lediglich 13 von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten (Quelle: <http://www.bmwi.de>, Statistische Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren gem. § 184 GWB).

15 Vgl. zum Begriff des öffentlichen Auftrags Rdn. 45 ff.

16 Vgl. zu Details Rdn. 29 ff.

17 Vgl. zu Details Rdn. 65 ff.

18 Die besondere Sensibilität derartiger Aufträge hat den Europäischen Gesetzgeber dazu veranlasst, eine eigene Richtlinie für diese Auftragsarten zu verabschieden.

1.1.1.2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

- 10 Die Vorschriften des GWB gelten ausschließlich für Beschaffungsvorhaben öffentlicher Auftraggeber, deren geschätzte Auftragswerte die jeweiligen Schwellenwerte erreichen und nicht explizit aus dem Anwendungsbereich des GWB ausgenommen sind, § 107 ff. GWB. Unterhalb der Schwellenwerte entfaltet das GWB keine Wirkung.
- 11 Das GWB gibt die **allgemeinen vergaberechtlichen Regeln** vor, die von den Vergabeverordnungen (VgV, SektVO, KonzVO und VSVgV), der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen und ggfs. landesrechtlichen Regelungen näher ausgestaltet werden. Außerdem regelt das GWB insb. den vergaberechtlichen Primärrechtsschutz ab Erreichen der Schwellenwerte.
- 12 Der vierte Teil des GWB normiert im Wesentlichen Folgendes:
 - Kapitel 1: Vergabeverfahren
 - **Erster Abschnitt:** Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereich
 - Grundsätze der Vergabe, § 97 GWB
 - Wettbewerbsgrundsatz, Transparenzgrundsatz, Abs. 1 (vgl. Rdn. 7)
 - Gleichbehandlungsgrundsatz, Abs. 2 (vgl. Rdn. 7)
 - Berücksichtigung von Qualität, Innovation sowie sozialer und umweltbezogener Aspekte, Abs. 3 (vgl. Rdn. 268 ff.)
 - Grundsatz losweiser Vergabe, Abs. 4 (vgl. Rdn. 186 ff.)
 - Verwendung elektronischer Mittel, Abs. 5, (vgl. Rdn. 121 ff.)
 - Subjektiver Rechtsschutz, Abs. 6 (vgl. Rdn. 316 ff.)
 - Definition: Auftraggeber, §§ 98 ff. (vgl. Rdn. 29 ff.)
 - Definition: Öffentliche Aufträge, §§ 103 f. (vgl. Rdn. 45 ff.)
 - Definition: Konzessionen, § 105 (vgl. Rdn. 65 ff.)
 - Schwellenwerte, § 106 (vgl. Rdn. 23 ff.)
 - Ausnahmen vom Anwendungsbereich, §§ 107 ff. (vgl. Rdn. 75 ff.)
 - Regelungen zu gemischten Aufträgen, § 110 ff. (vgl. Rdn. 58 ff.)
 - **Zweiter Abschnitt:** Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber
 - Anwendungsbereich, § 115 (vgl. Rdn. 2 ff.)
 - Besondere Ausnahmen, §§ 116 ff. (vgl. Rdn. 75ff.)
 - Verfahrensarten, § 119 (vgl. Rdn. 89 ff.)
 - Leistungsbeschreibung, § 121 (vgl. Rdn. 130 ff.)
 - Eignung, § 122 (vgl. Rdn. 222 ff.)
 - Ausschluss, § 123 ff. (vgl. Rdn. 227 ff.)
 - Zuschlag, § 127 (vgl. Rdn. 298 ff.)
 - Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit, § 132, (vgl. Rdn. 174 ff.)
 - Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen, § 133 (vgl. Rdn. 174 ff.)
 - Informations- und Wartefrist, Unwirksamkeit, §§ 134, 135 (vgl. Rdn. 290 ff.)
 - **Dritter Abschnitt:** Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen (vgl. Rdn. 16 ff.)
 - Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber, §§ 136 ff. (vgl. Rdn. 16 ff.)

- Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen, §§ 144 ff. (vgl. Rdn. 18 ff.)
- Vergabe von Konzessionen, §§ 148 ff. (vgl. Rdn. 43, 65 ff.)
- Kapitel 2: Nachprüfungsverfahren
- **Erster Abschnitt:** Nachprüfungsbehörden, §§ 155 ff. (vgl. Rdn. 319 ff.)
- **Zweiter Abschnitt:** Verfahren vor der Vergabekammer, §§ 160 ff. (vgl. Rdn. 322 ff.)
- **Dritter Abschnitt:** Sofortige Beschwerde, §§ 171 ff. (vgl. Rdn. 327 ff.)
 - Schadensersatz, §§ 180, 181 (vgl. Rdn. 336 ff.)

Die sich unmittelbar aus dem AEUV ergebenden Grundsätze des Vergabeverfahrens werden von § 97 GWB in Bezug genommen.

1.1.1.3 Vergabeverordnung (VgV)

Die VgV ist gegenüber den Regelungen des GWB nachrangig, hat aber durch die Vergaberechtsreform wesentlich an Bedeutung gewonnen. Sie regelt vor allem die Vergabe von Dienst- und Lieferleistungen, gilt aber teilweise auch für die Vergabe von Bauleistungen.¹⁹

Die VgV regelt im Wesentlichen Folgendes:

- (Ergänzende) Anwendbarkeit auf Bauvergaben, § 2 (vgl. Fn. 19)
- Schätzung des Auftragswertes, § 3 (vgl. Rdn. 87)
- Gemeinsame Auftragsvergabe; zentrale Beschaffung § 4
- Vertraulichkeit, § 5
- Vermeidung von Interessenskonflikten; Mitwirkung an der Vorbereitung von Vergabeverfahren, §§ 6 f.
- Dokumentation und Vergabevermerk, § 8
- Kommunikation (insb. elektronische Vergabe), §§ 9 ff.
- Verfahrensarten (Wahl der Verfahrensart, Zulässigkeitsvoraussetzungen, Ablauf und Fristen), §§ 14 ff.
- Besondere Methoden und Instrumente im Vergabeverfahren (insb. Rahmenvereinbarungen), §§ 21 ff.
- Vorbereitung des Vergabeverfahrens (insb. Markterkundung, Vergabeunterlagen, Losaufteilung, Leistungsbeschreibung, Nebenangebote, Unteraufträge), §§ 28 ff.
- Veröffentlichungen, Transparenz (insb. Auftragsbekanntmachung, Vorinformation, Bereitstellung der Vergabeunterlagen), §§ 37 ff.
- Anforderungen an Unternehmen (insb. Auswahl geeigneter Unternehmen, Ausschluss, Bietergemeinschaften, Leistungsfähigkeit, Eignungsleihe), §§ 42 ff.

¹⁹ Nach § 2 S. 1 VgV gelten für die Vergabe von Bauaufträgen Abschnitt 1 (insb. Anwendung der VOB/A-EU, Schätzung des Auftragswertes und elektronische Vergabe) und Abschnitt 2, Unterabschnitt 2 (insb. Rahmenvereinbarung) zusätzlich zu den Regelungen der VOB/A-EU. Die Regelungen der VgV und der VOB/A-EU weichen im Übrigen zum Teil erheblich voneinander ab (vgl. z.B. die Regelungen zur Nachforderung und zur Angebotsöffnung). Eine unreflektierte Anwendung der VgV auf Bauvergaben verbietet sich daher.

- Einreichung, Form und Umgang mit Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträgen und Angeboten, §§ 52 ff.
- Prüfung und Wertung der Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote; Nachforderung von Unterlagen (insb. Nachforderung, Ausschluss, Zuschlag und Zuschlagskriterien, Lebenszykluskosten, ungewöhnlich niedrige Angebote, Aufhebung), §§ 56 ff.
- Besondere Vorschriften für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen, §§ 64 ff.
- Planungswettbewerbe, §§ 69 ff.
- Besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen, § 73 ff.
- Übergangs- und Schlussbestimmungen (insb. zeitliche Anwendung und Fristberechnung), §§ 81 f.

15 Praxishinweis

Leistungen des Facility Management sind regelmäßig Dienst- oder Lieferleistungen, die nach der VgV zu vergeben sind. Selbst wenn die Notwendigkeit der Erbringung von Bauleistungen bei Aufträgen durchaus denkbar ist oder freiberufliche Tätigkeiten (etwa bei Planungsleistungen) durchaus eine Rolle spielen können, werden diese Leistungen im Verhältnis zum Gesamtauftragswert regelmäßig eine untergeordnete Bedeutung haben.

Im Folgenden wird daher der absolute Schwerpunkt auf die Darstellung der Regelungen der VgV gelegt, die ab Erreichen der Schwellenwerte gelten.

1.1.1.4 Sektorenverordnung (SektVO)

- 16 Im Sektorenbereich (Trinkwasser- und Energieversorgung sowie Verkehr) gilt seit 2009 anstelle der sonstigen Vergabeordnungen einheitlich die SektVO. Die SektVO regelt nicht nur, welche Tätigkeiten der in § 102 GWB benannten Sektorenauftraggeber den Vergaberegeln der SektVO unterliegen, sondern sie enthält auch Vorschriften zur Durchführung der entsprechenden Vergabeverfahren. Ihr Regelungsgehalt entspricht weitgehend dem der VgV.

17 Praxishinweis

Auftraggeber im Sektorenbereich können bei der Vergabe von Aufträgen im Zusammenhang mit Sektorentätigkeiten die Art des Vergabeverfahrens grds. frei wählen. Eine besondere Begründung erfordert lediglich die Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb oder einer Innovationspartnerschaft.

1.1.1.5 Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)

Die VSVgV regelt die Vergabe sensibler Aufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und bietet erweiterte Möglichkeiten zur Gewährleistung des Geheimschutzes.

Praxishinweis 19

Beschaffungen nach dieser Vergabeordnung kommen etwa bei **Bundesbehörden** wie dem Bundeskriminalamt, Bundesministerium des Innern, Bundesministerium der Verteidigung (bzw. deren zentraler Einkauf BAAlNBw) etc. in Betracht.

1.1.1.6 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen ist im Oberschwellenbereich seit der Zusammenführung der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A-EG) und der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) in der VgV die einzig verbliebene Vergabe- und Vertragsordnung.

Die VOB/A gilt für die Beschaffung von Bauleistungen (ggfs. gemeinsam mit den zugehörigen Planungsleistungen).

Die VOB/A ist in mehrere Abschnitte unterteilt:

- Der **erste Abschnitt** (die sog. „Basisparagrafen“) regelt die Vergabe von Bauleistungen bei Vergabeverfahren **bis zum Erreichen** der Schwellenwerte.²⁰
- Der **zweite Abschnitt** (sog. „EU-Paragrafen“) erlangt wegen § 2 VgV Verbindlichkeit nur ab Erreichen der jeweils maßgeblichen Schwellenwerte.

Die VOB/A enthält noch einen dritten Abschnitt („VS-Paragrafen“), der gem. § 2 Abs. 2 S. 2 VSVgV nur für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge gilt.

Tab. 1.1 Überblick 23

Vergabe- und Vertragsordnung	VOB/A	VgV
Geltungsbereich	§ 2 VgV: – Bauaufträge (§ 103 Abs. 3 GWB), – Baukonzessionen (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB)	§ 4 VgV: – Lieferaufträge (§103 Abs. 2 GWB), – Dienstleistungsaufträge (§ 103 Abs. 4 GWB)
Schwellenwert (Stand: 2018, nächste Überprüfung: 01.01.2020)	EUR 5,548 Mio. (zzgl. USt.)	EUR 221.000,- (zzgl. USt.)

20 Soweit der Auftraggeber zur Anwendung verpflichtet ist.

Vergabe- und Vertragsordnung	VOB/A	VgV
Abschnitte	1) Basisparagrafen 2) EU-Paragrafen 3) VS-Paragrafen	1) Allgemeine Bestimmungen und Kommunikation 2) Vergabeverfahren 3) Besondere Vorschriften für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen 4) Besondere Vorschriften für die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Leistungen und von Straßenfahrzeugen 5) Planungswettbewerbe 6) Besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen 7) Übergangs- und Schlussbestimmungen
Besonderheiten	– Öffentlicher Submissionstermin, § 14 (zwingend), § 14 EU keine Bieteröffentlichkeit, aber Verpflichtung zur Mitteilung der Ergebnisse – Pflicht zur Nachforderung fehlender Erklärungen etc., § 16a EU – Grundsätzliches Verhandlungsverbot, § 15 EU Abs. 3	– Angebotsöffnung nicht öffentlich, § 55 – Nachforderung fehlender Unterlagen im Ermessen des AG, § 56 – Grundsätzliches Verhandlungsverbot

- 24 Die in der VOL/A-EG und VOF festgelegte Unterscheidung zwischen „**prioritären**“ (Teil A) und „**nicht prioritären**“ (Teil B) Dienstleistungen (in deren jeweils eigenen Abschnitt 1) ist nach Übernahme der Regelungsinhalte in die VgV nicht mehr vorgesehen.²¹ Stattdessen gelten für soziale und andere besondere Dienstleistungen (§§ 64 ff. VgV) nunmehr spezielle Regelungen (insbesondere die freie Verfahrenswahl)²² und insbesondere ein Schwellenwert von EUR 750.000,- (zzgl. USt.). Die sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen sind in Anhang 14 der Richtlinie 2014/24/EU aufgezählt.

25 Praxishinweis

Für die Arbeit des Facility Managers relevant sind insb. folgende soziale und andere besondere Dienstleistungen:

- 79950000-8 [Veranstaltung von Ausstellungen, Messen und Kongressen]
- 79951000-5 [Veranstaltung von Seminaren]

21 Zur Differenzierung nach der alten Rechtslage vgl. Anhang I Teil B zur VOL/A, Anhang II Teil B zur VKR (Richtlinie 2004/18/EG).

22 Von der freien Verfahrenswahl ist lediglich das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ausgenommen (§ 65 Abs. 1 S. 2 VgV).

- 79952000-2 [Event-Organisation]
- 79952100-3 [Organisation von Kulturveranstaltungen],
- 79953000-9 [Organisation von Festivals]
- 79954000-6 [Organisation von Parties]
- 79956000-0 [Organisation von Messen und Ausstellungen, Veranstaltung von Ausstellungen, Messen und Kongressen]
- 55510000-8 Dienstleistungen von Kantinen
- 55511000-5 Dienstleistungen von Kantinen und anderen nicht öffentlichen Cafeterias,
- 55512000-2 Betrieb von Kantinen,
- 79700000-1 bis 79721000-4 [insb. Dienstleistungen von Sicherheitsdiensten, Überwachung von Alarmanlagen, Bewachungsdienste, Ermittlungsdienste und Dienstleistungen von Detekteien]
- 64000000-6 [Post- und Fernmeldedienste]
- 64100000-7 [Post- und Kurierdienste]
- 64110000-0 [Postdienste]
- 64111000-7 [Postdienste im Zusammenhang mit Zeitungen und Zeitschriften],
- 64112000-4 [Briefpostdienste]
- 64113000-1 [Paketpostdienste]
- 64114000-8 [Post-Schalterdienste]
- 64115000-5 [Vermietung von Postfächern]
- 64116000-2 [Dienste im Zusammenhang mit postlagernden Sendungen]
- 64122000-7 [Interne Bürobotendienste]

1.1.1.7 Landesrecht

Zu beachten sind insb. die haushaltsrechtlichen Regelungen und Vergabegesetze der Länder. § 55 der jeweiligen Landeshaushaltsordnung etwa schreibt eine öffentliche Ausschreibung von Verträgen über Lieferungen und Leistungen vor, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Absatz 2 der Vorschrift enthält dann tlw. einen unmittelbaren Verweis auf den ersten Abschnitt der VOB/A und die UVgO. 26

Nahezu alle Länder haben außerdem mittlerweile **Landesvergabegesetze**²³ erlassen, die 27

- bei **Erreichen der Schwellenwerte** ergänzend zu den höherrangigen Regelungen gelten und
- **unterhalb der Schwellenwerte** öffentliche Auftraggeber zur Anwendung des Vergaberechts verpflichten können.

Landesvergabegesetze regeln typischerweise Folgendes: 28

- Vorinformationspflicht und erweiterter Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte (inkl. Zuständigkeit der Vergabekammern)²⁴

²³ Die exakte Bezeichnung der Landesvergabegesetze ist von Land zu Land unterschiedlich.

²⁴ Erweiterten Primärrechtsschutz auch unterhalb der Schwellenwerte sehen etwa die Landesvergabegesetze von Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen vor.

- Tariftreue,
- Mindestlöhne,
- Aufklärung von ungewöhnlich niedrigen Preisen,
- Umweltverträgliche Beschaffung,
- Verbot von Kinderarbeit,
- Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen,
- Maßnahmen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf,
- Maßnahmen zur eigenen Durchsetzung, insb.
 - Vertragsstrafen und
 - Kündigungsrechte

1.1.2 Auftraggeber, § 98 GWB

- 29 § 98 GWB legt die Gruppe der Auftraggeber abschließend fest: öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB, Sektorenauftraggeber (§ 100 GWB) und Konzessionsgeber (§ 101 GWB). Der Begriff ist **funktional** und nicht institutionell definiert,²⁵ richtet sich also nach den wahrgenommenen Aufgaben und nicht nach der Rechtsform der handelnden Stelle.
- 30 Öffentlicher Auftraggeber ist nur, wer bei **objektiver Betrachtung** die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt. Ein **Irrtum** über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Voraussetzungen ist somit nicht maßgeblich. Unterwirft sich eine Stelle jedoch den vergaberechtlichen Regeln (etwa durch ausdrückliche Erklärung und Bekanntmachung des Auftrags), ohne ihnen tatsächlich zu unterfallen, kann hierdurch auf Seiten der Bieter ein Vertrauenstatbestand geschaffen werden.

31 Praxishinweis

Die (objektiv nicht gebotene) **freiwillige Unterwerfung** unter das Vergaberecht (ohne Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale) führt nicht dazu, dass bspw. die Nachprüfungsorgane (vgl. § 155 ff. GWB) zuständig sind. Eine insofern fehlerhafte Angabe kann allerdings einstweilige Verfügungen und **Schadensersatzansprüche** gg. den Auftraggeber, insb. wegen der Prozesskosten, begründen²⁶. Erklärt ein Auftraggeber, seine Beschaffung nach den Vorgaben der VOB/A durchzuführen, beachtet diese aber tatsächlich nicht, begründet dies einen Verstoß gegen die Regelungen ggfs. einen Anspruch auf entgangenen Gewinn (positives Interesse)²⁷.

Das GWB definiert die folgenden Kategorien öffentlicher Auftraggeber:

25 Otting, in Bechtold, GWB, § 98 Rdn. 2.

26 OLG Schleswig, Beschl. v. 08.01.2013 – 1 W 51/12.

27 Vgl. BGH, Urt. v. 21.02.2006 – X ZR 39/03.

1.1.2.1 Gebietskörperschaften, § 99 Nr. 1 GWB

Klassische öffentliche Auftraggeber sind die Gebietskörperschaften (Bund, Länder und Gemeinden). § 99 Nr. 1 GWB erfasst daneben auch das Sondervermögen von Gebietskörperschaften, d.h. in deren Eigentum stehende **Vermögenssteile ohne Rechtsfähigkeit**, etwa Eigenbetriebe (z.B. Bau- und Liegenschaftsbetriebe) und damit eine Vielzahl potentieller Auftraggeber für Facility Management-Leistungen. 32

1.1.2.2 Staatsnahe Auftraggeber, § 99 Nr. 2 GWB (funktionale Auftraggeber)

Nach § 99 Nr. 2 GWB handelt es sich bei einer Stelle um einen öffentlichen Auftraggeber, wenn sie die drei folgenden Merkmale erfüllt: 33

- (1) juristische Person des öffentlichen oder des Privatrechts,
- (2) Gründung zu dem besonderen Zweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen und
- (3) besondere Staatsnähe

Die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben ist ein nicht definiertes und nach einhelliger Auffassung weit auszulegendes Tatbestandsmerkmal. Nach der Rechtsprechung liegt eine Aufgabe im Allgemeininteresse, wenn sie hoheitliche Befugnisse oder die Wahrnehmung der Belange des Staates und damit letztlich Aufgaben betrifft, die der Staat selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss auf ihre Erbringung behalten will.²⁸ 34

Praxishinweis

35

Relevante Auftraggeber im Bereich des Facility Management können etwa sein:

- Öffentliche Wohnungsbauunternehmen²⁹
- Universitäten
- Fachhochschulen
- Studierendenwerke
- Öffentliche Rundfunkanstalten
- Messen
- BVA
- Gesetzliche Krankenkassen

Die Bestimmung erfasst auch Unternehmen, deren Gründungszweck nicht die Wahrnehmung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art war, die solche Aufgaben durch nachträgliche Zweckbestimmungsänderung aber nunmehr wahrnehmen.³⁰ Die bloße Änderung der Satzung reicht allerdings nicht aus, um die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber entfallen zu lassen.³¹

²⁸ Vgl. etwa VK Westfalen, Beschl. v. 28.10.2016 – VK 1-33/16; VK Brandenburg, Beschl. v. 27.07.2015 – VK 12/15.

²⁹ Vgl. zuletzt VK Brandenburg, Beschl. v. 25.08.2016 – VK 13/16.

³⁰ EuGH, Urt. v. 12.12.2002 – Rs. C-470/99 „Universale-Bau“.

³¹ VK Brandenburg, Beschl. v. 27.07.2015 – VK 12/15.

Die juristischen Personen müssen außerdem **nichtgewerblich tätig** sein. Abgrenzungskriterien sind etwa eine Gewinnerzielungsabsicht, eine Tätigkeit unter marktüblichen Bedingungen sowie die Einstandspflicht für finanzielle Risiken.

Die **besondere Staatsnähe** kann durch überwiegende Finanzierung, durch gesellschaftliche Beteiligung oder auf andere Weise (z.B. Gewährträgerhaftung) oder alternativ durch eine Aufsicht über die Leitung des Unternehmens hergestellt sein.³²

1.1.2.3 Verbände, § 99 Nr. 3 GWB

- 36 § 99 Nr. 3 GWB ist ein **Auffangtatbestand** und erfasst Verbände, deren Mitglieder selbst als öffentliche Auftraggeber unter Nummer 1 oder Nummer 2 fallen. Dabei ist unerheblich, wie viele der Verbandsmitglieder öffentliche Auftraggeber nach Nr. 1 oder 2 sind. Hierunter fallen bestimmte landesspezifische, kommunalrechtliche Verbandstypen, etwa die rheinland-pfälzischen Verbandsgemeinden oder die niedersächsischen Samtgemeinden, aber auch Kommunal- und Zweckverbände (etwa im Bereich der Müllentsorgung oder der Wasserversorgung und -aufbereitung).

1.1.2.4 Auftraggeber aufgrund überwiegender Finanzierung, § 99 Nr. 4 GWB

- 37 Öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB ist, wer
- als natürliche oder juristische Person des Privatrechts oder juristische Person des öffentlichen Rechts
 - folgende Arten von Bauaufträgen und damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Auslobungsverfahren ausführt
 - Tiefbaumaßnahmen
 - für die Errichtung von
 - Krankenhäusern,
 - Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-,
 - Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden
 - wenn öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 bis 3 GWB diese Vorhaben mit mehr als 50 % subventionieren.

Diese Fallgruppe kann aufgrund der von § 99 Nr. 4 GWB benannten Gebäudearten Ausschreibungspflichten nach sich ziehen, die aus der Perspektive eines Facility Management-Dienstleisters durchaus interessant sind.

1.1.2.5 Sektorenauftraggeber, § 100 GWB

- 38 Sektorenauftraggeber i.S.d. § 100 GWB sind
1. öffentliche Auftraggeber gem. § 99 Nummer 1 bis 3 GWB, die eine Sektorentätigkeit gem. § 102 GWB ausüben,
 2. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 GWB ausüben, wenn

32 In der Praxis ist die zeitnahe Einordnung oft schwierig und bedarf einer sorgfältigen Prüfung. Vgl. zum Beispiel einer gGmbH unter Fachaufsicht: VK Südbayern, Beschl. v. 04.09.2017 – Z3-3194-1-31-06/17.

- a) diese Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt wird, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, oder
- b) öffentliche Auftraggeber gem. § 99 Nr. 1 bis 3 GWB auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können.

Auch rein private Unternehmen können demnach öffentliche Auftraggeber sein, wenn sie in der Energie- und Trinkwasserversorgung sowie mit Verkehrsleistungen (sog. Sektoren) tätig sind.

Sektorentätigkeiten kommen in folgenden Bereichen in Betracht:

39

- Wasser
- Elektrizität
- Gas und Wärme
- Verkehrsleistungen
- Häfen und Flughäfen
- Förderung von Öl und Gas, Exploration oder Förderung von Kohle oder anderen festen Brennstoffen,

wobei einige dieser Tätigkeiten in Deutschland wegen eines ausreichenden Wettbewerbsniveaus durch die EU-Kommission in Übereinstimmung mit § 3 SektVO von der Ausschreibungspflicht freigestellt worden sind.

Zusätzliches Tatbestandsmerkmal ist, dass das Unternehmen entweder aufgrund von besonderen oder ausschließlichen, von einer zuständigen Behörde gewährten Rechten nicht dem (vollen) Wettbewerb ausgesetzt ist, etwa wenn zugunsten der entsprechenden Unternehmen Anschluss- und Benutzungszwänge für Verbraucher bestehen oder den Unternehmen Konzessionen erteilt wurden, oder dass ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 bis 3 einen beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen ausübt.

40

Die Beherrschung wird vermutet

41

- bei Mehrheitseigentum am gezeichneten Kapital,
- Mehrheit der Stimmrechte oder
- Bestellung von mehr als der Hälfte der Mitglieder der Leitungs- oder Aufsichtsorgane.

Praxishinweis

42

Facility Management relevante Auftraggeber im Sektorenbereich sind etwa:

- (staatlich beherrschte) Energiekonzerne
- Gesellschaften des öffentlichen (schienengebundenen) Personennahverkehrs
- Flughafenbetreiber

1.1.2.6 Konzessionsgeber, § 101 GWB

Das GWB regelt in Verbindung mit der Konzessionsvergabeverordnung (neben der Vergabe von Baukonzessionen) erstmals auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.

43

Konzessionsgeber im Sinne der Norm sind öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 bis 3 GWB, die eine Konzession vergeben, sowie Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1

Nr. 1 oder Nr. 2 GWB, die eine Sektorentätigkeit ausüben und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeit vergeben.

Der Begriff „Konzession“ ist in § 105 GWB legaldefiniert (vgl. Rdn. 65).

44 Praxishinweis

Die öffentlichen Auftraggeber nach § 99 GWB sind **grundsätzlich** zur Anwendung der VgV verpflichtet.

Eine **Ausnahme** von diesem Grundsatz gilt

- für Auftraggeber nach § 100 GWB, sog. Sektorenauftraggeber, die Aufträge mit Sektorenbezug vergeben und dabei die SektVO anzuwenden haben,
- für Konzessionsgeber nach § 101 GWB, die die KonzVgV anzuwenden haben,
- für Auftraggeber, die sensible Aufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit vergeben und deswegen die VSVgV anzuwenden haben.

Die korrekte Zuordnung ist wichtig, da je nach Verordnung unterschiedliche Regelungen anzuwenden sind.

1.1.3 Öffentlicher Auftrag, § 103 Abs. 1 GWB

- 45 Das Vergaberecht differenziert zwischen verschiedenen Arten öffentlicher Aufträge. Ähnlich wie bei den Kategorien der Auftraggeber ist insb. die richtige Zuordnung der Leistungen für die Festlegung des einschlägigen Vergaberegimes maßgeblich.

1.1.3.1 Definition „Öffentlicher Auftrag“

- 46 Ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB ist definiert als
- ein entgeltlicher Vertrag
 - zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen
 - über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

1.1.3.2 Vertrag

- 47 Grundlegende Voraussetzung für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags ist zunächst der Abschluss eines Vertrags. Ein Vertrag besteht aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen (Antrag und Annahme), die inhaltlich auf dieselbe Rechtsfolge gerichtet sind (bspw. Abschluss eines Wartungsvertrags).

Der Vertrag muss auf die entgeltliche **Beschaffung** einer Leistung durch den öffentlichen Auftraggeber gerichtet sein.

- 48 Daraus ergibt sich, dass insb. weder
- eine reine Schenkung noch
 - ein ausschließlich auf den Verkauf von Werten des Auftraggebers gerichteter Vertrag³³
- Verträge im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB sind.

³³ Vgl. EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – Rs. C-451/08.

Soweit nicht besondere zivilrechtliche Formvorschriften greifen,³⁴ ist die **Form** des Vertragsschlusses unerheblich³⁵. Irrelevant ist grundsätzlich auch, ob es sich um einen rein privatrechtlichen Vertrag oder um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt.

1.1.3.3 Entgeltlichkeit

Die Entgeltlichkeit kann in **jeder geldwerten Leistung** des Auftraggebers an den Auftragnehmer bestehen, die unmittelbares Gegenstück zu den vom Auftragnehmer erbrachten Leistungen ist. Gleichwohl wird diese Gegenleistung in der Praxis nahezu immer aus Geldzahlungen bestehen. 49

1.1.3.4 Unternehmen

Der Unternehmensbegriff ist **weit** zu verstehen. Er erfasst nicht nur die klassischen Personen- und Kapitalgesellschaften des Handels- und Gesellschaftsrechts, sondern alle natürlichen und juristischen Personen, die mit Gewinnerzielungsabsicht eine Leistung am Markt anbieten. 50

1.1.3.5 Lieferauftrag, § 103 Abs. 2 GWB

Lieferaufträge sind nach § 103 Abs. 2 GWB Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen. 51

Lieferaufträge im Sinne des § 103 Abs. 2 GWB sind EU-weit nach den Vorgaben der VgV auszuschreiben, soweit nicht die SektVO oder die VSVgV anzuwenden sind.

Praxishinweis

52

Leistungen des **Facility Managements** haben – vor allem bei Leistungen des technischen Gebäudemanagements – häufig auch eine Lieferkomponente, wenn bspw. Verbrauchs-, Instandhaltungs- und Instandsetzungsmittel vorzuhalten bzw. zeitnah zu beschaffen sind.

In der Praxis ist es üblich, diese Produkte unmittelbar von dem Unternehmen zu beziehen, das auch für die weitere Verwendung dieser Ersatz- und Verbrauchsmittel im Gebäude verantwortlich ist, allein schon, weil dieser Dienstleister in der Regel den besten Überblick über den tatsächlichen Bedarf und die für seine Leistungsausführung am besten geeigneten Produkte hat. Die vergaberechtliche Einbindung bietet sich im Wege einer Rahmenvereinbarung³⁶ an. Verpflichtend ist dies allerdings nicht. Ein Auftraggeber kann diese Produkte auch im Wege eines gesonderten Vergabeverfahrens beschaffen und dem Service-Dienstleister dann für die Leistungserbringung zur Verfügung stellen.

1.1.3.6 Bauauftrag, § 103 Abs. 3 GWB

Gem. § 103 Abs. 3 S. 1 GWB sind **Bauaufträge** Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung 53

34 Etwa bei Grundstücksgeschäften (vgl. § 311b Abs. 1 BGB) oder bei Unternehmenskaufverträgen (vgl. § 311b Abs. 2 und Abs. 3 BGB).

35 Vgl. für Bauverträge EuGH, Urt. v. 26.05.2011 – Rs. C-306/08.

36 Vgl. Rdn. 80 ff.

1. von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der Tätigkeiten, die in Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU und Anhang I der Richtlinie 2014/25/EU genannt sind, oder
2. eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll.

Nach S. 2 der Norm liegt ein Bauauftrag auch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.

54 Der EuGH³⁷ stellt folgende Anforderungen an einen Bauauftrag im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB:

- Abschluss eines schriftlichen Vertrags,
- dadurch Verpflichtung des Auftragnehmers zur Erbringung von Bauleistungen,
- unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Leistung,
- Abschluss des Vertrages entgeltlich oder in Form einer Baukonzession.

55 An den Begriff „**Bauleistungen**“ kann eine Annäherung über § 1 VOB/A vorgenommen werden, nach dem Bauleistungen „Arbeiten jeder Art sind, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird.“ Maßgeblich ist also,

- dass in die **Substanz des Gebäudes** eingegriffen wird und
- dass das Gebäude ohne die Vornahme der Bauleistungen nach seiner Zweckbestimmung als **noch nicht vollständig** anzusehen ist.³⁸

Bauaufträge im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB sind EU-weit nach den Vorgaben der VOB/A-EU auszuschreiben, soweit nicht die VgV, die SektVO oder die VOB/A-VS anzuwenden ist.

56 Praxishinweis

Als Bauaufträge gelten nicht nur Neubauleistungen, sondern auch bspw. **Umbauten, Sanierungs- und Modernisierungsmaßnahmen**. Auch – eigentlich wegen § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB vergabefreie – **Grundstücksgeschäfte** (Verkauf, Miete, Pacht etc.) über **noch nicht bestehende** Gebäude können Bauleistungselemente (sog. Bestellbauten) haben und deswegen ausschreibungspflichtig sein.

1.1.3.7 Dienstleistungsauftrag, § 103 Abs. 4 GWB

57 Der absolut überwiegende Anteil der **Facility Management-Verträge** ist vergaberechtlich als **Dienstleistungsauftrag** einzuordnen. Unter Dienstleistungsauftrag versteht das Vergaberecht einen Vertrag über die Erbringung von Leistungen, die nicht Liefer- oder Bauleistungen sind, § 103 Abs. 4 GWB. Die Abgrenzung erfolgt also ausschließlich negativ.

³⁷ EuGH, Urt. v. 26.05.2011 – Rs. C-306/08.

³⁸ Vgl. etwa VK Bandenburg, Beschl. v. 10.02.2012 – VK 01/12; OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.03.2012 – Verg W 2/12.

Ein sog. **typengemischter Vertrag**, der zugleich Liefer- und Dienstleistungselemente aufweist, ist als Dienstleistungsauftrag einzuordnen, wenn der Wert der Dienstleistungen den Wert der Lieferleistungen übersteigt, § 110 Abs. 2 GWB. Die Abgrenzung zwischen **Liefer- und Dienstleistungen** erfolgt also rein wertmäßig. 58

Diese Konstellation stellt bei Facility Management-Leistungen den Regelfall dar. Selbst wenn die Lieferung insbesondere von Ersatz- und Verbrauchsstoffen vom Vertrag erfasst ist, werden die in den Vertrag aufgenommenen Dienstleistungen (insbesondere Arbeitsleistungen) in der absolut überwiegenden Anzahl der Fälle sowohl wertmäßig als auch in Bezug auf den von den Vertragsparteien gewünschten „Leistungskern“ den Schwerpunkt des Auftrags darstellen.

Dienstleistungsaufträge im Sinne des § 103 Abs. 4 GWB sind regelmäßig EU-weit nach den Vorgaben der VgV auszuschreiben, soweit nicht die SektVO oder die VSVgV anzuwenden sind. 59

Für die Vergabe von Aufträgen des Facility Managements ist insb. relevant, dass mit der Reform 2016 die noch in der VOL/A-EG und der VOF aufgenommene Differenzierung zwischen „prioritären“ und „nicht prioritären“ Dienstleistungen (jeweilige Anhänge I) zugunsten des höheren Schwellenwerts für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen entfallen sind (vgl. Rdn. 24 f.). 60

1.1.3.8 Abgrenzung zwischen den Vertragsarten

Typischerweise umfassen Leistungen des Facility Management eine Vielzahl in unterschiedliche Vertragstypen einzuordnender Elemente. Ihre korrekte Einordnung ist wegen der Vielschichtigkeit der Leistung im Einzelfall zu prüfen und bereitet mitunter **erhebliche Schwierigkeiten**. Die saubere Einordnung ist aber dennoch notwendig, um das einschlägige Vergaberegime ermitteln zu können. 61

Praxishinweis

62

Die Abgrenzung der verschiedenen Auftragsarten ist insb. wegen der unterschiedlichen Schwellenwerte elementar.

Beispiel: Ein typengemischter Vertrag mit einer geschätzten Auftragssumme von EUR 2,5 Mio. (zzgl. USt.) ist EU-weit auszuschreiben, wenn es sich um einen **Liefer- oder Dienstleistungsvertrag** handelt (Schwellenwert: EUR 221.000,-). Handelt es sich hingegen um einen **Bauvertrag** (Schwellenwert: EUR 5,548 Mio.), kann er nach den für den Auftraggeber unterhalb der Schwellenwerte geltenden Vorschriften vergeben werden.³⁹

Bei der Abgrenzung zwischen Liefer-, Dienst- und Bauleistungen ist nach § 110 Abs. 1 S. 1 GWB der **Hauptgegenstand des Vertrages** maßgeblich. Die reinen Wertverhältnisse allein sind hier also anders als bei der reinen Abgrenzung von Liefer- und Dienstleistungen nicht ausschlaggebend. Sind Bauleistungen lediglich von untergeordneter Bedeutung und machen somit nicht den (Kern-)Inhalt des Vertrags aus, ist der Vertrag jedenfalls kein öf- 63

39 Vgl. hierzu Rdn. 4.

fentlicher Bauauftrag⁴⁰. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf rechtfertigt allein die Tatsache, dass der Instandsetzungsanteil eines Auftrages ca. 25 % beträgt, nicht die Annahme, dass die VOB/A Anwendung findet.⁴¹ Ebenso werden die übrigen gemischten Verträge (beispielsweise mit Bau- und Liefercharakteristika) einer Auftragsart zugeordnet.⁴²

Die Abgrenzung zwischen Bau- und Dienst- bzw. Lieferleistungen ist daher stets im **Einzelfall** zu prüfen.

64

Praxishinweis

Facility Management relevante Leistungen werden absolut überwiegend als Dienstleistungen eingestuft:

- **Betriebsführungsleistung** (VK Brandenburg, Beschl. v. 27.05.2009 –VK 21/09)
- **Entsorgungsdienste** (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.04.2003 –Verg 66/02)
- **Gebäudereinigung** (VK Bund, Beschl. v. 31.10.2016 – VK 1-90/16; OLG Koblenz, Beschl. v. 04.04.2012 – 1 Verg 2/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.01.2012 – VII-Verg 52/11)
- **Glasreinigung** (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.01.2012 – VII-Verg 52/11)
- **Grünpflegearbeiten** (3. VK Bund, Beschl. v. 29.03.2006 – Az.: 15/06)
- **Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen** (VK Berlin, Beschl. v. 26.04.2011 – VK B 2 – 3/11)
 - **Reine Instandhaltungsmaßnahmen** wie Reinigung, Pflege, Wartung oder die Beseitigung von Verschleißerscheinungen bzw. kleineren Schäden
 - **Reparatur**: je nach Eingriff in die Gebäudesubstanz
- **Komplett-Wäscheversorgung für Kliniken** (1. VK Sachsen, Beschl. v. 11.08.2006 –1/ SVK/073-06)
- **Lieferung und Montage einer Solaranlage** (BGH, Urt. v. 03.03.2004 –VIII ZR 76/03): abhängig von kostenmäßigem Anteil der Montage, **regelmäßig Lieferleistung**
- **Instandhaltung von Software** (VK Bund, Beschl. v. 10.03.2017 – VK 2-19/17; Beschl. v. 20.12.2016 – VK 1-122/16)
- **Versicherungsdienstleistungen** (BGH, Urt. v. 03.07.2008 –I ZR 145/05)
- **Wartung der Brandmeldeanlage und Auswechslung der Meldegeräte** (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.04.2010 –VII-Verg 60/09)

1.1.3.9 Dienstleistungskonzessionen

- 65 Der Begriff „Dienstleistungskonzessionen“ wird in § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB gesetzlich negativ abgegrenzt als entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen bestehen (Dienstleistungskonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.

40 EuGH, Urt. v. 26.05.2011 – Rs. C-306/08.

41 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.2006 – Verg 35/06.

42 Ziekow in: Ziekow/Völlink, § 99 Rdn. 226.

Relevanz entfalten Dienstleistungskonzessionen im Bereich des Facility Management beispielsweise bei dem Betrieb von Schwimmbädern oder Kantinen, wo sie eine interessante Alternative zu einem Dienstleistungsauftrag darstellen können.

Dienstleistungskonzessionen sind nach § 105 Abs. 2 GWB von Dienstleistungsaufträgen abzugrenzen. Anders als bei der Vergabe öffentlicher Aufträge geht bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks bzw. für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über. Dies ist der Fall, wenn

1. unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und
2. der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein.

Praxishinweis

67

Mögliche wirtschaftliche Vorteile des Auftraggebers bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession sind:

- Wirtschaftliches Risiko (Betriebsrisiko) liegt beim Konzessionär⁴³
- Keine Belastung des Haushalts
- Einnahmen aus Verwertungen/Einsparungen möglich
- Konzessionär hat regelmäßig eigenes Interesse an hoher Qualität der Leistungsausführung

Die zutreffende Einordnung einer Beschaffung als Dienstleistungsauftrag oder Dienstleistungskonzession ist insb. wegen der unterschiedlichen Schwellenwerte wichtig:

Der Schwellenwert, ab dessen Erreichen eine Beschaffung EU-weit auszuschreiben ist, beträgt:

- EUR 221.000,- bei Dienstleistungsaufträgen (Vergabe nach den Vorschriften der VgV) und
- EUR 5,548 Mio. bei Dienstleistungskonzessionen (Vergabe nach den Vorschriften der KonzVgV)

Ist ein öffentliche Auftraggeber bspw. zu Unrecht der Auffassung, er könne eine Dienstleistung (geschätzter Auftragswert EUR 1,5 Mio. (netto)) als Konzession vergeben, ist der geschlossene Vertrag in den zeitlichen Grenzen des § 135 Abs. 2 GWB angreifbar und kann von einem Nachprüfungsorgan auf Antrag als von Anfang an (ex tunc) unwirksam erklärt werden.

Der Auftraggeber ist grundsätzlich frei in der Wahl, ob er einen Bedarf in Form einer Dienstleistungskonzession oder eines Dienstleistungsauftrages deckt.⁴⁴ Die Grenzen der

⁴³ „Auftragnehmer“ der Konzession.

⁴⁴ OLG Dresden, Beschl. v. 08.10.2009 – Verg 5/09; OLG Jena, Beschl. v. 11.12.2009 – 9 Verg 2/08.

Wahlfreiheit sind allerdings bspw. dann erreicht, wenn die Vergabe einer Dienstleistungskonzession rechtlich unzulässig ist.⁴⁵

- 71 Die **Nachprüfungsinstanzen** sind für die Überprüfung der „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen **zuständig**, da der Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB eröffnet ist, § 155 GWB. Die Nachprüfungsinstanzen können demnach sowohl prüfen,
- ob tatsächlich eine Dienstleistungskonzession vorliegt oder ob die Vertragsgestaltung rechtlich unzulässig ist, der Auftraggeber also das Vergaberecht unzulässiger Weise umgehen wollte⁴⁶, als auch
 - ob der Auftraggeber die Vorschriften der KonzVgV einhält.
- 72 Die KonzVgV ist ausschließlich für Beschaffungen ab Erreichen der Schwellenwerte anwendbar, § 1 KonzVgV i. V. m. § 106 GWB. Unterhalb der Schwellenwerte regeln weder die UVgO noch – soweit ersichtlich – die Landesgesetze die Beschaffung von Dienstleistungskonzessionen. Soweit Zuwendungs- bzw. Beihilfebescheide oder Vergabeordnungen der Auftraggeber keine speziellen Regelungen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen aufstellen, sollte die Beschaffung – insb. bei binnenmarktrelevanten Dienstleistungskonzessionen – aber auch unterhalb der Schwellenwerte jedenfalls in einem transparenten und dokumentierten Verfahren ablaufen. Öffentliche Auftraggeber sind nämlich auch bei der „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen nicht völlig frei, sondern müssen – jedenfalls soweit die Konzessionen von grenzüberschreitendem Interesse sind (sog. Binnenmarktrelevanz)⁴⁷ – die vergaberechtlichen Grundprinzipien beachten.

Praxishinweis

Gestaltung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen unterhalb der Schwellenwerte (bei Binnenmarktrelevanz):

- **Veröffentlichung einer hinreichend zugänglichen Bekanntmachung vor Vergabe**
 - **Ziel:** Vergabe auf der Grundlage echten Wettbewerbs
 - **Faustformel:** Je interessanter der Auftrag für potentielle Bieter aus anderen Mitgliedsstaaten ist, desto weiter sollte er (dort!) bekannt gemacht werden.
 - **Bekanntmachungsmedien z.B.:**
 - Website des Auftraggebers, Bekanntmachungsportale im Internet, Amtsblatt der EU/TED-Datenbank (nicht obligatorisch, aber freiwillig ratsam), nationale Amtsblätter,

45 Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.10.2011 – Verg 51/11.

46 Vgl. hierzu vor allem BGH, Beschl. v. 18.06.2012 – X ZB 9/11; 23.01.2012 – X ZB 5/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.10.2011 – Verg 51/11; OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.01.2012 – Verg W 19/11.

47 OLG Celle, Beschl. v. 23.02.2016 – 13 U 148/15. Der Begriff „Binnenmarktrelevanz“ ist nicht gesetzlich definiert. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 30.08.2011 – X ZR 55/10) ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, eine Prognose darüber anzustellen, ob der Auftrag nach den konkreten Marktverhältnissen, d. h. mit Blick auf die angesprochenen Branchenkreise und ihre Bereitschaft, Aufträge ggf. in Anbetracht ihres Volumens und des Ortes der Auftragsdurchführung auch grenzüberschreitend auszuführen, für ausländische Anbieter interessant sein wird. Die Auffassungen darüber, wann der Tatbestand erfüllt ist, gehen weit auseinander: Grenzüberschreitendes Interesse muss eindeutig sein (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.03.2012 – Verg 78/11); jedenfalls ab Erreichen der Schwellenwerte (VK Lüneburg, Beschl. v. 01.02.2011 – VgK-75/2010).

Ausschreibungsblätter, regionale oder überregionale Zeitungen und Fachpublikationen, lokale Medien (jeweils (auch) in dem anderen Mitgliedstaat, in dem von einem potentiellen Interesse dort ansässiger Unternehmen auszugehen ist).

– **Inhalte:**

- Zusatz: „Es handelt sich um eine Dienstleistungskonzession, die nicht den Vorschriften des GWB-Vergaberechts bzw. der EU-Vergaberichtlinien unterliegt.“
- „Die Bekanntgabe erfolgt ausschließlich zur Herstellung der Transparenz.“
- Kurzbeschreibung der wesentlichen Punkte inkl. Aufforderung zur Kontaktierung des Auftraggebers
- Kennzeichnung als „freiwillige Bekanntmachung“
- Bekanntmachung der maßgeblichen Zuschlagskriterien
- Bei sämtlichen Auftragsvergaben darf der Zuschlag nur anhand zuvor bekannt gegebener und eindeutig formulierter Kriterien ergehen.
- Es besteht **keine Bindung an bestimmte Vergabeverfahrenstypen**. Daher ist auch die **Kombination** verschiedener Verfahrenstypen möglich.

• **Vorgaben für die Auswahl des Konzessionärs:**

– **Eignung:**

- Sachlicher Zusammenhang mit dem Gegenstand der Konzession
- Keine überzogenen Anforderungen
- Kein Maßschneiden auf einen bestimmten Konzessionär

– **Wertung:**

- Schwerpunkt auf qualitative Aspekte, da regelmäßig kein Angebotspreis.
- **Ausnahme etwa:** Die Festlegung von Höchstpreisen bei der Vergabe von Konzessionen für den Betrieb von Kantinen, Schwimmbädern etc.

• **Entscheidung über Auftragsvergabe:**

- Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung, Entscheidung aufgrund der bekanntgegebenen Kriterien

Eine für das Facility Management besonders relevante Abwandlung des Konzepts der Dienstleistungskonzession sind die sogenannten „**Public Private Partnerships**“. Dabei schließen sich im Regelfall ein öffentlicher Auftraggeber und ein privates Unternehmen zu einer gemeinsamen Gesellschaft zusammen, an die in der Folge eine Konzession oder ein Auftrag vergeben wird. Sowohl die Wahl des privaten Beteiligten als auch die Vergabe an die gemeinsame Gesellschaft unterliegt den Grundsätzen des Vergaberechts. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Partner in einem gemeinsamen Verfahren gesucht wird, wenn bei der Auswahl des Projektpartners also auch der Leistungsumfang des späteren Vertrages benannt wird, da in diesem Fall das wirtschaftliche Interesse potentieller Vertragspartner gewahrt bleibt. In der Praxis wird zur Verfahrenserleichterung in aller Regel auf diese Möglichkeit zurückgegriffen.

73

Im Rahmen des **Facility Management** ist eine Ausgestaltung der Vertragsbeziehung zwischen Auftraggeber und Unternehmen als Dienstleistungskonzession schwerpunktmäßig bei PPP-Projekten denkbar. Zwar werden diese oft in Form von Betreibermodellen realisiert, bei denen eine Übertragung des wirtschaftlichen Risikos gerade nicht stattfindet. Das Anlagenmanagement kann jedoch auch im Konzessionsmodell verwirklicht werden. Dies kommt etwa in Betracht, wenn ein öffentlicher Auftraggeber dem Vertragspartner den Betrieb und die Vermietung eines Gebäudes überträgt und der Vertragspartner seinen

74

Gewinn aus dem Mietzins oder Verbrauchsreduzierungen erzielt, wobei er selbst für die Vermietung an Dritte verantwortlich ist.

1.1.3.10 Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit

a) In-House-Geschäfte, § 108 GWB

- 75 „In-House-Geschäfte“ sind keine vergaberechtlich relevanten Vorgänge, da der öffentliche Auftraggeber eine Leistung im Ergebnis mit eigenen (innerorganisatorischen) Mitteln erledigt.
- 76 So genannten In-House-Geschäfte sind vergaberechtlich nicht relevant, wenn
1. der öffentliche Auftraggeber über die (zu beauftragende) juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,
 2. mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und
 3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.
- 77 Die Voraussetzungen eines In-House-Geschäfts sind sorgfältig zu prüfen, da der öffentliche Auftraggeber bei einer Fehleinschätzung wegen § 135 GWB das Risiko der Unwirksamkeit des Vertrags trägt.
- 78 Inhouse-fähig sind auch Geschäfte zwischen:
- Auftraggeber und Enkelunternehmen, § 108 Abs. 2 S. 2 GWB
 - Tochter und Auftraggeber (sog. „inverse“ Inhouse-Vergaben), 108 Abs. 3 S. 1, Alt. 1 GWB
 - Tochter an Tochter („Horizontale“ Inhouse-Vergabe), § 108 Abs. 3 S. 1, Alt. 2 GWB
 - Vergabe durch Auftraggeber an gemeinsame Tochter mit anderem öfftl. Auftraggeber, § 108 Abs. 4 GWB

b) „Nicht verwandte“ öffentliche Auftraggeber, § 108 Abs. 6 GWB

- 79 Vergaberechtlich nicht relevant sind nach § 108 Abs. 6 GWB ferner Verträge, die zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern (die sich nicht notwendigerweise gegenseitig kontrollieren) geschlossen werden, wenn
1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,
 2. die Durchführung der Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und
 3. die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch diese Zusammenarbeit erfasst sind.

1.1.3.11 Rahmenvereinbarungen, § 21 VgV

Rahmenvereinbarungen sind gerade im Bereich des Facility Management und generell der gebäudenahen Dienstleistungen eine interessante Möglichkeit der flexiblen **Vertragsgestaltung**. Hat ein Auftraggeber beispielsweise keine hinreichend großen Lagerflächen für Streusalz, Verschleißmittel, sonstige Ersatzteile etc. oder kann er den Umfang einer benötigten Leistung zwar ungefähr, aber nicht so genau schätzen, dass er sie eindeutig und erschöpfend beschreiben kann, sollte er die Vergabe der Leistung als Rahmenvereinbarung in Erwägung ziehen. Diese Möglichkeit darf allerdings nicht missbräuchlich oder in einer Art angewendet werden, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht, § 21 Abs. 1 S. 3 VgV.⁴⁸

Der Auftraggeber bindet mit anderen Worten ein oder mehrere Unternehmen, bei dem/denen er über einen definierten Zeitraum eine möglichst genau beschriebene Leistung **je nach Bedarf** abrufen kann. Die vergaberechtliche Rahmenvereinbarung selbst ist noch kein öffentlicher Auftrag, sondern ein Instrument der Sammelbeschaffung bzw. der Bündelung einer (unbestimmten) Vielzahl von öffentlichen (Einzel-)Aufträgen.⁴⁹

Rahmenvereinbarungen sind ferner **keine eigenständige Vergabeart**, sondern eine besondere **Vertragsart**, § 21 Abs. 1 S. 1 VgV. Die Wahl der Vertragsform „Rahmenvereinbarung“ ist in der Dokumentation⁵⁰ zu begründen.

Im Wege von Rahmenvereinbarungen können Aufträge

- eines oder mehrere Auftraggeber an ein oder mehrere Unternehmen vergeben werden,
- um die Bedingungen für Einzelaufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere über den in Aussicht genommenen Preis.

Der Auftraggeber ist verpflichtet, das anstehende **Auftragsvolumen** so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben, nicht jedoch abschließend festzulegen, § 21 Abs. 1 S. 2 VgV.⁵¹

Nach der Vorgängerregelung des § 4 EG VOL/A durften Auftraggeber für dieselbe Leistung nicht mehrere Rahmenvereinbarungen abschließen. Diese Sperrwirkung ist in § 21 VgV nicht mehr festgelegt. Wegen des vergaberechtlichen Transparenzgrundsatzes und wegen der deutlichen Erschwernis für Bieter, ihre Angebote bei Doppelvergaben belastbar zu kalkulieren, wird nach wie vor von einem Verbot der Doppelvergabe konkurrierender Rahmenvereinbarungen auszugehen sein.⁵² Auf die saubere Abgrenzung an Schnittstellen ist daher auch bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen nach der VgV zu achten.

Bezugsberechtigt aus einer Rahmenvereinbarung sind ausschließlich die Auftraggeber, die ihren voraussichtlichen Bedarf für das Vergabeverfahren gemeldet haben und in der Bekanntmachung benannt waren.

48 Sehr genau zu prüfen ist daher etwa die Gefahr der Bildung eines Nachfragekartells für den Fall der Beteiligung mehrerer Auftraggeber an einer Rahmenvereinbarung, vgl. etwa VK Bund, Beschl. v. 21.09.2016 – VK 2-87/16; Beschl. v. 27.07.2016 – VK 2-63/16.

49 Vgl. EuGH, Urt. v. 02.06.2016 – Rs. C-410/14; VK Bund, Beschl. v. 12.08.2016 – VK 1-42/15.

50 Vgl. Rdn. 341 ff.

51 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.03.2012 – VII-Verg 90/11.

52 Vgl. auch Franke/Kaiser in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens, VOB-Kommentar, 6. Auflage, § 4a VOB/A, Rdn. 14.

82 Die VgV sieht **zwei Varianten** von Rahmenvereinbarungen vor:

- Rahmenvereinbarung **mit einem Unternehmen**, § 21 Abs. 3 VgV
 - Die Rahmenvereinbarung war zuvor dem Wettbewerb unterstellt. Der Auftraggeber kann daher auf den Rahmenvertragspartner zugehen und die Leistung beziehen, **ohne ein erneutes Vergabeverfahren durchführen zu müssen**. Vervollständigungen des Angebots auf schriftliche Aufforderung des Auftraggebers sind nur in dem erforderlichen Umfang zulässig.
- Rahmenvereinbarung **mit mehreren**⁵³ **Unternehmen**, § 21 Abs. 4 VgV
 1. **Vergabe des (Einzel-)Auftrags ohne erneutes Vergabeverfahren gemäß den Bedingungen der Rahmenvereinbarung**
wenn in der Rahmenvereinbarung alle Bedingungen für die Erbringung der Leistung sowie die objektiven Bedingungen für die Auswahl der Unternehmen festgelegt sind, die sie als Partei der Rahmenvereinbarung ausführen werden; die letztgenannten Bedingungen sind in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen für die Rahmenvereinbarung zu nennen;
 2. **Vergabe des (Einzel-)Auftrags teilweise ohne erneutes Vergabeverfahren und teilweise mit erneutem Vergabeverfahren zwischen den Unternehmen**
wenn in der Rahmenvereinbarung alle Bedingungen für die Erbringung der Leistung festgelegt sind, die Partei der Rahmenvereinbarung sind, gemäß Nummer 3, wenn diese Möglichkeit in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen für die Rahmenvereinbarung durch die öffentlichen Auftraggeber festgelegt ist; die Entscheidung, ob bestimmte Liefer- oder Dienstleistungen nach erneutem Vergabeverfahren oder direkt entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung beschafft werden sollen, wird nach objektiven Kriterien getroffen, die in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen für die Rahmenvereinbarung festgelegt sind; in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ist außerdem festzulegen, welche Bedingungen einem erneuten Vergabeverfahren unterliegen können; diese Möglichkeiten gelten auch für jedes Los einer Rahmenvereinbarung, für das alle Bedingungen für die Erbringung der Leistung in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind, ungeachtet dessen, ob alle Bedingungen für die Erbringung einer Leistung für andere Lose festgelegt wurden; oder
 3. **Vergabe des (Einzel-)Auftrags mittels eines erneuten Vergabeverfahrens**
zwischen den Unternehmen die Parteien der Rahmenvereinbarung sind, sofern nicht alle Bedingungen zur Erbringung der Leistung in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind

Öffentliche Auftraggeber können Rahmenvereinbarungen je Los mit mehreren Unternehmen abschließen.⁵⁴

53 Die noch in § 4 EG Abs. 4 VOL/A enthaltene Festlegung, dass mindestens drei Unternehmen beteiligt werden müssen, führt § 21 VgV nicht fort.

54 VK Bund, Beschl. v. 12.07.2016 – VK 2-49/16.

Die **Laufzeit** einer Rahmenvereinbarung darf **vier Jahre** nicht überschreiten⁵⁵, soweit nicht der Auftragsgegenstand oder andere besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen, § 21 Abs. 6 VgV.⁵⁶ Die Begründung für eine längere Laufzeit ist zu dokumentieren.⁵⁷ 83

1.1.4 Schwellenwerte, § 3 VgV

Die **Schwellenwerte** haben im vergaberechtlichen Rechtssystem immense Bedeutung, da von ihrem Erreichen abhängig ist, welche vergaberechtlichen Regelwerke anzuwendenden sind. Erreicht der **geschätzte Auftragswert** (netto) den jeweils maßgeblichen Schwellenwert, sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, öffentliche Aufträge EU-weit auszuschreiben. Unterhalb der Schwellenwerte wenden Auftraggeber das Vergaberecht lediglich in dem Umfang an, an den sie aufgrund der sie betreffenden Regelungen gebunden sind.⁵⁸ 84

Die Schwellenwerte werden durch **EU-Verordnung**⁵⁹ festgelegt und in § 106 GWB aufgegriffen. Ihre Höhe wird gem. Art. 6 Richtlinie 2014/24/EU alle **zwei Jahre** durch die Europäische Kommission überprüft und, soweit erforderlich, angepasst. Die letzte Überprüfung fand im Jahr 2017 statt und führte zu einer Anhebung der Schwellenwerte zum 01.01.2018. Die nächste Überprüfung findet daher 2019 mit Wirkung zum 01.01.2020 statt. 85

Derzeit (2018) gelten folgende Schwellenwerte: 86

	Bauleistungen	Dienst- und Lieferleistungen
VgV	EUR 5,548 Mio.	EUR 221.000,– (EUR 144.000,– bei Obersten (z.B. Bundespräsidialamt, Bundeskanzleramt, Bundesrechnungshof, Bundesministerien) und Oberen (z.B. Bundespolizeipräsidium, Deutscher Wetterdienst) Bundesbehörden) EUR 750.000,– (Soziale und andere besondere Dienstleistungen nach Art. 74 der RL 2014/24/EU)
SektVO/VS VgV	EUR 5,548 Mio.	EUR 443.000,–
KonzVgV	EUR 5,548 Mio.	EUR 5,548 Mio.

55 Gesetzlich geregelte Ausnahmen gelten für soziale und andere besonderer Dienstleistungen, bei denen Rahmenvereinbarungen ohne besondere Rechtfertigung über 6 Jahre abgeschlossen werden dürfen, § 65 Abs. 2 VgV. Im Sektorenbereich dürfen Rahmenvereinbarungen ohne gesonderte Begründung sogar für 8 Jahre abgeschlossen werden, vgl. § 19 Abs. 3 SektVO.

56 Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.04.2012 – Verg 95/11.

57 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.04.2012 – VII-Verg 95/11.

58 Vgl. Rdn. 4 ff.

59 Zuletzt Verordnungen vom 18.12.2017 (EU) 2017/2366 zur Änderung der Richtlinie 2014/23/EU (Konzessionsvergaberichtlinie), delegierte Verordnung (EU) 2017/2365 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU (Allgemeine Vergaberichtlinie) und delegierte Verordnung (EU) 2017/2364 zur Änderung der Richtlinie 2014/25/EU (Sektorenvergaberichtlinie) des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren.

87 Bei der **Schätzung des Auftragswertes** gilt Folgendes (vgl. § 3 VgV):

- Grundlage:
 - **Gesamtwert** (netto⁶⁰), der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist, einschließlich
 - aller Optionen
 - aller Lose⁶¹
 - etwaiger Verlängerungen des Vertrags
 - aller Teile eines Vertrages – auch Finanzierungsleistungen und Optionen für Wartungsangebote
 - **Achtung:** Bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mit unbestimmter Laufzeit oder mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten, für die kein Gesamtpreis angegeben wird, ist der **48-fache Monatswert** maßgeblich.
- **Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Schätzung: **Absendung der Bekanntmachung** oder, falls eine solche Bekanntmachung nicht erforderlich ist, der **Einleitung des Vergabeverfahrens**.⁶²
- Keine Schätzung in der **Absicht**, den Auftrag dem Anwendungsbereich des Vergaberechts zu entziehen.
- Besonderheit bei Lieferleistungen: Bei Lieferaufträgen ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zu Grunde zu legen, wenn ein Vorhaben zum Zweck des Erwerbs gleichartiger Leistungen zu einem Auftrag führen kann. Dabei sind unter gleichartigen Lieferungen im Zusammenhang mit der Auftragswertschätzung Lieferleistungen zu verstehen, die für gleichartige Verwendungszwecke vorgesehen sind.⁶³

88

Praxishinweis

Sonderfall: Auftragswertberechnung bei losweiser Vergabe (§ 3 Abs. 9 VgV):

Leistungen des Facility Managements sind – insb. bei Beschaffungsmaßnahmen für das technische Gebäudemanagement – regelmäßig in **Lose** (Teilaufträge) aufzuteilen. Der öffentliche Auftraggeber hat dann die Möglichkeit, max. 20 % der Gesamtleistung (**sog. 20 %-Kontingent**) nach den für ihn unterhalb der Schwellenwerte geltenden Regelungen zu vergeben. Dabei darf der geschätzte Auftragswert der einzelnen Lose, für die diese Ausnahmeregelung in Anspruch genommen wird, **EUR 80.000,- (Liefer- und Dienstleistungen) bzw. EUR 1 Mio. (Bauleistungen)** nicht erreichen.

60 Die Umsatzsteuer bleibt unberücksichtigt, da sie in den EU-Mitgliedstaaten unterschiedlich hoch ist und einheitliche Schwellenwerte sichergestellt werden müssen.

61 Vgl. Rdn. 186 ff.

62 Erster Marktkontakt des öffentlichen Auftraggebers mit konkreter Beschaffungsabsicht.

63 Gleichartigkeit in Rechtsprechung anerkannt: spezielles Tischsystem mit modularen Gerätesystemen (Los 1), das mit einem Lernsystem (Los 2) kompatibel sein musste und dessen Nutzung damit erst erlaubte (VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 29.01.2015 – 1 VK 59/14).

Beispiel (Dienstleistung):

Los 1: Elektrotechnik:	EUR 300.000,–
Los 2: Aufzugswartung:	EUR 75.000,–
Los 3: Sicherheitstechnik:	EUR 50.000,–
Los 4: Küchentechnik:	EUR 110.000,–
GESAMT:	EUR 535.000,– (× 20 %) = EUR 107.000,–

Der Auftraggeber darf **entweder** das Los 2 oder das Los 3 nach den für ihn unterhalb der Schwellenwerte geltenden Regelungen vergeben. Welche Lose in das Kontingent fallen, muss der öffentliche Auftraggeber bei Beginn des Vergabeverfahrens abschließend festlegen.

1.1.5 Vergabearten

Im Oberschwellenbereich definiert § 119 Abs. 1 GWB, § 14 Abs. 1 VgV⁶⁴ abschließend **fünf Vergabearten**, unter denen ein **streng hierarchisches Verhältnis** besteht: 89

- Offenes Verfahren (Regelverfahren – kein Begründungszwang)⁶⁵
- Nicht offenes Verfahren (Regelverfahren – kein Begründungszwang)
- Verhandlungsverfahren (Begründungszwang)
- Wettbewerblicher Dialog (Begründungszwang)
- Innovationspartnerschaft (Begründungszwang)

Die VgV benennt **abschließend** die Gründe, aus denen der Rückgriff auf ein anderes als das offene Verfahren oder das nicht offene Verfahren zulässig ist. Die **Ausnahmeregelungen** sind **eng auszulegen** und bedürfen stets der Prüfung und dokumentierten Begründung im Einzelfall.

Praxishinweis**90**

Im Bereich des Facility-Managements wird in aller Regel von einer Ausschreibungspflicht im **offenen Verfahren** oder im **nicht offenen Verfahren** auszugehen sein. Etwas anderes kann aber beispielsweise dann der Fall sein, wenn der Auftrag Leistungen an Systemen von Herstellern umfasst, die für entsprechende Leistungen nur bestimmte Unternehmen zertifiziert haben oder wenn aus anderen Gründen kein Wettbewerb entstehen kann.

Dabei ist das offene Verfahren im Vergleich mit dem nicht offenen Verfahren das regelmäßig am besten geeignete Verfahren. Das nicht offene Verfahren dauert im Verhältnis zum offenen

⁶⁴ Die nun folgenden Ausführungen können grundsätzlich auf Vergaben nach der VOB/A-EU übertragen werden.

⁶⁵ Ausnahmen von diesem Grundsatz gewährt lediglich die SektVO (§ 13 Abs. 1 SektVO), die dem Sektorenauftraggeber grundsätzlich die Freiheit der Verfahrenswahl lässt. Die VSVgV sieht die Möglichkeit eines offenen Vergabeverfahrens nicht vor, vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 VSVgV.

Verfahren regelmäßig deutlich länger und bietet eine größere Angriffsfläche, da neben der Zuschlagsentscheidung im Normalfall auch nach der Eignungsprüfung eine Auswahlentscheidung stattfindet. Da Verhandlungen sowohl im offenen als auch im nicht offenen Verfahren untersagt sind, sollte der Auftraggeber im Zweifel das offene Verfahren wählen.

1.1.5.1 Offenes Verfahren, § 119 Abs. 3 GWB, § 15 Abs. 1 VgV

- 91 Das **offene Vergabeverfahren** zeichnet sich durch folgende Merkmale aus:
- Einstufiges Vergabeverfahren (kein Teilnahmewettbewerb, die Eignungsprüfung findet in einem separaten Schritt der Angebotswertung statt)
 - größtmöglicher Adressatenkreis und damit im Zweifel auch der weitestgehende Wettbewerb
 - öffentliche Aufforderung zur Abgabe eines Angebots an eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen
 - alle interessierten Unternehmen können ein Angebot abgeben
 - Verfahren beginnt mit der Absendung der Vergabebekanntmachung an das EU-Amtsblatt und endet mit der Zuschlagerteilung
 - **Verhandlungsverbot**
- 92 Der Auftraggeber benennt in der Auftragsbekanntmachung einen Schlusstermin für den Eingang der Angebote. Interessierte Unternehmen können dann die Vergabeunterlagen anfordern und ein entsprechendes Angebot abgeben. Alle bis zum Schlusstermin für die Angebotsabgabe form- und fristgerecht eingereichten Angebote werden dann auf die Eignung der Bieter (vgl. dazu Rdn. 222 ff.) hin überprüft und, soweit diese positiv festgestellt wird, nach den bekanntgemachten Zuschlagskriterien (vgl. dazu Rdn. 258 ff.) bewertet.

93 Praxishinweis

Als **ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung** muss der öffentliche Auftraggeber die zu beschaffende Leistung – ggfs. mit Hilfe externer Sachverständiger – im Offenen Verfahren so eindeutig und erschöpfend beschreiben (können), dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind, § 121 Abs. 1 S. 1 GWB.⁶⁶

Kann der öffentliche Auftraggeber die Leistung nicht in dieser Detailliertheit beschreiben, hat er entweder seine „Hausaufgaben“ nicht gemacht oder der Leistungsgegenstand eignet sich nicht für das offene Verfahren.

⁶⁶ Vgl. Rdn. 130.

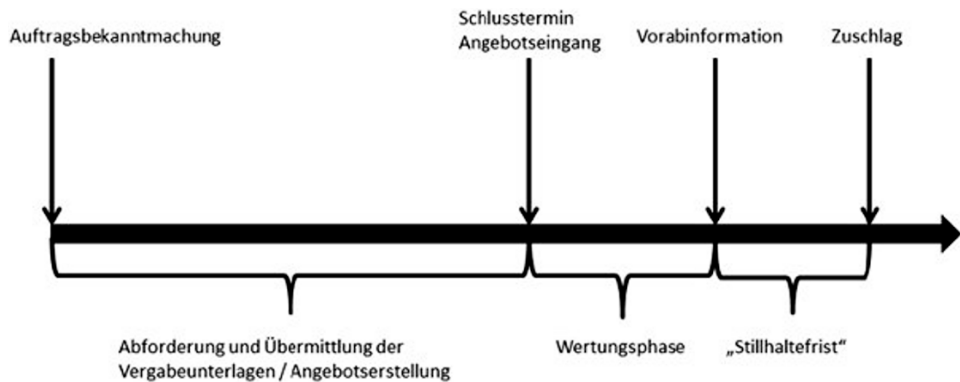


Abb. 1.2: Ablauf des offenen Verfahrens

1.1.5.2 Nicht offenes Verfahren, § 119 Abs. 4 GWB, § 16 VgV

Das **nicht offene Verfahren** ist **zweistufig** aufgebaut:

94

- **Erste Stufe:** Teilnahmewettbewerb
 - isolierte Prüfung der Eignung interessierter Unternehmen (im Teilnahmewettbewerb werden diese als Bewerber bezeichnet)
 - Feststellung der Eignung
 - ggfs. Auswahl der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Bewerber (mind. 5 Bewerber) nach zuvor bekanntgegebenen Kriterien⁶⁷
 - Diese Vorgehensweise hat unter Umständen zur Folge, dass nicht alle Bewerber, deren grundsätzliche Eignung für die Leistungserbringung festgestellt wurde, auch tatsächlich eine Chance auf die Auftragserteilung erhalten. Der Auftraggeber muss daher ein transparentes und diskriminierungsfreies System verwenden, mit dem er ermittelt, welche der grundsätzlich geeigneten Bewerber in die zweite Verfahrensstufe aufrücken.
- **Zweite Stufe:** Angebotsverfahren
 - **Aufforderung** aller geeigneten bzw. ggfs. nur einer beschränkten Anzahl von Bewerbern zur Angebotsabgabe (nur die aufgeforderten Unternehmen erhalten die Angebotsunterlagen).

Auch im nicht offenen Vergabeverfahren gilt das **Verhandlungsverbot**.

Das nicht offene Vergabeverfahren unterliegt als Regelverfahren keinen besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen.⁶⁸

95

⁶⁷ Vgl. Rdn. 234 ff.

⁶⁸ § 119 Abs. 2 S. 1 GWB.

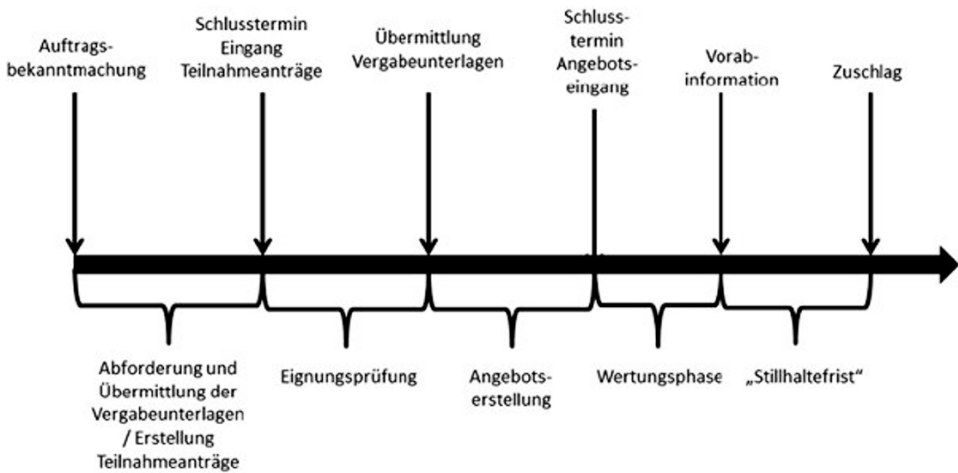


Abb. 1.3: Ablauf des nicht offenen Verfahrens

1.1.5.3 Verhandlungsverfahren

- 96** Das Verhandlungsverfahren ist nur ausnahmsweise zulässig. Im Grundsatz ist auch dieses Verfahren ein zweistufiges und unterscheidet sich vom offenen und nicht offenen Verfahren maßgeblich dadurch, dass Auftraggeber und Bieter sowohl über Leistungsinhalte und als auch den Preis **verhandeln** können. Das Verhandlungsverbot gilt hier grundsätzlich nicht. Die Auftraggeber können wie beim nicht offenen Verfahren die Zahl der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Unternehmen auf eine vorab bestimmte Anzahl beschränken.

97 Praxishinweis

Grenze der zulässigen Verhandlungen ist die **sogenannte Identität des Beschaffungsgegenstandes**. Das Ergebnis der Verhandlungen darf nicht etwas grundlegend anderes sein, als der Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung unter Ziffer II.1.4) beschrieben hat. Im Ergebnis darf nicht die Gefahr bestehen, dass sich bspw. andere Unternehmen um den Auftrag beworben hätten. Der Auftraggeber darf sowohl über den Preis als auch über sämtliche Inhalte der Leistung verhandeln mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien.⁶⁹

Beispiel:

Macht der öffentliche Auftraggeber einen Bedarf an Leistungen der „**Instandhaltung und Instandsetzung der Heizanlagen für 20.000 Wohneinheiten**“ bekannt, ist der Zuschlag auf den Leistungsinhalt „**Instandhaltung der Heizanlagen für 5.000 Wohnanlagen und Erneuerung der Heizanlagen für 10.000 Wohneinheiten**“ kein zulässiges Verhandlungsergebnis.

⁶⁹ § 17 Abs. 10 S. 2 VgV.

a) mit Teilnahmewettbewerb, § 17 Abs. 1 ff. VgV

Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist zweistufig aufgebaut:

98

- **Erste Stufe:** Teilnahmewettbewerb

- isolierte Prüfung der Eignung interessierter Unternehmen (im Teilnahmewettbewerb werden diese als Bewerber bezeichnet).
- Feststellung der Eignung.
- ggfs. Auswahl der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Bewerber (mind. 3 Bewerber) nach zuvor bekanntgegebenen Kriterien.⁷⁰
 - Diese Vorgehensweise hat unter Umständen zur Folge, dass nicht alle Bewerber, deren grundsätzliche Eignung für die Leistungserbringung festgestellt wurde, auch tatsächlich eine Chance auf die Auftragserteilung erhalten. Der Auftraggeber muss daher ein transparentes und diskriminierungsfreies System verwenden, mit dem er ermittelt, welche der grundsätzlich geeigneten Bewerber in die zweite Verfahrensstufe aufrücken.

- **Zweite Stufe:** Angebotsverfahren

- **Aufforderung** aller geeigneten bzw. ggfs. nur einer beschränkten Anzahl von Bewerbern zur Angebotsabgabe (nur die aufgeforderten Unternehmen erhalten die Angebotsunterlagen).
- **Verhandlungen** mit den Bietern, die wertungsfähige Angebote abgegeben haben.

Das Verhandlungsverfahren **mit Teilnahmewettbewerb** ist nach § 14 Abs. 3 VgV **zulässig**, wenn

99

- a) die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können,
- b) der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst,
- c) der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann,
- d) die Leistung, insbesondere ihre technischen Anforderungen, vom öffentlichen Auftraggeber nicht mit ausreichender Genauigkeit unter Verweis auf eine Norm, eine Europäische Technische Bewertung (ETA), eine gemeinsame technische Spezifikation oder technische Referenzen im Sinne der Anlage 1 Nummer 2 bis 5 beschrieben werden kann oder
- e) im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens keine ordnungsgemäßen oder nur unannehmbare Angebote eingereicht wurden; nicht ordnungsgemäß sind insbesondere Angebote, die nicht den Vergabeunterlagen entsprechen, nicht fristgerecht eingereicht wurden, nachweislich auf kollusiven Absprachen oder Korruption beruhen oder nach Einschätzung des öffentlichen Auftraggebers ungewöhnlich niedrig sind; unannehmbar sind insbesondere Angebote von Bietern, die nicht über die erforderlichen Qualifikationen verfügen, und Angebote, deren Preis die vor Einleitung des Vergabeverfahrens festgelegten und dokumentierten eingeplanten Haushaltsmittel des öffentlichen Auftraggebers übersteigt; der öffentliche Auftraggeber kann in diesen Fällen von einem

⁷⁰ Vgl. Rdn. 234 ff.

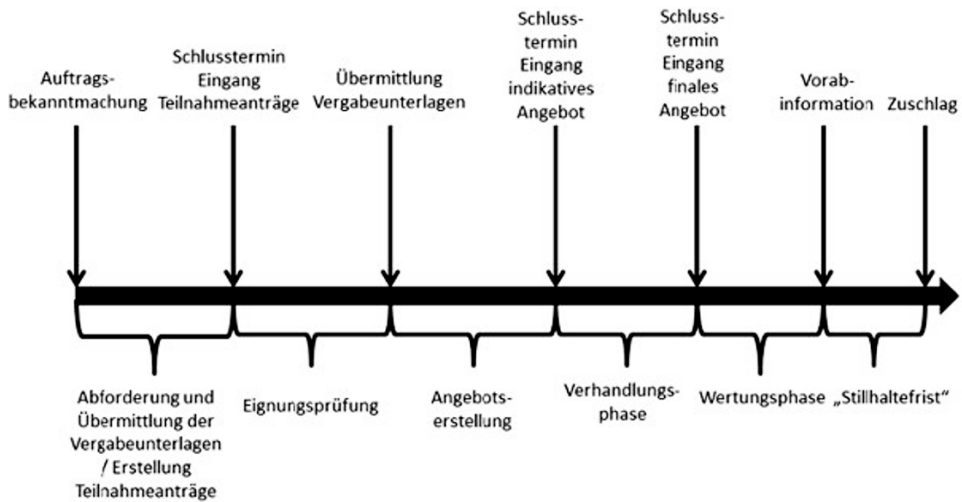


Abb. 1.4: Ablauf des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb

Teilnahmewettbewerb absehen, wenn er in das Verhandlungsverfahren alle geeigneten Unternehmen einbezieht, die form- und fristgerechte Angebote abgegeben haben.

Die Ausnahmetatbestände sind **eng auszulegen** und in jedem Einzelfall zu prüfen. Das **Ergebnis** der Prüfung ist nebst Begründung zu **dokumentieren**.

b) ohne Teilnahmewettbewerb, § 17 Abs. 5 ff. VgV⁷¹

100 Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gewährleistet den **geringsten Wettbewerb**, da der Auftraggeber auf eine bereits ausgewählte Gruppe von Unternehmen oder sogar nur ein einziges Unternehmen zugeht. Nach § 14 Abs. 4 VgV gelten daher die strengsten Zulässigkeitsvoraussetzungen⁷²:

1. wenn in einem **offenen oder einem nicht offenen Verfahren** keine oder keine geeigneten Angebote oder keine geeigneten Teilnahmeanträge abgegeben worden sind, **sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert werden**; ein Angebot gilt als ungeeignet, wenn es ohne Abänderung den in den Vergabeunterlagen genannten Bedürfnissen und Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers offensichtlich nicht entsprechen kann; ein Teilnahmeantrag gilt als ungeeignet, wenn das

⁷¹ Im Falle des Absatzes 4 Nummer 1 ist der Europäischen Kommission auf Anforderung ein Bericht vorzulegen. Die in Absatz 4 Nummer 2 Buchstabe a und b genannten Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gelten nur dann, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist.

⁷² Dargestellt sind ausschließlich diejenigen Ausnahmetatbestände, die bei Leistungen des Facility Management erfahrungsgemäß von Bedeutung sind.

Unternehmen aufgrund eines zwingenden oder fakultativen Ausschlussgrunds nach den §§ 123 und 124 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auszuschließen ist oder ausgeschlossen werden kann oder wenn es die Eignungskriterien nicht erfüllt,

2. wenn der Auftrag **nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann**,
 - a) weil ein einzigartiges Kunstwerk oder eine einzigartige künstlerische Leistung erschaffen oder erworben werden soll,
 - b) weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist oder
 - c) wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten, insbesondere von gewerblichen Schutzrechten,
3. wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die **Mindestfristen** einzuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind; die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dürfen **dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen** sein,
4. wenn eine Lieferleistung beschafft werden soll, die **ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken hergestellt wurde**; hiervon nicht umfasst ist die Serienfertigung zum Nachweis der Marktfähigkeit des Produkts oder zur Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten,
5. wenn **zusätzliche Lieferleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers** beschafft werden sollen, die **entweder zur teilweisen Erneuerung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen** bestimmt sind, und ein **Wechsel des Unternehmens** dazu führen würde, **dass der öffentliche Auftraggeber eine Leistung mit unterschiedlichen technischen Merkmalen kaufen müsste und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich bringen würde**; die Laufzeit dieser öffentlichen Aufträge darf in der Regel drei Jahre nicht überschreiten,
6. wenn es sich um eine auf einer **Warenbörse** notierte und gekaufte Lieferleistung handelt,⁷³
7. wenn Liefer- oder Dienstleistungen zu **besonders günstigen Bedingungen** bei Lieferanten, die ihre Geschäftstätigkeit endgültig einstellen, oder bei Insolvenzverwaltern oder Liquidatoren im Rahmen eines Insolvenz-, Vergleichs- oder Ausgleichsverfahrens oder eines in den Vorschriften eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union vorgesehenen gleichartigen Verfahrens erworben werden,
8. wenn im **Anschluss an einen Planungswettbewerb im Sinne des § 69 VgV** ein Dienstleistungsauftrag nach den Bedingungen dieses Wettbewerbs an den Gewinner oder an einen der Preisträger vergeben werden muss; im letzteren Fall müssen alle Preisträger des Wettbewerbs zur Teilnahme an den Verhandlungen aufgefordert werden, oder
9. **wenn eine Dienstleistung beschafft werden soll, die in der Wiederholung gleichartiger Leistungen besteht, die durch denselben öffentlichen Auftraggeber an das Un-**

⁷³ Der Einkauf von Erdgas bspw. kann unter diese Regelung fallen. Soweit der Auftraggeber an diesen Börsen nicht selbst als Einkäufer zugelassen ist, muss er die Leistungen des Einkaufs ausschreiben, vgl. VK Bund, Beschl. v. 11.05.2016 – VK 1-22/16.

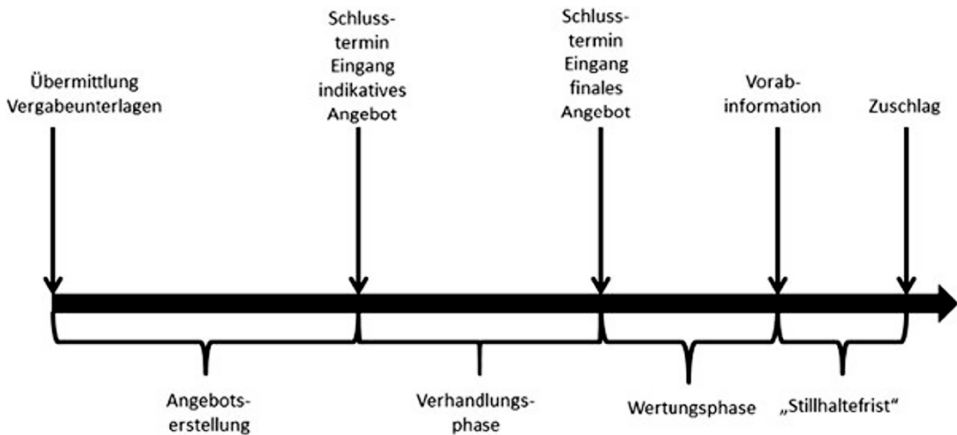


Abb. 1.5: Ablauf Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

ternehmen vergeben werden, das den ersten Auftrag erhalten hat, sofern sie einem Grundprojekt entsprechen und dieses Projekt Gegenstand des ersten Auftrags war, das im Rahmen eines Vergabeverfahrens mit Ausnahme eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb vergeben wurde; die Möglichkeit der Anwendung des Verhandlungsverfahrens muss bereits in der Auftragsbekanntmachung des ersten Vorhabens angegeben werden; darüber hinaus sind im Grundprojekt bereits der Umfang möglicher Dienstleistungen sowie die Bedingungen, unter denen sie vergeben werden, anzugeben; der für die nachfolgenden Dienstleistungen in Aussicht genommene Gesamtauftragswert wird vom öffentlichen Auftraggeber bei der Berechnung des Auftragswerts berücksichtigt; das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb darf nur innerhalb von drei Jahren nach Abschluss des ersten Auftrags angewandt werden.

- 101 Die Ausnahmetatbestände sind **eng auszulegen** und in jedem Einzelfall zu prüfen. Das **Ergebnis** der Prüfung ist nebst Begründung zu **dokumentieren**.

1.1.5.4 Wettbewerblicher Dialog, § 119 Abs. 6 GWB, § 18 VgV

- 102 Der wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge mit dem Ziel der Ermittlung und Festlegung der Mittel, mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können. Nach einem Teilnahmewettbewerb eröffnet der öffentliche Auftraggeber mit den ausgewählten Unternehmen einen Dialog zur Erörterung aller Aspekte der Auftragsvergabe, § 119 Abs. 6 GWB.
- 103 Der **wettbewerbliche Dialog** wurde z.B. für große Infrastrukturprojekte eingeführt und spielt erfahrungsgemäß bei der Beschaffung von Leistungen des Facility Management **keine Rolle**.
- 104 Diese Verfahrensart ist nach § 14 Abs. 3 S. 1 VgV unter denselben Voraussetzungen wie ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb **zulässig**.

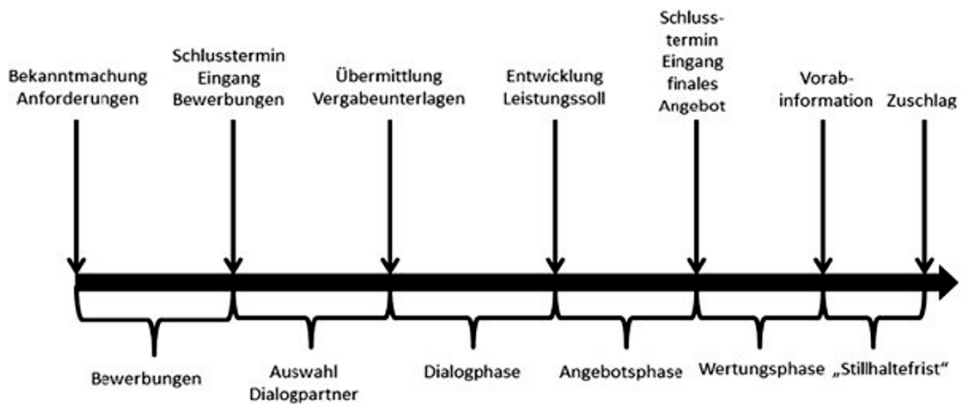


Abb. 1.6: Ablauf wettbewerblicher Dialog:

§ 18 VgV regelt den **Ablauf** des wettbewerblichen Dialogs

105

• **Bekanntmachung:**

- Beschreibung und Erläuterung der Bedürfnisse und Anforderungen – soweit möglich
- (auch in Leistungsbeschreibung).
- Möglichkeit zur Festlegung einer Höchstzahl von Teilnehmern am Dialog (mind. drei Teilnehmer).

• **Dialogphase:**

- **Eröffnung** des Dialogs mit den ausgewählten Teilnehmern
- Möglichkeit zur Erörterung **aller Einzelheiten** des Auftrages
- strikte **Gleichbehandlung** aller Dialogpartner
 - insb. keine Weitergabe von Lösungsvorschlägen oder vertraulichen Informationen ohne die jeweilige Zustimmung an die anderen Unternehmen
 - Verwendung vertraulicher Informationen nur im Rahmen des Vergabeverfahrens.
- Möglichkeit der **Abwicklung** des Dialogs in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen
 - Verringerung der Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der Zuschlagskriterien
 - Information der Unternehmen, deren Lösungen nicht für die nächstfolgende Dialogphase vorgesehen sind
- **Abschluss des Dialogs**, wenn
 - **eine oder mehrere Lösungen gefunden** worden sind, die ihre Bedürfnisse erfüllen, dann
 - Aufforderung an die Unternehmen, ihr endgültiges Angebot auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen vorzulegen,
 - das alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten muss.

- Auftraggeber können Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen zu diesen Angeboten verlangen, aber keine Änderung der grundlegenden Elemente des Angebotes oder der Ausschreibung.
- erkennbar ist, dass **keine Lösung** gefunden werden kann.

• **Angebotsphase:**

- Bewertung der Angebote aufgrund der in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien – soweit Festlegung dort bereits möglich war –
- Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots
- Verhandlungen über wirtschaftlichstes Angebot (etwa über im Angebot enthaltene finanzielle Zusagen oder in den Auftragsbedingungen abschließend festzulegende Bedingungen) dürfen nicht zur Änderung wesentlicher Bestandteile des Angebots oder des Auftrags führen, keine grundlegenden Änderungen, keine Verzerrung des Wettbewerbs oder Diskriminierung anderer Unternehmen

106 Der Auftraggeber ist zur **Erstattung von Kosten** der Unternehmen grds. nicht verpflichtet.⁷⁴

1.1.5.5 Innovationspartnerschaft, § 119 Abs. 7 GWB, § 19 VgV

107 Die Innovationspartnerschaft ist ein Verfahren zur Entwicklung **innovativer, noch nicht auf dem Markt verfügbarer Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen** und zum anschließenden Erwerb der daraus hervorgehenden Leistungen. Nach einem Teilnahmewettbewerb verhandelt der öffentliche Auftraggeber in mehreren Phasen mit den ausgewählten Unternehmen über die Erst- und Folgeangebote, § 119 Abs. 7 GWB.

Die Innovationspartnerschaft wird für die Vergabe von Leistungen des Facility Management voraussichtlich keine Rolle spielen und daher nicht weiter erörtert.

1.2 Vorbereitung des Vergabeverfahrens

1.2.1 Definition und Auswahl des Beschaffungsgegenstandes

108 **Grundsätzlich** gilt: Der öffentliche Auftraggeber bezahlt die Leistung und kann seinen Bedarf selbst am besten einschätzen.⁷⁵ Daher kommt dem Auftraggeber ein weitgehendes Leistungsbestimmungsrecht zu, das insbesondere vom OLG Düsseldorf⁷⁶ in ständiger

74 Vgl. aber BGH, Urt. v. 31.01.2017 – X ZR 93/15, der den Bietern bis zu 2/3 der durchschnittlichen Angebotskosten zuspricht. Ob die in § 18 Abs. 10 VgV eingeräumte Möglichkeit, Prämien oder Zahlungen an die Teilnehmer am Dialog vorzusehen, eine Kostentragungspflicht des Auftraggebers im Übrigen entfallen lässt, bleibt abzuwarten.

75 Vgl. auch OLG Dresden, Beschl. v. 17.05.2011 – WVerG 3/11, m. Anm. Stoye, IBR 2011, 710.

76 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2016 – Verg 47/15; Beschl. v. 01.08.2012 – Verg 10/12; Beschl. v. 03.03.2010 – Verg 46/09.

Rechtsprechung betont wird. Bietern steht grundsätzlich nicht an, von den zulässigen Festlegungen im Leistungsverzeichnis abweichende, eigene Vorstellungen durchzusetzen.⁷⁷

Die **Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes**

109

- ist der Durchführung einer Ausschreibung und Vergabe vorgelagert und
- muss von dem öffentlichen Auftraggeber mit Beschaffungsabsicht getroffen werden, bevor das Vergabeverfahren betreffende Belange der an der Leistungserbringung interessierten Unternehmen berührt sein können.

Gleichwohl unterliegt die **Bestimmungsfreiheit** des Auftraggebers beim Beschaffungsgegenstand, und zwar im Interesse der von der Richtlinie 2014/24/EU angestrebten Öffnung des Beschaffungswesens der öffentlichen Hand zum Wettbewerb, aber auch der effektiven Durchsetzung der Warenverkehrsfreiheit wegen, bestimmten, durch das Vergaberecht gezogenen Grenzen.⁷⁸

110

Die Nachprüfungsorgane prüfen die **Bestimmung des Leistungsgegenstandes** deshalb ausschließlich darauf, ob

111

- sie durch den Auftragsgegenstand **sachlich gerechtfertigt** ist,
- vom Auftraggeber dafür **nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe** angegeben worden sind und die Bestimmung folglich **willkürfrei** getroffen worden ist,
- solche Gründe **tatsächlich vorhanden** (festzustellen und notfalls erwiesen) sind und
- die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer **nicht diskriminiert**.⁷⁹

Ausfluss des Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers ist etwa die grundsätzliche Möglichkeit der Vorgabe von **Leitfabrikaten und Produktvorgaben**.⁸⁰

112

Weiterer Ausfluss des Leistungsbestimmungsrechts ist die Bestimmung der Kriterien für die Zuschlagserteilung. Der Auftraggeber kann festlegen, worauf es ihm bei dem zu vergebenden Auftrag ankommt und was er als wirtschaftlich ansieht.⁸¹

113

Hat der Auftraggeber diese Aspekte berücksichtigt, entspricht die Bestimmung des Leistungsgegenstandes den vergaberechtlichen Anforderungen. Die Entscheidung ist mit den tragenden Gründen **zu dokumentieren**.

Freilich finden **politische Zielsetzungen** der Europäischen Union⁸² trotzdem Niederschlag. Ein für Vergaben des Facility Management relevantes Beispiel ist der Kauf energieverbrauchsrelevanter Produkte, bei dem die Vorschriften des § 67 VgV zur **Energieeffizienz** einzuhalten sind.⁸³ Daneben sind insbesondere im Bereich des **Umweltschutzes** durch den Auftraggeber die maßgeblichen Leitfäden der Bundesministerien oder der Länder zu beachten.

114

77 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2010 – Verg 10/10.

78 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012 – Verg 10/12.

79 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2016 – Verg 47/15; Beschl. v. 01.08.2012 – Verg 10/12.

80 Vgl. hierzu Rdn.160 ff.

81 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.02.2017 – Verg 31/16.

82 Vgl. bspw. „Richtlinie über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen“, 2010/30/EU.

83 Vgl. hierzu Rdn. 152 ff.

1.2.2 Haushaltsrechtliche Implikationen und Abgrenzung zum Vergaberecht

- 115 Jedenfalls die öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 und 3 GWB müssen den in § 30 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) und § 55 Bundeshaushaltsordnung (BHO) geregelten **Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung** und außerdem die **Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit** beachten.⁸⁴ Das Haushaltsrecht im Sinne von Art. 109 Abs. 3 GG bindet den öffentlichen Auftraggeber nur im **Innenverhältnis**. **Bieter** können aus diesen Grundsätzen **keine Rechte** gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.⁸⁵
- 116 Die **haushaltsrechtlichen Vorgaben** gelten grundsätzlich auch dann, wenn gem. §§ 107 ff. GWB, §§ 116 f. GWB und §§ 137 ff. GWB ein Auftrag nicht dem Vergaberecht unterfällt.

1.2.3 Markterkundung

- 117 Der **haushaltsrechtliche Grundsatz** der Sparsamkeit verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich zu einer der Vergabe vorgeschalteten **Markterkundung**. Auf diese Weise verschafft sich der Auftraggeber einen informatorischen Überblick über die am Markt verfügbaren Leistungen, Produkte etc. sowie über die am Markt tätigen Unternehmen, etwa um die zu erwartenden Kosten eines Auftrages besser kalkulieren zu können oder den Auftragsgegenstand in optimaler Weise entsprechend den Vorstellungen des Auftraggebers beschreiben zu können.⁸⁶
- 118 Nach § 28 Abs. 1 VgV darf der öffentliche Auftraggeber vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens **Markterkundungen** zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Unterrichtung der Unternehmen über seine Auftragsvergabepläne und -anforderungen durchführen. Er hat dabei dafür Sorge zu tragen, dass die Teilnehmer nicht diskriminiert werden und insb. – soweit keine Geschäftsgeheimnisse entgegenstehen – die gleichen Informationen erhalten. Die Teilnehmer sollten zudem darauf hingewiesen werden, dass die Gespräche lediglich der **Vorbereitung** etc. eines Vergabeverfahrens dienen, eine Auftragsvergabe mit den Gesprächen demnach nicht verbunden ist und eine Nichtteilnahme nicht zu Nachteilen im späteren Vergabeverfahren führen wird.
- 119 Die **Durchführung von Vergabeverfahren** lediglich zur Markterkundung und zum Zwecke der Kosten- oder Preisermittlung ist **unzulässig**, § 28 Abs. 2 VgV.

120 Praxishinweis

Dem Auftraggeber steht das **Bestimmungsrecht** zu, ob und welchen Gegenstand er wie beschaffen will. Die an den Beschaffungsgegenstand zu stellenden **technischen und ästhe-**

⁸⁴ S. § 6 HGrG u. § 7 Abs. 1 BHO.

⁸⁵ S. BVerwG, Beschl. v. 02.05.2007 – 6 B 10.07.

⁸⁶ Nach VK Bund (Beschl. v. 08.08.2016 – VK 2-39/16) ist etwa ein Messebesuch ein geeignetes Mittel zur Informationsbeschaffung.

tischen Anforderungen bestimmt der Auftraggeber. Es ist grundsätzlich **keine Markterforschung oder Markterkundung** notwendig, ob eine andere Lösung möglich ist.⁸⁷

Von der haushaltsrechtlich **gebotenen „Markterkundung“** ist das vergaberechtliche **Verbot** der „**Markterforschung**“ zu trennen: Ein Vergabeverfahren darf nur mit dem **Ziel einer Beschaffung** eingeleitet, **nicht aber zum Zwecke der Markterkundung** durchgeführt werden. Der Auftraggeber darf die Aufgabe der Markterkundung, die ihm im Vorfeld der Vergabe zukommt, nicht durch eine Ausschreibung auf den Auftragnehmer **abwälzen**. Daher muss er, wenn er zum **Zwecke einer Markterkundung** an Unternehmen herantritt, auch hinreichend **deutlich** machen, dass jedenfalls in diesem Stadium eine konkrete Beschaffungsabsicht noch nicht besteht. 121

Die **Schwelle von der bloßen Markterkundung zum Beginn eines Vergabeverfahrens** im materiellen Sinn wird dann überschritten, wenn der öffentliche Auftraggeber seinen internen Beschaffungsbeschluss objektiv erkennbar nach außen durch Maßnahmen umsetzt, welche konkret zu einem Vertragsschluss mit einem auszuwählenden Unternehmen führen sollen.⁸⁸ 122

1.2.4 Erstellung der Vergabeunterlagen

Mit den Vergabeunterlagen (einschl. der Bekanntmachung) teilt der öffentliche Auftraggeber die vergaberechtlichen und vertragsrechtlichen Regeln mit. 123

Praxishinweis

124

Elektronische Vergabe

Vergabeverfahren sollen künftig – soweit möglich – elektronisch durchgeführt werden⁸⁹.

Allgemeine Kommunikation:

Nach § 9 Abs. 1 VgV verwenden der öffentliche Auftraggeber und die Unternehmen für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren grundsätzlich Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung (elektronische Mittel). Diese Vorgabe dient der Etablierung der elektronischen Kommunikation in Vergabeverfahren.

⁸⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.06.2012 – Verg 7/12; vgl. auch VK Bund, Beschl. v. 09.02.2016 – VK 1-130/15; a. A. OLG Dresden, Beschl. v. 21.09.2016 – Verg 5/16; OLG Celle, Beschl. v. 22.05.2008 – 13 Verg 1/08.

⁸⁸ OLG München, Beschl. v. 19.07.2012 – Verg 8/12.

⁸⁹ Zentrale Beschaffungsstellen im Sinne von § 120 Absatz 4 Satz 1 GWB (öffentliche Auftraggeber, die für andere öffentliche Auftraggeber dauerhaft Liefer- und Dienstleistungen beschaffen, öffentliche Aufträge vergeben oder Rahmenvereinbarungen abschließen) können nach § 81 S. 1 VgV bis zum 18. April 2017, andere öffentliche Auftraggeber können bis zum 18. Oktober 2018, abweichend von § 53 Absatz 1 die Übermittlung der Angebote, Teilnahmeanträge und Interessensbestätigungen auch auf dem Postweg, anderem geeigneten Weg, Fax oder durch die Kombination dieser Mittel verlangen. Dasselbe gilt für die sonstige Kommunikation im Sinne des § 9 Absatz 1 VgV, **soweit sie nicht die Übermittlung von Bekanntmachungen und die Bereitstellung der Vergabeunterlagen betrifft.**

Der öffentliche Auftraggeber kann von jedem Unternehmen die Angabe einer eindeutigen Unternehmensbezeichnung sowie einer elektronischen Adresse verlangen (Registrierung). Für den Zugang zur Auftragsbekanntmachung und zu den Vergabeunterlagen darf der öffentliche Auftraggeber keine Registrierung verlangen; eine freiwillige Registrierung ist zulässig.

§ 10 VgV legt die Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel fest.

§ 11 VgV gibt die Anforderungen an den Einsatz elektronischer Mittel im Vergabeverfahren vor. Elektronische Mittel und deren technische Merkmale müssen nach diesen Vorgaben allgemein verfügbar, nichtdiskriminierend und mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel sein. Sie dürfen den Zugang von Unternehmen zum Vergabeverfahren nicht einschränken und barrierefrei⁹⁰ ausgestaltet sein. Der öffentliche Auftraggeber verwendet für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Elektronischer Abruf der Vergabeunterlagen:

Die Vorgaben zur rein elektronischen Durchführung von Vergabeverfahren setzen sich in der Kommunikation zwischen Auftraggeber und Bieter nach Bekanntmachung der Vergabe fort. Der Auftraggeber ist nach § 41 Abs. 1 VgV grds. verpflichtet, in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Der öffentliche Auftraggeber kann die Vergabeunterlagen gemäß § 41 Abs. 2 VgV auf einem anderen geeigneten Weg übermitteln, wenn die erforderlichen elektronischen Mittel zum Abruf der Vergabeunterlagen aufgrund der besonderen Art der Auftragsvergabe nicht mit allgemein verfügbaren oder verbreiteten Geräten und Programmen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel sind, Dateiformate zur Beschreibung der Angebote verwenden, die nicht mit allgemein verfügbaren oder verbreiteten Programmen verarbeitet werden können oder die durch andere als kostenlose und allgemein verfügbare Lizenzen geschützt sind, oder die Verwendung von Bürogeräten voraussetzen, die dem öffentlichen Auftraggeber nicht allgemein zur Verfügung stehen.

Form und Übermittlung der Teilnahmeanträge und Angebote:

Nach § 53 Abs. 1 VgV übermitteln die Unternehmen ihre Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote grds.⁹¹ in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs⁹² mithilfe elektronischer Mittel gemäß § 10 VgV.

1.2.4.1 Notwendige Bestandteile der Vergabeunterlagen

- 125** Die **Vergabeunterlagen** sind die elementaren Komponenten jedes Vergabeverfahrens. Sie bestehen in der Regel aus

⁹⁰ §§ 4 und 11 des Behindertengleichstellungsgesetzes vom 27. April 2002 (BGBl. I S. 1467, 1468).

⁹¹ Zu Ausnahmen vgl. § 53 Abs. 2 ff. VgV.

⁹² § 126b BGB: Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben.

1. dem Anschreiben, insbesondere der Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen oder Angeboten oder Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen,
2. der Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens (Bewerbungsbedingungen), einschließlich der Angabe der Eignungs- und Zuschlagskriterien, sofern nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung genannt, und
3. den Vertragsunterlagen, die aus der Leistungsbeschreibung und den Vertragsbedingungen bestehen.

Aus den Vergabeunterlagen muss für potentielle Auftragnehmer abschließend und eindeutig erkennbar sein, welche Leistungen der Auftraggeber beziehen möchte und welche Konditionen dabei gelten sollen.

Praxishinweis

126

Der Auftraggeber sollte die Vergabeunterlagen so gut als möglich **gliedern** und so **präzise als möglich bezeichnen**. Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe sollte er alle Adressaten der Vergabeunterlagen bitten, den vollständigen Eingang der Unterlagen so zeitnah als möglich zu bestätigen. Es empfiehlt sich, in das Anschreiben eine **vollständige Liste aller übergebenen Dokumente** aufzunehmen, anhand derer die Vollständigkeit geprüft werden kann.

Beispiel:

Anschreiben (Vollständige Liste, Bezeichnung Vergabeverfahren, Los etc.)

Teil 1 – Aufforderung zur Angebotsabgabe

Teil 2 – Preisblatt und sonstige Bietererklärungen

Teil 3 – Vertrag

Teil 4 – Technische Unterlagen

Genau bezeichnet und den entsprechenden Teilen der Vergabeunterlagen zugeordnet werden sollten auch Erklärungen wie

- Nachunternehmerverpflichtungserklärung (bspw. Anlage 1 zu Teil 2)
- Bietergemeinschaftserklärung
- Datenschutzerklärung
- Vertraulichkeitserklärung
- Erklärungen nach den Landesgesetzen (bspw. zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie)

Interessierte Marktteilnehmer müssen sich aus den Unterlagen ein Urteil darüber bilden können, ob sich die **Teilnahme** an dem Vergabeverfahren für sie **lohnt**, ob sie also die gestellten Anforderungen an ihr Unternehmen und die Ausführung der Leistung erfüllen können. Außerdem müssen sie alle für die Kalkulation notwendigen Informationen besitzen, um ein möglichst **optimal auf die Anforderungen** des Auftraggebers abgestimmtes Angebot einreichen zu können. Grundkomponenten der Vergabeunterlagen sind insbesondere.

127

- Anschreiben
- Offenes Verfahren:
 - Aufforderung zur Angebotsabgabe

- Verfahren mit Teilnahmewettbewerb:
 - Aufforderung zur Teilnahme an einem Teilnahmewettbewerb
 - Formblätter zum Teilnahmewettbewerb
 - Aufforderung zur Angebotsabgabe
- Formblätter
- Wertungsmatrizen
- Leistungsbeschreibung
- Vertrag

1.2.4.2 Zeitpunkt der Fertigstellung der Vergabeunterlagen

- 128** Der öffentliche Auftraggeber ist grundsätzlich verpflichtet, in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können, § 41 Abs. 1 VgV. Diese Verpflichtung gilt auch für zweistufige Verfahren (also insb. nicht offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb).⁹³

Die Vergabeunterlagen müssen demnach zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens fertiggestellt sein.

- 129** Es ist aber auch aus folgenden Gründen mehr als empfehlenswert, dass alle Unterlagen zum Zeitpunkt der Veröffentlichung – auch bei zweistufigen Vergabeverfahren – **finalisiert** vorliegen:

- Der Auftraggeber hat das Gesamtbild des Beschaffungsvorgangs vor Augen und kann ggfs. noch vor Veröffentlichung der Bekanntmachung Korrekturen vornehmen.
- Die Vergabeunterlagen sollten nach Abforderung so zeitnah als möglich an die interessierten Unternehmen versendet werden.
- Eignungs- und Zuschlagskriterien müssen angemessen sein bzw. im Zusammenhang zum Leistungsgegenstand stehen.
- Der Auftraggeber vermeidet – gerade bei zweistufigen Vergabeverfahren – Widersprüche bei der Abfrage der Eignungskriterien und – später – der Zuschlagskriterien.
- In zweistufigen Verfahren fallen die Auswertung der Teilnahmeanträge, die Information an die nicht berücksichtigten Bieter und sowie der Versand an die berücksichtigten Bieter zeitlich sehr eng zusammen. Die vorherige Fertigstellung der Vergabeunterlagen vermeidet unnötigen Zeitdruck.
- Die nachweisbare Fertigstellung vor Versand reduziert die Gefahr des Anscheins, dass die Unterlagen auf bestimmte Bewerber maßgeschneidert werden.

⁹³ OLG München, Beschl. v. 13.03.2017 – Verg 15/16.

1.2.5 Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung ist das „Kernstück der Vergabeunterlagen“, da sie – gemeinsam mit den vertraglichen Regelungen – das spätere Leistungssoll festlegt.⁹⁴ 130

Praxishinweis

Was in der Leistungsbeschreibung nicht als **zwingendes Leistungssoll** beschrieben ist, kostet bei der späteren Vertragsausführung regelmäßig viel Geld und Zeit. 131

In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können, vgl. § 121 Abs. 1 GWB. 132

1.2.5.1 Eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung

a) Anforderungen

Die Leistungsbeschreibung ist **eindeutig**, wenn sie Art und Umfang der geforderten Leistung mit allen dafür maßgebenden Bedingungen zweifelsfrei erkennen lässt und keine Widersprüche in sich oder zu anderen Vorgaben oder vertragsrechtlichen Regelungen enthält.⁹⁵ Mit anderen Worten darf nach Durchsicht der Leistungsbeschreibung bei Bietern keine Unsicherheit bzgl. des gewünschten Leistungssolls verbleiben und diesbezüglich auch kein Auslegungsspielraum mehr vorhanden sein. 133

Die Leistungsbeschreibung ist **vollständig**, wenn der Auftraggeber über alle **preisbestimmenden Umstände** aufklärt. Werden **nachträglich** Umstände in die Bewertung einbezogen, die in der Leistungsbeschreibung nicht enthalten waren, kann daraus eine Bieterbenachteiligung und damit ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz resultieren. 134

Dies gilt beispielsweise bei der Ausschreibung von **Unterhalts-, Grund- und Glasreinigung** in Turnhallen, wenn erst nachträglich die nicht bekanntgemachten **erhöhten Hygieneanforderungen** wegen mehrfachbehinderter Schüler im Rahmen der erhöhten Mindestarbeitszeiten in die Bewertung einfließen.⁹⁶ 135

b) Grenzen

Ihre **Grenze** findet die Verpflichtung zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, wenn dem Auftraggeber die Ermittlung nicht mehr **zumutbar** ist oder objektiv (etwa bei einem technisch innovativen Beschaffungsbedarf) keine abschließende Feststellung im Vorfeld möglich ist. 136

Jedenfalls zumutbar ist etwa die Ermittlung von **Gesamtflächen** oder der Anzahl zu wartender Anlagen oder Anlagenteile (bspw. Leuchtkörper, Steckdosen, Türen, Fenster etc.) auch dann, wenn dies einen größeren logistischen Aufwand erfordert. Ist dagegen der 137

94 VK Lüneburg, Beschl. v. 12.04.2002 – 203-VgK-05/2002.

95 S. hierzu auch VHB 2008, Formblatt 100, Ziff. 4.2.1.1.

96 So VK Brandenburg, Beschl. v. 29.07.2005 – 2 VK 44/05.

Leistungsumfang **objektiv** nicht hinreichend genau festlegbar (etwa weil die Ermittlung des genauen Leistungsumfangs erst im Rahmen der Auftragsausführung überhaupt möglich wird), muss der Auftraggeber darauf mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung (dazu sogleich unter Rdn. 145 f.), der Aufnahme von Bedarfs- bzw. Wahlpositionen⁹⁷, dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung⁹⁸ oder ggfs. mit einer auf diesen Fall angepassten Vergabeart (etwa das Verhandlungsverfahren oder der wettbewerbliche Dialog) reagieren.

138

Exkurs: Projektanten

Der Auftraggeber muss grds. alle ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen ausschöpfen, um die Leistung abschließend und erschöpfend zu beschreiben.

Keinesfalls darf sich der Auftraggeber auf fehlende Kapazitäten oder Kenntnisse zurückziehen. Gegebenenfalls muss er – bei großvolumigen oder besonders innovativen Verfahren – **externe Beraterleistungen** in gesonderten Vergabeverfahren beschaffen.

Auf den Auftraggeber kommt dann allerdings regelmäßig das vergaberechtliche Folgeproblem zu, dass sich diese Berater durch ihre **Leistungen** (Unterstützung des Auftraggebers bei der Markterkundung, Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes, Erarbeitung der Vergabeunterlagen etc.) einen **Wissensvorsprung** erarbeiten, der ihnen zu einem uneinholbaren **Wettbewerbsvorsprung** in einem späteren Vergabeverfahren um den Hauptgegenstand verhelfen kann.

Sog. **Projektanten** (vgl. § 7 VgV) sind nach neuerer Rechtsprechung⁹⁹ nicht mehr grundsätzlich von dem Vergabeverfahren um den Hauptgegenstand auszuschließen, sondern nur dann, wenn durch ihre Teilnahme **der Wettbewerb verfälscht** wird und der erlangte Wettbewerbsvorsprung auf keine andere Weise ausgeglichen werden kann. Dem **Projektanten** obliegt die **Darlegungs- und Beweislast**, dass ihm durch seine Tätigkeit kein ungerechtfertigter Vorteil erwachsen ist, während dem **Auftraggeber** die Verpflichtung obliegt, den Wissensvorsprung durch Information aller anderen Teilnehmer (etwa durch Offenlegung der Planunterlagen) auszugleichen.¹⁰⁰

Der Auftraggeber hat nach § 7 VgV angemessene Maßnahmen zu ergreifen, damit der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Unternehmens nicht verzerrt wird. Maßnahmen in diesem Sinne sind insb. Herstellung einer gleichen Informationslage sowie ggfs. Verlängerung von Bewerbungs- oder Angebotsfristen.

ACHTUNG

Dem Auftraggeber kommt im Übrigen **keine allgemeine Verpflichtung zum Ausgleich aller möglichen Wettbewerbsvorteile** einzelner Marktteilnehmer zu. Kennt ein Unternehmen einen öffentlichen Auftraggeber aus **vorherigen vertraglichen Beziehungen** (etwa abgeschlossenen Wartungsleistungen) und macht er sich die dort gewonnenen Kenntnisse

97 Zur Zulässigkeit der Aufnahme von Bedarfs- bzw. Wahlpositionen vgl. Rdn. 177, 181 f.

98 vgl. Rdn. 80 ff.

99 Vgl. OLG München, Beschl. v. 10.02.2011 – Verg 24/10; VK Nordbayern, Beschl. v. 31.08.2011 – 21.VK-3194-24/11.

100 Vgl. § 7 Abs. 3 VgV, sowie OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.04.2012 – VII-Verg 100/11; Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 19.12.2011 – Verg W 17/11; OLG München, Beschl. v. 10.02.2011 – Verg 24/10; 3. VK Bund, Beschl. v. 24.05.2012 – VK 3 – 45/12.

etwa bei der **Angebotserstellung** zu Nutze, ist dieser Wissensvorsprung grundsätzlich nicht zu beanstanden.¹⁰¹

c) Verbot der Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses?

Die VgV kennt – anders als VOB/A-EU¹⁰² – das **Verbot** der Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses nicht.¹⁰³ 139

Maßgeblich ist nach – nunmehr wohl herrschender – Auffassung¹⁰⁴ in der Rechtsprechung allein die Möglichkeit zur kaufmännisch vernünftigen **Kalkulation der Leistung**. Solange eine Leistung – und sei es mit beachtlichen Risikozuschlägen – kalkuliert werden kann, können sich die Marktteilnehmer also nicht auf Unwägbarkeiten des Leistungszuschnitts berufen.¹⁰⁵ 140

Vor allem bei einer Rahmenvereinbarung muss der Bieter erhöhte Kalkulationsrisiken tragen.¹⁰⁶ 141

Praxishinweis

142

Der Auftraggeber wird – aus seiner Sicht verständlicher Weise – immer bestrebt sein, möglichst viele Risiken in zulässiger Weise auf die Auftragnehmer abzuwälzen. Dennoch sollte er folgende Aspekte dabei nicht unberücksichtigt lassen:

- Attraktivität des Vergabeverfahrens schwindet bei Überwälzung vieler Risiken
- Weniger Wettbewerb bedeutet regelmäßig höhere Preise
- Bieter wird seine Preise höher ansetzen, um die Wagnisse bei seiner Kalkulation zu berücksichtigen
- Überwälzung von Risiken kann AGB-rechtlich unwirksam sein
- Bieter können versucht sein, die Klauseln vor der Vergabekammer anzugreifen, was regelmäßig mit zeitlichen Risiken und mit Kostenrisiken verbunden ist

Der Auftraggeber sollte demnach sorgfältig abwägen, welche Risiken er auf den Auftragnehmer abwälzt und ob sich die Übertragung rechnet.

1.2.5.2 Formen der Leistungsbeschreibung

Die VgV ermöglicht dem Auftraggeber, die zu beschaffende Leistung auf **unterschiedliche Weise** zu beschreiben: 143

- Leistungsbeschreibung mit **Leistungs- oder Funktionsanforderungen** (Leistungsprogramm), § 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV

101 VK Bund, Beschl. v. 10.03.2017 – VK 2-19/17.

102 Vgl. § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A.

103 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.12.2011 – Verg 96/11; Beschl. v. 19.10.2011 – Verg 54/11; a.A. OLG Dresden, Beschl. v. 02.08.2011 – WVerg 4/11.

104 Vgl. VK Bund, Beschl. v. 10.02.2017 – VK 1-3/17; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.11.2016 – Verg 27/16.

105 Kündigungsrechte zugunsten des Auftraggebers können die Kalkulation für den Bieter unzumutbar erschweren, wenn der Kündigungsgrund außerhalb der Sphäre des Bieters liegt, VK Nordbayern, Beschl. v. 31.05.2017 – 21.VK-3194-05/17

106 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.11.2016 – Verg 27/16.

- Leistungsbeschreibung unter Bezugnahme auf technische Anforderungen¹⁰⁷ (konventionelle Leistungsbeschreibung), § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV
- Leistungsbeschreibung als Kombination aus § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VgV und § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV (konstruktive Leistungsbeschreibung), § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VgV.

144

Praxishinweis

Die VgV kennt – anders als die VOB/A-EU – grundsätzlich **kein Rangverhältnis** zwischen den verschiedenen Typen der Leistungsbeschreibungen. Der Auftraggeber hat demnach grundsätzlich die **Freiheit der Wahl**. Dennoch sollte die Wahl in der Dokumentation **begründet** werden.

107 Die technischen Anforderungen sind in Anlage 1 (BGBI. I, 2016, 654) wie folgt definiert:

1. „Technische Spezifikation“ bei Liefer- oder Dienstleistungen hat eine der folgenden Bedeutungen:
eine Spezifikation, die in einem Schriftstück enthalten ist, das Merkmale für ein Produkt oder eine Dienstleistung vorschreibt, wie Qualitätsstufen, Umwelt- und Klimaleistungsstufen, „Design für Alle“ (einschließlich des Zugangs von Menschen mit Behinderungen) und Konformitätsbewertung, Leistung, Vorgaben für Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen des Produkts, einschließlich der Vorschriften über Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung, Gebrauchsanleitungen, Produktionsprozesse und -methoden in jeder Phase des Lebenszyklus der Liefer- oder Dienstleistung sowie über Konformitätsbewertungsverfahren;
2. „Norm“ bezeichnet eine technische Spezifikation, die von einer anerkannten Normungsorganisation zur wiederholten oder ständigen Anwendung angenommen wurde, deren Einhaltung nicht zwingend ist und die unter eine der nachstehenden Kategorien fällt:
 - a) internationale Norm: Norm, die von einer internationalen Normungsorganisation angenommen wurde und der Öffentlichkeit zugänglich ist;
 - b) europäische Norm: Norm, die von einer europäischen Normungsorganisation angenommen wurde und der Öffentlichkeit zugänglich ist;
 - c) nationale Norm: Norm, die von einer nationalen Normungsorganisation angenommen wurde und der Öffentlichkeit zugänglich ist;
3. „Europäische Technische Bewertung“ bezeichnet eine dokumentierte Bewertung der Leistung eines Bauprodukts in Bezug auf seine wesentlichen Merkmale im Einklang mit dem betreffenden Europäischen Bewertungsdokument gemäß der Begriffsbestimmung in Artikel 2 Nummer 12 der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates (ABl. L 88 vom 4.4.2011, S. 5);
4. „gemeinsame technische Spezifikationen“ sind technische Spezifikationen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie, die gemäß den Artikeln 13 und 14 der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur europäischen Normung, zur Änderung der Richtlinien 89/686/EWG und 93/15/EWG des Rates sowie der Richtlinien 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG und 2009/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung des Beschlusses 87/95/EWG des Rates und des Beschlusses Nr. 1673/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 316 vom 14.11.2012, S. 12) festgelegt wurden;
5. „technische Bezugsgröße“ bezeichnet jeden Bezugsrahmen, der keine europäische Norm ist und von den europäischen Normungsorganisationen nach den an die Bedürfnisse des Markts angepassten Verfahren erarbeitet wurde.

a) Funktionale Leistungsbeschreibung/Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm, § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VgV

Bei der **funktionalen Leistungsbeschreibung** bzw. **Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm** umschreibt der Auftraggeber 145

- die Funktion der abgefragten Leistung,
- ihren Zweck und
- andere an ihre Ausführung gestellten Rahmenanforderungen.

Der öffentliche Auftraggeber beschreibt also das **Ergebnis** der Leistung bzw. deren **Funktion**.

Praxishinweis146

Mit einer **funktionalen Leistungsbeschreibung** ist keinesfalls weniger Aufwand verbunden als mit einer klassischen Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis. Eine vergabe-rechtskonforme Beschreibung des erwarteten Ergebnisses kann gerade bei „Standardleistun-gen“, die den Großteil des üblichen Inhalts von Facility Management-Verträgen ausmachen, im Vergleich zur Benennung der konkreten Leistung schwieriger zu formulieren sein. Auch die funktionale Leistungsbeschreibung muss so eineindeutig und erschöpfend beschrieben sein, dass vergleichbare Angebote zu erwarten sind.

Beispiel:

Position 7.2.1 – Niederspannungshauptverteilung (NSHV) Gebäude Y

Gebäude: Beispielstraße 3

Anlagennummer: 08.15

Baujahr: 2011

Gewerk: ELT

Anlagenpriorität: B

BAUTEILE:

Feld N 3 – Anzahl: 1			
Feld N 11 – Anzahl: 1			
Feld N 12 – Anzahl: 1		Einheitspreis	Gesamtpreis
	St. 2,000		

Die Anlage ist mindestens nach den Vorgaben des Herstellers bzw. der gesetzlichen Vorschriften zu warten. Im Ergebnis muss der AN eine 95 %ige Verfügbarkeit pro Jahr gewährleisten.

b) Leistungsbeschreibung unter Bezugnahme auf technische Anforderungen (Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis), § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV

Die Leistungsbeschreibung unter Bezugnahme auf technische Anforderungen ist die „klas-sische Art“ der Leistungsbeschreibung. Der Auftraggeber beschreibt hier im Leistungsver- 147

zeichnis jede einzelne auszuführende Leistung unter Bezugnahme auf die in Anlage 1 zur VgV¹⁰⁸ definierten technische Anforderungen in der folgenden Reihenfolge:

- a) nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden,
- b) Europäische Technische Bewertungen,
- c) gemeinsame technische Spezifikationen,
- d) internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden oder,
- e) falls solche Normen und Spezifikationen fehlen, nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauwerken und den Einsatz von Produkten.

Der öffentliche Auftraggeber gibt dann an, in welcher Häufigkeit die jeweilige Leistung benötigt wird. Dadurch kann der Bieter einen Grundpreis für die einzelne Ausführung dieser Leistung bestimmen (sog. **Einheitspreis**) und diesen mit der benötigten Anzahl (sog. **Vordersatz**) multiplizieren, um so den **Gesamtpreis** für die entsprechende Leistungsposition zu ermitteln. Der Gesamtangebotspreis wird dann durch einfache Addition der Preise in den einzelnen Leistungspositionen ermittelt.

Jede Bezugnahme auf eine der Anforderungen in lit. a) bis e) ist mit dem Zusatz „**oder gleichwertig**“ zu versehen, § 31 Abs. 2 S. 2 VgV.

148

Praxishinweis

Der **Bedarf** sollte so genau als möglich beschrieben werden, um

- ein klar definiertes und einforderbares Leistungssoll festzulegen,
- das Nachtragsrisiko gering zu halten,
- den Bietern eine möglich präzise Kalkulation zu ermöglichen,
- die sich regelmäßig in niedrigeren Preisen niederschlägt.

Ist die Leistungsbeschreibung unklar, kann ein Angebot nicht wegen „Abweichens“ von den Vorgaben ausgeschlossen werden.¹⁰⁹

Beispiel:

Position 7.2.1 – Niederspannungshauptverteilung (NSHV - DIN EN 61439 (VDE 0660-600), der DIN 43671 sowie Anlage 5 zur TAB 2007 (Ausgabe Monat/Jahr)) Gebäude Y,

Gebäude: Beispielstraße 3

Anlagennummer: 08.15

Baujahr: 2011

Gewerk: ELT

Anlagenpriorität: B

Anzahl Wartungen gemäß Arbeitskarte/Jahr: 3

Anzahl Inspektionen gemäß Arbeitskarte/Jahr: 1

¹⁰⁸ Vgl. Fn. 107.

¹⁰⁹ Vgl. nur OLG München, Beschl. v. 21.04.2017 – Verg 1/17.

BAUTEILE:

Feld N 3 – Anzahl: 1			
Feld N 11 – Anzahl: 1			
Feld N 12 – Anzahl: 1		Einheitspreis	Gesamtpreis
	St. 2,000		

Der öffentliche Auftraggeber darf ein **Angebot nicht mit der Begründung ablehnen**, dass die angebotenen Leistungen nicht den vorgegebenen technischen Anforderungen entsprechen, wenn das Unternehmen **in seinem Angebot mit geeigneten Mitteln nachweist**, dass die von ihm vorgeschlagenen technischen Lösungen den vorgegebenen technischen Lösungen **entsprechen**, § 32 Abs. 1 VgV. Das Unternehmen kann den Nachweis insb. durch eine technische Beschreibung des Herstellers oder den Prüfbericht einer anerkannten Stelle (etwa TÜV) führen.

Das Unternehmen hat den Nachweis unaufgefordert mit seinem Angebot zu führen und trägt demnach die Beweislast. Der Auftraggeber kann den Nachweis allerdings nach § 56 Abs. 2 VgV nachfordern (vgl. Rdn. 220 f.) und das Angebot im Übrigen aufklären, § 15 Abs. 5 S. 1 VgV.

c) Kombination aus § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VgV (Konstruktive Leistungsbeschreibung), § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VgV

Ein Rückgriff auf die Kombination aus Nr. 1 und Nr. 2 (**konstruktive Leistungsbeschreibung**) ist immer dann sinnvoll, wenn an den Leistungsgegenstand spezielle technische Anforderungen zu stellen sind, die mit den am Markt verfügbaren **Standardprodukten** nicht ohne Weiteres erfüllt werden können. Der Auftraggeber gibt dann beispielsweise **Konstruktionsanforderungen/technische Normen etc.** vor wie

- Abmessungen,
- Höchstgewicht,
- Materialien oder
- bestimmte Leistungsanforderungen des Leistungsgegenstandes vor.

Die Anforderungen dürfen – wie bei sämtlichen Arten der Leistungsbeschreibung – natürlich **nicht willkürlich** festgelegt werden oder in der Absicht, die Leistung auf einen bestimmten Anbieter zuzuschneiden, sondern müssen sich an objektiv nachvollziehbaren Notwendigkeiten orientieren. So müssen etwa maximale Abmessungen in aller Regel gerade aufgrund von eingeschränkten Platzverhältnissen festgelegt worden sein.

Beispiele sind technische Anlagen, die in Hohlböden, Deckenzwischenräumen oder ähnlichem Platz finden oder durch Türen transportabel sein müssen.

1.2.5.3 Facility Management-spezifische Sonderprobleme

Bei der Konzeption und Durchführung von Vergabeverfahren zur Beschaffung von Leistungen des Facility Management und insb. des technischen Gebäudemanagements hat der öffentliche Auftraggeber eine Reihe ständig wiederkehrender Aspekte zu beachten.

149

150

151

a) Betrachtung der Lebenszykluskosten und der Energieeffizienz

- 152 Der öffentliche Auftraggeber kann vorgeben, dass das Zuschlagskriterium „Kosten“¹¹⁰ auf der Grundlage der Lebenszykluskosten der Leistung berechnet wird, § 59 Abs. 1 VgV.
- 153 **Lebenszykluskosten** sind die Summe aus
- **Investitionskosten**, beispielsweise dem Kaufpreis eines Leuchtmittels,
 - **Folgekosten** wie Energieverbrauch, Wartung, Instandhaltung etc. und
 - **Entsorgungskosten**, wie bspw. Deponiekosten.
- 154 Macht der öffentliche Auftraggeber die Betrachtung der Lebenszykluskosten zum Bestandteil der Angebotsbewertung, ist er verpflichtet, die Berechnungsmethode und die von den Unternehmen zu übermittelnden Informationen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen anzugeben, § 59 Abs. 2 S. 1 VgV.
- 155 Die Berechnungsmethode kann umfassen:
1. die Anschaffungskosten,
 2. die Nutzungskosten, insbesondere den Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen,
 3. die Wartungskosten,
 4. Kosten am Ende der Nutzungsdauer, insbesondere die Abholungs-, Entsorgungs- oder Recyclingkosten, oder
 5. Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert nach Absatz 3 bestimmt und geprüft werden kann; solche Kosten können Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderen Schadstoffen sowie sonstige Kosten für die Eindämmung des Klimawandels umfassen.
- 156 Die Methode zur Berechnung der Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, muss nach § 59 Abs. 3 VgV folgende Bedingungen erfüllen:
1. sie beruht auf objektiv nachprüfbaren und nichtdiskriminierenden Kriterien; ist die Methode nicht für die wiederholte oder dauerhafte Anwendung entwickelt worden, darf sie bestimmte Unternehmen weder bevorzugen noch benachteiligen,
 2. sie ist für alle interessierten Beteiligten zugänglich und
 3. die zur Berechnung erforderlichen Informationen lassen sich von Unternehmen, die ihrer Sorgfaltspflicht im üblichen Maße nachkommen, einschließlich Unternehmen aus Drittstaaten, die dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von 1994 (ABl. C 256 vom 3.9.1996, S. 1), geändert durch das Protokoll zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (ABl. L 68 vom 7.3.2014, S. 2) oder anderen, für die Europäische Union bindenden internationalen Übereinkommen beigetreten sind, mit angemessenem Aufwand bereitstellen.
- Sofern eine Methode zur Berechnung der Lebenszykluskosten durch einen Rechtsakt der Europäischen Union verbindlich vorgeschrieben worden ist, hat der öffentliche Auftraggeber diese Methode vorzugeben.¹¹¹

¹¹⁰ Vgl. Rdn. 248 ff.

¹¹¹ Bei Redaktionsschluss hat noch keine von der Europäischen Union vorgegebene Methode zur Berechnung existiert.

Unabhängig von vergaberechtlichen Verpflichtungen ist die Einbeziehung von Lebenszykluskosten in die Erwägungen des Auftraggebers bereits aus **wirtschaftlichen Gründen** notwendig. Beschafft der öffentliche Auftraggeber ein Produkt zwar zu einem **niedrigen Anschaffungspreis**, das aber **hohe Folgekosten** über seine **Lebenszeit** hinweg nach sich zieht, kann ihn diese Beschaffung insgesamt teurer kommen als die Anschaffung eines Produktes mit höherem Anschaffungspreis, das aber bspw. einen **deutlich niedrigeren Energiebedarf** hat, **kaum Wartungskosten** produziert und eine erheblich **längere Lebenszeit** hat.¹¹²

157

Nach § 67 VgV¹¹³ sind die öffentlichen Auftraggeber wie folgt verpflichtet¹¹⁴:

158

- (1) Wenn **energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen Gegenstand** einer Lieferleistung nach Absatz 1 oder wesentliche Voraussetzung zur Ausführung einer Dienstleistung nach Absatz 2 sind, **müssen** die Anforderungen der Absätze 2 bis 5 beachtet werden.
- (2) In der **Leistungsbeschreibung** sollen im Hinblick auf die **Energieeffizienz** insbesondere folgende Anforderungen gestellt werden:
 1. das **höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz** und
 2. soweit vorhanden, die **höchste Energieeffizienzklasse** im Sinne der Energieverbrauchs-kennzeichnungsverordnung.
- (3) In der Leistungsbeschreibung oder an anderer geeigneter Stelle in den Vergabeunterlagen sind von den Bietern **folgende Informationen** zu fordern:
 1. **konkrete Angaben zum Energieverbrauch**, es sei denn, die auf dem Markt angebotenen Waren, technischen Geräte oder Ausrüstungen **unterscheiden** sich im zulässigen Energieverbrauch **nur geringfügig**, und
 2. in **geeigneten Fällen**,
 - a) eine **Analyse minimierter Lebenszykluskosten** oder
 - b) die Ergebnisse einer Buchstabe a **vergleichbaren Methode** zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit.
- (4) Der Auftraggeber darf nach Absatz 3 übermittelte Informationen überprüfen und hierzu ergänzende Erläuterungen von den Bietern fordern.
- (5) Im Rahmen der **Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes**¹¹⁵ ist die anhand der Informationen nach Absatz 3 oder der Ergebnisse einer Überprüfung nach Absatz 5 zu ermittelnde Energieeffizienz **als Zuschlagskriterium angemessen zu berücksichtigen**.

¹¹² Vgl. Kaiser, greenbuilding, Ausgabe 12/2011, Seite 45.

¹¹³ Vgl. auch die jeweiligen Regelungen des § 8c EU VOB/A für Bauleistungen und § 58 SektVO.

¹¹⁴ Nach der Rechtsprechung der VK Rheinland-Pfalz (Beschl. v. 13.11.2015 – VK 1-16/15) sind die Vorgaben zur Energieeffizienz **nicht drittschützend**. Ein Konkurrent kann sich demnach nicht mit Erfolg auf eine Nichtberücksichtigung der Energieeffizienz bei der Angebotswertung berufen. Die Norm diene nicht dem Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerbschancen der Bieter, sondern allgemeinen umweltpolitischen Zielen.

¹¹⁵ Vgl. Rdn. 258 ff.

159 Praxishinweis

§ 67 VgV lässt insb. offen,

- unter welchen Umständen ein **geeigneter Fall** für die Analyse der Energieeffizienz vorliegt,
- **welche Angaben gefordert werden** sollen und
- **wie** die von den Bietern gemachten Angaben **berücksichtigt** werden können.

Faustformel:

Je höher die Verbrauchs-, Folge- und Entsorgungskosten eines zu beschaffenden Produktes über dessen Lebenszeit im Vergleich zu den Anschaffungskosten sind, desto eher bietet sich eine Abfrage der Lebenszykluskosten an.

Gleichzeitig muss die geforderte Lebenskostenanalyse aber sowohl für den Auftraggeber gestaltbar und nachprüfbar als auch für die interessierten Unternehmen – wegen ihrer Wertungsrelevanz – nachvollziehbar sein. Wegen der zunehmenden Komplexität insb. im Bereich der Gebäudeautomation und der damit einhergehenden **gegenseitigen Abhängigkeit sowohl der unterschiedlichen Gebäudeteile und Anlagen** als auch aller die Betriebskosten eines Gebäudes beeinflussenden Umstände ist es praktisch unmöglich (oder allenfalls mit erheblichem Aufwand darstellbar), diese in ihrer Gesamtheit wertungsfähig zu benennen. Es bietet sich daher an, die Bewertung auf **wenige, aber zentrale Aspekte** zu beschränken, etwa:

- Primärenergieaufnahme
- durchschnittliche Lebensdauer in Betriebsstunden
- Energieeffizienz

b) Produktvorgaben

- 160 § 31 Abs. 6 VgV legt fest, dass die Leistungsbeschreibung grundsätzlich **produktneutral** gestaltet sein muss. Der Grundsatz der Produktneutralität dient der **Chancengleichheit**¹¹⁶ – die Bieter sollen nicht in verbotener Weise beschränkt werden. Das heißt, dass in den technischen Anforderungen ohne sachliche Rechtfertigung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte **ohne Rechtfertigung** begünstigt oder ausgeschlossen werden. Als Ausfluss des **Leistungsbestimmungsrechts** des öffentlichen Auftraggebers gilt das Gebot der produktneutralen Ausschreibung aber **nicht absolut**. Der Auftraggeber ist insb. nicht gehalten, die Ausschreibung so zuzuschneiden, dass sie zum Unternehmens- oder Betriebskonzept eines jeden möglichen Bieters passt.¹¹⁷

Der Auftraggeber kann, soweit in jedem konkreten Einzelfall **gerechtfertigt**, **Produktvorgaben** machen oder **Leitfabrikate** vorgeben.

116 S. Weyand, § 7 VOB/A, Rdn. 228.

117 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.06.2012 – Verg 7/12.

aa) Sog. „echte“ Produktvorgabe, § 31 Abs. 6 S. 1 VgV

Mit einer sog. „echten“ Produktvorgabe gibt der Auftraggeber wortwörtlich ein bestimmtes Produkt vor.

161

Echte Produktvorgaben sind gerechtfertigt, wenn

162

- eine an **sach- und auftragsbezogenen Kriterien** orientierte Beschaffungsentscheidung zur Festlegung auf ein bestimmtes Erzeugnis oder zur Wahl einer bestimmten Technologie führt und
- die Begründung nachvollziehbar ist.¹¹⁸

Die Nachprüfungsinstanzen prüfen die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich allein auf **Willkür**.

Praxishinweis

163

Auftraggeber müssen bei der Aufnahme einer echten Produktvorgabe in die Leistungsbeschreibung insb. Folgendes beachten:

- **sorgfältige Dokumentation** der Begründung für die Aufnahme jeder einzelnen Produktvorgabe
- der **Zusatz „oder gleichwertig“** ist nicht angebracht und irreführend
- Bieter, die ein **abweichendes Produkt** etc. anbieten, sind grundsätzlich vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen
- **Gründe** für eine Produktvorgabe können etwa sein:¹¹⁹
 - Kompatibilität zu einer bestehenden Infrastruktur
 - gestalterische, ästhetische Aspekte¹²⁰
 - Aufbrauchen eines bestehenden Ersatzteillagers
 - Einfügen in eine Gesamtliegenschaft (z.B. keine unterschiedlichen Türknäufe, Türen etc.)
 - Zweckmäßigkeit einer einheitlichen Wartung
 - Die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers für die Beschaffung eines bestimmten Produkts aus technischen Gründen ist sachlich gerechtfertigt, wenn hierdurch im Interesse der Systemsicherheit und Funktion eine wesentliche Verringerung von Risikopotentialen (Risiko von Fehlfunktionen, Kompatibilitätsproblemen, höherem Umstellungsaufwand) bewirkt wird.¹²¹

Das **OLG Düsseldorf**¹²² hält mit Hinweis auf das Leistungsbestimmungsrecht eine **Markterforschung oder Markterkundung**, ob eine andere Lösung möglich ist, **grundsätzlich nicht für notwendig**. Die an den Beschaffungsgegenstand zu stellenden technischen und ästhetischen Anforderungen bestimme der Auftraggeber¹²³ (sog. Leistungsbestimmungsrecht)¹²⁴.

¹¹⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.06.2012 – Verg 7/12; Beschl. v. 03.03.2010 – Verg 46/09.

¹¹⁹ Die Rechtmäßigkeit einer Produktvorgabe ist immer eine Frage des Einzelfalls.

¹²⁰ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.09.2016 – 15 Verg 7/16 zur Vorgabe eines Steinway & Sons-Flügel.

¹²¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.05.2017 – Verg 36/16.

¹²² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.06.2012 – Verg 7/12.

¹²³ A.A. bspw. OLG Celle, Beschl. v. 22.05.2008 – 13 Verg 1/08.

¹²⁴ Vgl. Rdn. 108 ff.

bb) „verdeckte“ Produktvorgabe

- 164 **Stets unzulässig** ist die sog. „verdeckte“ Produktvorgabe:¹²⁵
- gewolltes Produkt wird zwar **nicht konkret benannt**
 - die **Anforderungen** an das anzubietende Produkt sind aber derart eng gesteckt, dass **faktisch nur ein einziges Fabrikat** am Markt verfügbar ist, das diesen Anforderungen genau entspricht.
- 165 **Typische Indizien** für versteckte Produktvorgaben sind in der Praxis etwa
- „**unrunde**“ Längen-, Gewichts- oder Leistungsangaben.¹²⁶
 - Verwendung von **Beispieltexten** der Produkthersteller in den Leistungsverzeichnissen oder
 - **Abschreiben von Produktblättern.**

166 Praxishinweis

Auftraggeber sollten in jedem Fall von der Verwendung verdeckter Produktvorgaben **Abstand nehmen**. Mittels **einfacher Internetrecherche** lässt sich aus den Formulierungen häufig der **Ursprung der Vorgaben konkret nachweisen**. Der dann festgestellte, schwerwiegende **Vergaberechtsverstoß** nötigt den Auftraggeber regelmäßig zur **Rücksetzung des Verfahrens** und damit zu einem hohen personellen, zeitlichen und finanziellen Aufwand. **Bieter**, die derartige Vorgaben finden, sollten die entsprechenden Vorgaben (mit Benennung des vermeintlich vorgegebenen Produkts) rügen,¹²⁷ um sich ihre Rechtsschutzmöglichkeiten offen zu halten.

Legt ein Auftraggeber auf ein **bestimmtes Produkt** wert, sollte er überprüfen, ob eine Rechtfertigung für eine echte Produktvorgabe vorliegt, andernfalls aber sollte **stets produktneutral** ausgeschrieben werden.

cc) Leitfabrikate, § 31 Abs. 6 S. 2 VgV

- 167 Die Möglichkeit zur Vorgabe eines **Leitfabrikates** bildet eine weitere (eng auszulegende) Ausnahme von dem **Grundsatz der Produktneutralität**.
- 168 Ein Leitfabrikat dient nicht der Vorgabe eines Produktes etc., sondern **der Beschreibung der gewünschten Leistungen** durch ein anderes (Vergleichs-)Produkt. Der Auftraggeber legt also keinen zwingenden Wert darauf, dass der Bieter das Leitprodukt anbietet, sondern „nur“ auf ein Produkt, das den Spezifikationen des Leitfabrikats entspricht (gleichwertig ist). Dieser Aspekt ist durch den Zusatz „oder gleichwertig“ kenntlich zu machen.
- 169 Die Aufnahme von Leitfabrikaten ist **ausnahmsweise** gem. § 31 Abs. 6 S. 2 VgV zulässig, wenn der Auftragsgegenstand abstrakt nicht hinreichend genau und allgemein verständ-

¹²⁵ Vgl. VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 30.08.2016 – 1 VK 36/16.

¹²⁶ Unrunde Maße können allerdings tatsächlich auch wegen konstruktiven Erfordernissen, bzw. beengten Platzverhältnissen, erforderlich sein.

¹²⁷ Vgl. Rdn. 332 ff.

lich beschrieben werden kann.¹²⁸ Leitprodukte können also – vereinfacht ausgedrückt – grundsätzlich nur dann in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden, wenn dem Auftraggeber die **präzise Beschreibung** des Produktes auf produktneutrale Weise entweder **unmöglich oder unzumutbar** ist. **Grenze** ist die Eignung der Beschreibung ohne Leitfabrikat, bei allen mit der Leistung befassten Marktteilnehmern das gleiche Verständnis der geforderten Leistung hervorzurufen. Der Umstand allein, dass die textliche Umschreibung des Auftragsgegenstandes in aller Regel deutlich mehr Aufwand bedeutet als die einfache Benennung eines Produktes, reicht regelmäßig nicht aus, um die Vorgabe eines Leitfabrikates zu rechtfertigen.

Das angebotene Fabrikat muss dem – zulässig vorgegebenen – Leitfabrikat gleichwertig sein.

Der Nachweis der Gleichwertigkeit

170

- darf **nicht bereits mit Angebotsabgabe** gefordert werden¹²⁹ und
- kann durch gültiges Prüfzeugnis, Musterstellung¹³⁰ oder durch einfache Erklärung der Herstellerfirma¹³¹ geführt werden.

Die **Begründung** für die Aufnahme von Leitfabrikaten ist in jedem Einzelfall zu dokumentieren.

Praxishinweis

171

Bei der **Aufnahme von Leitfabrikaten** ist Folgendes zu berücksichtigen:

- Wegen der dargestellten Anforderungen an die eng auszulegende Ausnahmeregelung sind **ca. 95 % aller aufgenommenen Leitfabrikate unzulässig**.
- Der **Zusatz „oder gleichwertig“** ist zwingende **Rechtsfolge** einer bereits zulässigen Aufnahme eines Leitfabrikats. Der Zusatz selbst ist allerdings **keine Rechtfertigung** für die Aufnahme.
- Die Anforderungen an die zulässige Aufnahme eines **Leitfabrikats** sind faktisch **strenger** als die Anforderungen an die zulässige **Vorgabe eines Produkts**.
- Der Auftraggeber muss angeben, in welchen Aspekten das angebotene Fabrikat dem Leitfabrikat entsprechen muss, um „gleichwertig“ zu sein.¹³²

c) „Endgültigkeit“ der Leistungsbeschreibung

172

Grundsätzlich ist die einmal an die interessierten Unternehmen übermittelte Leistungsbeschreibung **verbindlich**. Gleichwohl kann der Auftraggeber während des laufenden Verfahrens feststellen, dass die ursprünglich ausgeschriebene Leistung nicht optimal auf seinen

¹²⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.03.2010 – Verg 61/09.

¹²⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.03.2010 – Verg 61/09; a. A. VK Thüringen, Beschl. v. 11.06.2009 – 250-4002.20-2532/2009-002-SOK.

¹³⁰ VK Südbayern, Beschl. v. 21.05.2010 – Z3-3-3194-1-21-04/10.

¹³¹ OLG Jena, Beschl. v. 31.08.2009 – 9 Verg 6/09.

¹³² VK Thüringen, Beschl. v. 06.06.2017 – 250-4002-4513/2017-N-008-NDH; Beschl. v. 09.06.2016 – 250-4002-4702/2016-N-005-KYF.

Beschaffungsbedarf ausgerichtet ist, oder dass bestimmte Entwicklungen eine **Anpassung** notwendig machen. In derartigen Fällen ist es nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf¹³³ zulässig, den Beschaffungsbedarf im noch laufenden Vergabeverfahren – auch nach Angebotsabgabe/Submission – entsprechend zu modifizieren.¹³⁴ Dies kann etwa durch die Versendung angepasster Austauschseiten für das Leistungsverzeichnis erfolgen.

173 Diese **Vorgehensweise** setzt voraus, dass

- die Anpassungen gegenüber allen Unternehmen, die die Unterlagen abgefordert haben (und bei mehrstufigen Verfahren noch im Verfahren verbleiben), transparent und in gleicher Weise bekanntgegeben werden,
- den Unternehmen genügend Zeit eingeräumt wird, ihre Kalkulation und ggfs. die weiteren Angebotsinhalte an die geänderten Anforderungen anzupassen und ihr Angebot entsprechend zu modifizieren und
- Unternehmen, die ihr Angebot bereits übermittelt haben, gestattet wird, ein überarbeitetes Angebot einzureichen, das die geänderten Leistungsanforderungen berücksichtigt.

Der EuGH¹³⁵ hat allerdings entschieden, dass es einem Auftraggeber im laufenden Verfahren **verwehrt** ist, die Angebotsunterlagen durch Bieterinformationen o.ä. maßgeblich zu ändern. Das ist insb. dann der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung festgelegte Mindestkriterien ändert und (ausschließlich) die Teilnehmer an dem Vergabeverfahren informiert. In den Fällen wesentlicher Änderungen wird der Auftraggeber zur Information des Marktes eine Änderungsbekanntmachung veröffentlichen und entsprechende Fristverlängerungen einräumen sowie ggfs. eine Rückversetzung des Verfahrens durchführen müssen.

Der öffentliche Auftraggeber kann vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH **nicht davon ausgehen**, dass das OLG Düsseldorf die dargestellte Rechtsprechung – jedenfalls nicht in dem Umfang – aufrechterhalten kann.

174 Praxishinweis

Vertragsänderungen während der Vertragslaufzeit

Das ausgeschriebene und beauftragte Leistungssoll bleiben im Idealfall bis zum Vertragsende unverändert. Das ausgeschriebene Leistungssoll und die übrigen Regelungen waren dem Wettbewerb unterstellt und Gegenstand der Angebote der Bieter bzw. Grundlage für deren Entscheidung, sich an dem Vergabeverfahren zu beteiligen oder nicht. Die Durchführung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der Vertragslaufzeit ohne Modifikationen entspricht allerdings regelmäßig nicht der Praxis und wird – gerade bei größeren FM-Projekten etwa wegen der ständigen Weiterentwicklung etwa der Haustechnik – auch nicht dem Bedarf des Auftraggebers gerecht. Um andererseits Manipulationen des Vergabeverfahrens durch nachträgliche Änderungen zu vermeiden, regelt § 132 GWB den Umgang mit Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit.

133 OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.01.2010 – 27 U 1/09, vgl. zur Kritik an dieser Entscheidung Franke/Kaiser, in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB, § 7 EG Rdn. 24 ff.

134 Vgl. auch VK Bund, Beschl. v. 14.02.2017 – VK 1-140/16.

135 EuGH, Urt. v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10.

Nach § 132 Abs. 1 GWB erfordern **wesentliche Änderungen** eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren. Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. Eine wesentliche Änderung liegt insbesondere vor, wenn

1. mit der Änderung Bedingungen eingeführt werden, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten,
 - a) die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter ermöglicht hätten,
 - b) die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht hätten oder
 - c) das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten,
 2. mit der Änderung das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrags zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war,
 3. mit der Änderung der Umfang des öffentlichen Auftrags erheblich ausgeweitet wird oder
 4. ein neuer Auftragnehmer den Auftragnehmer in anderen als den in Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 vorgesehenen Fällen ersetzt.
- (2) Unbeschadet des Absatzes 1 ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn
1. in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert,
 2. zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen erforderlich geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers
 - a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und
 - b) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre,
 3. die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert oder
 4. ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt
 - a) aufgrund einer Überprüfungsklausel im Sinne von Nummer 1,
 - b) aufgrund der Tatsache, dass ein anderes Unternehmen, das die ursprünglich festgelegten Anforderungen an die Eignung erfüllt, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung, wie zum Beispiel durch Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz, ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen im Sinne des Absatzes 1 zur Folge hat, oder
 - c) aufgrund der Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt.
- In den Fällen des Satzes 1 Nummer 2 und 3 darf der Preis um nicht mehr als 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen des Auftrags gilt diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften dieses Teils zu umgehen.
- (3) Die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens ist ferner zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung

1. die jeweiligen Schwellenwerte nach § 106 nicht übersteigt und
2. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 Prozent und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.

Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich.

(4) Enthält der Vertrag eine Indexierungsklausel, wird für die Wertberechnung gemäß Absatz 2 Satz 2 und 3 sowie gemäß Absatz 3 der höhere Preis als Referenzwert herangezogen.

(5) Änderungen nach Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und 3 sind im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen.

Kündigung u. a. wegen Vertragsänderungen

§ 133 GWB räumt dem öffentlichen Auftraggeber in besonderen, nicht abschließend geregelten Fällen vergaberechtlich motivierte Kündigungsrechte¹³⁶ ein. Die Kündigung ist nur dann möglich, wenn sich aus dem Vertrag fortdauernde Pflichten ergeben. Die Kündigung ist nicht fristgebunden und muss auch keine Kündigungsfristen einhalten.

Nach § 133 Abs. 1 GWB können unbeschadet des § 135 öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag während der Vertragslaufzeit kündigen, wenn

1. eine wesentliche Änderung vorgenommen wurde, die nach § 132 ein neues Vergabeverfahren erfordert hätte,
2. zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung ein zwingender Ausschlussgrund nach § 123 Absatz 1 bis 4 vorlag oder
3. der öffentliche Auftrag aufgrund einer schweren Verletzung der Verpflichtungen aus dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder aus den Vorschriften dieses Teils, die der Europäische Gerichtshof in einem Verfahren nach Artikel 258 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union festgestellt hat, nicht an den Auftragnehmer hätte vergeben werden dürfen.

Abs. 2 legt fest, dass im Fall der Kündigung eines öffentlichen Auftrags gem. Abs. 1, der Auftragnehmer einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen kann. Im Fall des Absatzes 1 Nummer 2 steht dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den öffentlichen Auftraggeber nicht von Interesse sind.

Abs. 3 regelt, dass die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, durch die Kündigung nicht ausgeschlossen wird.

d) Bedarfs- oder Eventualpositionen

175

Praxishinweis

Sowohl mit der Aufnahme von Bedarfs- oder Eventualpositionen als auch von Wahl- oder Alternativpositionen¹³⁷ schränkt der öffentliche Auftraggeber die Transparenz des Verfahrens und die Kalkulierbarkeit der Angebote ein. Beiden Positionsarten ist gemein, dass der Bieter bei Abgabe seines Angebots nicht (sicher) weiß, welche dieser Positionen zur Ausführung

¹³⁶ Die Kündigungsrechte verdichten sich regelmäßig zu Kündigungspflichten, da sie nach ihrem Zweck der Durchsetzung des Kartellvergaberechts (effet utile) dienen.

¹³⁷ Vgl. Rdn. 180 ff.

gelangen werden. Die Aufnahme dieser Positionen ist zwar nicht per se unzulässig, aber an Voraussetzungen gebunden, die im Einzelfall zu prüfen und zu dokumentieren sind.

Der öffentliche Auftraggeber ist insb. verpflichtet, sich eindeutig festzulegen, ob es sich um eine Wahl- oder eine Bedarfsposition handelt, und die Position entsprechend zu kennzeichnen.¹³⁸

Als **Bedarfspositionen** werden Leistungen ausgeschrieben, deren Ausführung **bei Erstellung der Vergabeunterlagen** noch nicht feststeht, die also nur bei Bedarf oder bei entsprechender Entscheidung des Auftraggebers ausgeführt werden sollen. 176

aa) Zulässigkeit

Die Aufnahme von **Bedarfspositionen** ist zulässig,¹³⁹ wenn 177

- im Zeitpunkt der Versendung der Vergabeunterlagen für den Auftraggeber **objektiv weder vorhersehbar noch auflärbar** ist, ob die zusätzlichen Leistungen notwendig sein werden,
- an der Ausschreibung als Bedarfsposition ein **anzuerkennendes Bedürfnis** (keine Willkür oder Schließung von Planungslücken) besteht,
- die entsprechenden Leistungen hinreichend deutlich als Bedarfsleistungen **gekennzeichnet** (nEP) sind und für einen fachkundigen Bieter unzweifelhaft als solche zu erkennen sind,
- die angegebenen Preise in die **Angebotswertung** eingestellt werden.
- Zudem darf die **Summe aller Bedarfspositionen** nur einen geringen Anteil am Gesamtwert der ausgeschriebenen Leistung ausmachen. In Rechtsprechung und Literatur werden teilweise bereits 10 % als problematisch angesehen.¹⁴⁰

bb) Wertung

Bedarfspositionen sind bei der **Wertung** zu berücksichtigen; jedenfalls dann, wenn der konkrete Bedarf im Zeitpunkt der Angebotswertung weiterhin nicht voraussehbar ist und die Notwendigkeit einer Beschaffung auch bei sorgsamer Ausschöpfung der dem Auftraggeber bis dahin zumutbaren Erkenntnismöglichkeiten nicht ausgeschlossen werden kann.¹⁴¹ Dies ist aufgrund der vergaberechtlichen Grundprinzipien der Transparenz und der Wettbewerbsgerechtigkeit zwingend.¹⁴² 178

Praxishinweis

179

Die Obliegenheit möglichst **realistischer Angaben** zu Bedarfspositionen und deren Bewertung **hat einen materiellen Hintergrund**. Entscheidet der öffentliche Auftraggeber im Laufe

¹³⁸ VK Bund, Beschl. v. 23.02.2017 – VK 1-11/17.

¹³⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.02.2010 – Verg 36/09.

¹⁴⁰ Vgl. zu einem Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte instruktiv VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.03.2017 – 3 VK LSA 04/17.

¹⁴¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.02.2010 – VII-Verg 36/09.

¹⁴² VK Südbayern, Beschl. v. 07.04.2006 – Z3-3-3194-1-07-03/06.

der Auftragsausführung, die **Bedarfsposition zur Ausführung** zu bringen, muss er die Leistung bei dem Auftragnehmer zu den angebotenen Konditionen – also vor allem zu dessen **Preisen** – beziehen.¹⁴³

e) Wahl- oder Alternativpositionen

- 180 Mit der Ausschreibung von **Wahlpositionen (Alternativpositionen)** behält sich der Auftraggeber die Entscheidung über die Ausführung einer Leistung **bis zur Zuschlagserteilung** vor.

aa) Zulässigkeit

- 181 Die **Ausschreibung einer Wahlposition** ist vergaberechtlich nicht per se unzulässig.¹⁴⁴ Ihre Aufnahme in die Leistungsbeschreibung beeinträchtigt aber die Transparenz des Verfahrens und das Recht des Bieters auf eine **eindeutige und erschöpfende Beschreibung** der Leistung, § 121 Abs. 1 S. 1 GWB. Die Aufnahme zu vieler Wahl- oder Bedarfspositionen kann daher dazu führen, dass die Leistungsbeschreibung intransparent wird.¹⁴⁵
- 182 Die Aufnahme von Wahlpositionen ist **zulässig**¹⁴⁶, wenn:
- der Auftraggeber an der Aufnahme der Wahlposition ein **berechtigtes Interesse besitzt**, die zu beauftragende Leistung in den betreffenden Punkten einstweilen offen zu halten,
 - ihre Aufnahme **nicht eine mangelhafte Planung** ersetzt,
 - der Auftraggeber den Bieter die **Entscheidung über die Wahl der Variante** spätestens mit seiner Zuschlagsentscheidung transparent **mitteilt**,
 - der Auftraggeber die Bieter über die **Hintergründe** der Aufnahme der Wahlpositionen in die Vergabeunterlagen **transparent informiert** und darüber, welche Variante präferiert wird,
 - der Auftraggeber zur Vermeidung von Manipulationsmöglichkeiten außerdem mitteilt, nach **welchen Kriterien die Auswahlentscheidung** getroffen werden wird (z.B. Budget, Entscheidung für die kostengünstigere Variante).
- 183 **Feste prozentuale Grenzen** des zulässigen Anteils von Alternativpositionen an der Leistungsbeschreibung bestehen **nicht**.¹⁴⁷ Die Dokumentation der Gründe für die Aufnahme einer Wahlposition im Vergabevermerk ist zwingend.

bb) Wertung

- 184 In die Wertung geht diejenige Position (voll) ein, für deren Ausführung sich der Auftraggeber nach den zuvor mitgeteilten Kriterien entschieden hat.

143 Hanseatisches OLG Hamburg, Urt. v. 07.11.2003 – 1 U 108/02.

144 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 – Verg 58/10; Beschl. v. 22.02.2012 – Verg 87/11.

145 Vgl. VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.03.2017 – 3 VK LSA 04/17.

146 VK Bund, Beschl. v. 23.02.2017 – VK 1-11/17.

147 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.02.2012 – Verg 87/11.

Praxishinweis

185

Der Auftraggeber sollte die **Aufnahme von Wahlpositionen** in das Leistungsverzeichnis sehr **sorgfältig prüfen**.

Das OLG Düsseldorf¹⁴⁸ hat entschieden, dass die **engen Voraussetzungen**, nach denen Wahl- bzw. Alternativpositionen in vergaberechtlich zulässiger Weise ausgeschrieben werden können, **Spezialwissen** sind, das bei einem Bieter nicht vorausgesetzt werden kann, so dass ein entsprechender Vergabeverstoß nicht erkennbar im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist. Das heißt, dass sich ein unterlegener Bieter mit einer **Rüge** mglw. bis zum Zeitpunkt der **Information nach § 134 GWB** Zeit lassen kann. Ist die Rüge erfolgreich, verbleibt dem öffentlichen Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt regelmäßig keine andere Möglichkeit, als das Verfahren in den **Zeitpunkt vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe** zurückzusetzen. Der öffentliche Auftraggeber riskiert also einen **erheblichen Zeitverlust**, wenn er die Aufnahme von Wahlpositionen **nicht sorgfältig prüft**.

1.2.6 Losweise Vergabe

Nach § 97 Abs. 4 GWB sind Leistungen grundsätzlich losweise zu vergeben, soweit technische und wirtschaftliche Gründe keine Gesamtvergabe erfordern. 186

Auf die **(einklagbare) Pflicht** des Auftraggebers zur losweisen Vergabe können sich nicht nur kleine und mittlere Interessenten berufen, sondern auch größere Unternehmen,¹⁴⁹ wodurch die Zielsetzung nicht nur der Mittelstandsförderung, sondern auch der **allgemeinen Wettbewerbsförderung** des § 97 Abs. 4 GWB hervorgehoben wird. Leistungen müssen danach in der **Menge aufgeteilt (Teillose)** und getrennt nach **Art oder Fachgebiet (Fachlose)** vergeben werden. Ist ein Bieter aufgrund eigener Kapazitäten allerdings in der Lage, die ausgeschriebenen Leistungen insgesamt zu erbringen, und kann deswegen auf die Fachlose jeweils ein Angebot abgeben, kann er nicht nachweisen, durch eine Losaufteilung bessere Chancen auf Erteilung des Zuschlags für den Gesamtauftrag oder Teilen davon gehabt zu haben und ist in seinen Rechten nicht verletzt.¹⁵⁰ 187

Beide Losarten stehen **gleichwertig nebeneinander**. Eine Aufteilung in Teillose lässt also die grundsätzliche Pflicht zur (weiteren) Aufteilung in Fachlose keinesfalls automatisch entfallen; umgekehrt gilt Gleiches.

Eine **Vergabe nach Teillosen** stellt eine mengenmäßige oder räumliche Unterteilung der Aufträge in inhaltlich gleichartige Teile dar, z.B.: 188

- Vergabe der Betriebsführungsleistungen für Heizanlagen eines Wohnungsbaukonzerns: **Aufteilung in verschiedene Geschäftsstellen**
- Vergabe der Leistungen des Facility Managements für einen bundesweit tätigen Auftraggeber: **Aufteilung je nach Standort**

148 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 – Verg 58/10; VK Bund, Beschl. v. 23.02.2017 – VK 1-11/17.

149 So OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.07.2007 – Verg 10/07; VK Nordbayern, Beschl. v. 06.09.2016 – 21.VK-3194-16/16.

150 VK Bund, Beschl. v. 31.10.2016 – VK 1-90/16.

189 Die **Aufteilung in Fachlose** erfolgt demgegenüber je nach Art oder Fachgebiet, mithin je nach Gewerbebezweig (Gewerke), z.B.

- **Technisches Gebäudemanagement:**

- Los 1: Technische Gebäudeausrüstung
- Los 2: Elektrotechnik
- Los 3: Küchentechnik
- Los 4: Fassadenbefahranlagen
- Los 5: Sanitär
- Los 6: HLSK

- **Reinigungsleistungen**

- Glasreinigung
- Unterhaltsreinigung

190 Nur in **begründeten Ausnahmefällen** kann vom Gebot der Losaufteilung abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern, § 97 Abs. 4 S. 3 GWB:¹⁵¹

- **wirtschaftliche Gründe** (Vermeidung einer unwirtschaftlichen Zersplitterung der Auftragsvergabe)

- Koordinierung und Abgrenzung der Lose, insbesondere bei der Zuordnung der Gewährleistung¹⁵²
- Vertragsgemäßheit, insbesondere die Einheitlichkeit der Leistungen, kann nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand gesichert werden oder die Überwachung und Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen wird ungewöhnlich erschwert¹⁵³
- Aufteilung bringt unverhältnismäßige Kostennachteile mit sich oder führt zu einer starken Verzögerung des Vorhabens¹⁵⁴

- **technische Gründe**

- bautechnische Kopplungen benachbarter Baukörper¹⁵⁵
- das – nicht durch die inhaltliche Gestaltung der Vergabeunterlagen vermeidbare – Risiko besteht, dass der Auftraggeber Teilleistungen erhält, die zwar jeweils ausschreibungskonform sind, aber nicht zusammenpassen und deshalb in ihrer Gesamtheit nicht geeignet sind, den Beschaffungsbedarf in der angestrebten Qualität zu befriedigen¹⁵⁶

191 Die Gründe müssen den Auftraggeber jedenfalls **stärker belasten**, als dies typischerweise bei einer losweisen Ausschreibung der Fall ist, da die Regelungen zur losweisen Vergabe sonst leer laufen.¹⁵⁷

¹⁵¹ So auch die Gesetzesbegründung der Reform 2009, BT Drucks. 16/10117, S. 15; übernommen für die Reform 2016 in der BT Drucks. 18/6281, S. 68.

¹⁵² Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.03.2012 – VII-Verg 92/11.

¹⁵³ 1. VK Sachsen, Beschl. v. 25.09.2009 – 1/SVK/038-09.

¹⁵⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.07.2007 – VII – Verg 10/07.

¹⁵⁵ 2. VK Bund, Beschl. v. 08.10.2003 – VK 2 – 78/03.

¹⁵⁶ OLG Koblenz, Beschl. v. 04.04.2012 – 1 Verg 2/11.

¹⁵⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.07.2007 – VII – Verg 10/07; OLG Koblenz, Beschl. v. 04.04.2012 – 1 Verg 2/11.

Die **Gründe**, wegen derer sich der Auftraggeber gegen eine Losaufteilung entschieden hat, sind in dem Vergabevermerk ebenso belastbar zu **dokumentieren** wie die Gründe für die konkrete Aufteilung der Lose. 192

Praxishinweis

193

Die Rechtsprechung legt den Grundsatz der losweisen Vergabe zunehmend **restriktiv** aus.¹⁵⁸ Bei der Entscheidung für eine Gesamtvergabe kommt dem Auftraggeber wegen der dabei anzustellenden prognostischen Überlegungen zwar eine nur **beschränkt überprüfbare Einschätzungsprärogative** zu. Die Entscheidung des Auftraggebers ist lediglich darauf zu prüfen,

- ob sie auf einer vollständigen und zutreffenden Tatsachengrundlage beruht
- sowie aus vernünftigen Erwägungen heraus
- und im Ergebnis vertretbar getroffen worden ist.¹⁵⁹

Die für die zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe müssen aber nicht nur aner kennenswert sein, sondern überwiegen.¹⁶⁰

Faustregel:

Maßgeblich ist regelmäßig die **Marktüblichkeit** des Gewerkezuschnitts (z.B. HLSK als Gesamtvergabe ohne weitere Aufteilung). Wesentlich ist demnach, ob ein Anbietermarkt mit Fachunternehmen existiert, die sich auf bestimmte Tätigkeiten spezialisiert haben und ohne Losvergabe keinen Zugang zu öffentlichen Aufträgen hätten. Außerdem muss es eine hinreichend große Anzahl von Fachunternehmen geben, damit jeder öffentliche Auftraggeber, der Lose bildet, diese auch tatsächlich im Wettbewerb vergeben kann. Ein Leistungsabschnitt, der von Unternehmen mit einem anderen Kerngeschäft als Service- oder Nebenleistung angeboten wird, ist kein Fachlos.¹⁶¹

Hat sich ein Markt für den Loszuschnitt etabliert, spricht viel gegen die Verpflichtung zu einer weiteren Aufteilung in Fachlose.¹⁶² Die **Marktüblichkeit** ist jedoch einem Wandel unterworfen. Nach der Rechtsprechung¹⁶³ sind bspw. **Reinigungsleistungen** in das Los „**Glasreinigung**“ und das Los „**Unterhaltsreinigung**“ aufzuteilen.

Bei der Vorbereitung der Vergabe ist auf die Gestaltung der Lose äußerste Sorgfalt zu verwenden. Die angestellten Überlegungen sind transparent zu dokumentieren.

¹⁵⁸ So zuletzt insb. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.04.2012 – Verg 100/11; OLG Koblenz, Beschl. v. 30.03.2012 – 1 Verg 2/12; vgl. zu den Grenzen aber OLG Koblenz, Beschl. v. 16.09.2013 – 1 Verg 5/13, mit Anm. Kaiser VergabeR 2014, S. 30.

¹⁵⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.04.2012 – Verg 100/11.

¹⁶⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.01.2012 – Verg 52/11.

¹⁶¹ OLG Koblenz, Beschl. v. 16.09.2013 – 1 Verg 5/13.

¹⁶² VK Bund, Beschl. v. 09.05.2017 – VK 2-34/17.

¹⁶³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.01.2012 – Verg 52/11; OLG Koblenz, Beschl. v. 04.04.2012 – 1 Verg 2/11.

1.2.7 Nebenangebote, § 35 VgV

- 194 Grundsätzlich dürfen die Bieter von den Bestimmungen der durch den Auftraggeber vorgegebenen Leistungsbeschreibung nicht abweichen, ohne dass ihnen der Ausschluss vom Vergabeverfahren droht. Eine Ausnahme bilden die sog. Neben- oder Alternativangebote.
- 195 **Nebenangebote** sind Angebote, mit denen ein Bieter von der in der Leistungsbeschreibung oder dem Leistungsverzeichnis vorgesehenen Art der Ausführung **abweicht**.¹⁶⁴ Nebenangebote sind nur dann zulässig, wenn der öffentliche Auftraggeber sie in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessenbekundung explizit zugelassen hat, § 35 Abs. 1 S. 2 VgV. Nebenangebote konkurrieren mit den Nebenangeboten und den Hauptangeboten der anderen Bieter sowie ggfs. mit dem Hauptangebot des jeweiligen Bieters selbst um die Erteilung des Zuschlags.

196 Praxishinweis

Die Zulassung von Nebenangeboten kann **vorteilhaft** sein:

- **für den Auftraggeber**, da er auch im offenen Verfahren innovatives und ggfs. kostengünstigeres Know-How der Bieter abgreifen kann.
- **für den Bieter**, da er sich durch kreative Ideen Wettbewerbsvorteile (auch durch Kosteneinsparungen) verschaffen kann.

1.2.7.1 Zulässigkeit

- 197 Nach § 35 Abs. 1 S. 2 VgV sind Nebenangebote **nur zulässig**, wenn der öffentliche Auftraggeber dies ausdrücklich bestimmt.

Der Auftraggeber entscheidet allein, ob er Nebenangebote zulassen will oder nicht. Die Bieter haben **keinen Anspruch auf Zulassung** von Nebenangeboten.

198 Praxishinweis

Der Auftraggeber ist wegen der Zulassung von Nebenangeboten der Kreativität der Bieter jedoch nicht schutzlos ausgeliefert, sondern

- **kann** festlegen, dass Nebenangebote nur bei Abgabe eines wertungsfähigen Hauptangebotes zulässig sind (etwa dann, wenn er den sog. Amtsentwurf jedenfalls angeboten sehen möchte),
- **kann** festlegen, ob er technische oder wirtschaftliche Nebenangebote erwartet,
- **kann** auch bestimmte Vorgaben in der Leistungsbeschreibung für bindend erklären und
- **muss** in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen Mindestanforderungen festlegen.

¹⁶⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.03.2011 – VII-Verg 52/10.

1.2.7.2 Mindestanforderungen

§ 35 Abs. 2 S. 1 VgV verpflichtet den Auftraggeber, in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen **Mindestanforderungen** für die zugelassenen Nebenangebote festzulegen. Der Auftraggeber ist an die einmal festgelegten und bekanntgegebenen Mindestanforderungen gebunden.¹⁶⁵ Dies soll dem Bieter eine Einschätzung darüber ermöglichen, welche Nebenangebote **zulässig und wettbewerbsfähig** sind.¹⁶⁶ Letztlich dienen solche Anforderungen dazu, die Vergleichbarkeit der Nebenangebote mit den Hauptangeboten und untereinander sicherzustellen. 199

Der Auftraggeber ist verpflichtet, Zuschlagskriterien so festzulegen, dass sie sowohl auf Hauptangebote als auch auf Nebenangebote anwendbar sind, § 35 Abs. 2 S. 2 VgV. Die Vorschrift trägt dem Gedanken Rechnung, dass der Auftraggeber sich – bei Zulassung von Nebenangeboten – anhand einheitlicher Kriterien für ein Haupt- oder ein Nebenangebot entscheiden können muss. 200

Nebenangebote sind auch dann zulässig, wenn der Preis (oder die Kosten) das einzige Zuschlagskriterium ist, § 35 Abs. 2 S. 3 VgV. In diesen Fällen kann der Preis nur dann einziges Zuschlagskriterium sein, wenn durch entsprechende Mindestanforderungen sichergestellt ist, dass die Haupt- und Nebenangebote qualitativ vergleichbar sind, da der Preis sonst kein für Haupt- und Nebenangebote gleichermaßen anwendbares Kriterium i.S.v. § 127 Abs. 4 Satz 2 GWB ist und eine Ungleichbehandlung eintritt. Bei der Wertung von Nebenangeboten im Oberschwellenbereich kommt es nicht auf die allgemeine Gleichwertigkeit von Haupt- und Nebenangebot an. Eine allgemeine Gleichwertigkeitsprüfung, für die es keine benannten Bezugspunkte gibt, genügt nicht den Anforderungen an ein transparentes Verfahren.¹⁶⁷ Eine allgemeine Gleichwertigkeit ohne weitere benannte Bezugspunkte ist daher keine ausreichend transparente Mindestanforderung i. S. d. des Vergaberechts.¹⁶⁸ 201

1.2.7.3 Prüfungsreihenfolge

Bei Nebenangeboten gilt folgende Prüfungsreihenfolge: 202

- 1) Nebenangebote überhaupt zugelassen?
- 2) Erfüllt Nebenangebot die vorgegebenen Mindestanforderungen?
- 3) Vornahme der Vergleichsprüfung, ob sich das Nebenangebot gegenüber dem wirtschaftlichsten Hauptangebot oder anderen – wertungsfähigen – Nebenangeboten als wirtschaftlicher/vorteilhafter darstellt.

1.2.7.4 Wertung

Soweit ein Nebenangebot zugelassen wurde und die Mindestanforderungen erfüllt sind, ist es durch den Auftraggeber zwingend im Rahmen seiner Angebotswertung zu berücksich- 203

¹⁶⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.03.2010 – VII-Verg 46/09.

¹⁶⁶ Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, VgV, § 8 VOB/A Rdn. 56.

¹⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 18/7318 S. 147 f. zu § 35 Abs. 2 VgV.

¹⁶⁸ VK Südbayern, Beschl. v. 27.04.2017 – Z3-3-3194-1-12-03/17 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 10.05.2016 – X ZR 66/15.

tigen. Dabei sind bei der Beurteilung des Nebenangebotes die gleichen Wertungskriterien und Maßstäbe anzulegen, die auch bei der Beurteilung der Hauptangebote herangezogen werden.

1.3 Bekanntmachung

- 204 Der öffentliche Auftraggeber ist zur **Bekanntmachung** eines Vergabeverfahrens verpflichtet, das zum Abschluss eines öffentlichen Auftrags führen soll. **Abweichungen** von diesem Grundsatz sind nur in eng auszulegenden Ausnahmefällen zulässig.¹⁶⁹ Die in der Vergabebekanntmachung veröffentlichten Angaben sind grundsätzlich für das Vergabeverfahren verbindlich – auch für den Auftraggeber.

Allgemeine Regelungen zur Bekanntmachung bei Vergaben ab Erreichen des maßgeblichen Schwellenwertes enthalten die §§ 37 ff. VgV.¹⁷⁰

1.3.1 Bedeutung

- 205 Die Pflicht zur Vergabebekanntmachung dient der Umsetzung des Transparenz-, Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgebotes und hat damit einen zentralen Stellenwert im Vergabeverfahren.

Die Unterlassung einer gebotenen Bekanntmachung kann zur Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags gem. § 135 GWB führen, da eine unterlassene Bekanntmachung regelmäßig mit der Unterlassung des gebotenen Vergabeverfahrens einhergeht.

1.3.2 EU-weite Bekanntmachung

- 206 Öffentliche Aufträge, deren geschätzter Wert die jeweils maßgeblichen Schwellenwerte erreicht, müssen **europaweit ausgeschrieben** und **europaweit bekanntgemacht** werden.

207 Praxishinweis

Der öffentliche Auftraggeber darf eine Bekanntmachung auch in einem **nationalen Medium** veröffentlichen. Zur Vermeidung von Diskriminierungen muss er jedoch den **Tag der Absendung** an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Union abwarten.

1.3.2.1 Inhalte

- 208 Erreicht der geschätzte Auftragswert die jeweils maßgeblichen Schwellenwerte, muss der Auftraggeber das **Musterformular 2** gem. Anhang II der Durchführungsverordnung (EU)

¹⁶⁹ S. Rdn. 100 f.

¹⁷⁰ Vgl. auch § 12 EU VOB/A; §§ 35 ff. SektVO; §§ 18 f. VSVgV; §§ 19 ff. KonzVgV.

Nr. 2015/1986 verwenden.¹⁷¹ Das Muster gibt den **notwendigen Mindestinhalt** der Bekanntmachung vor.

Praxishinweis

209

Das Internetportal des Supplements zum Amtsblatt der Europäischen Union besteht aus vier Teilen

- **TED** (Tenders electronic daily) – Möglichkeit zur Einsicht in veröffentlichte Bekanntmachungen (auch Archive)
- **SIMAP** – Informationssystem für die europäische öffentliche Auftragsvergabe
- **eNotices** – Möglichkeit zur elektronischen Bekanntmachung eines öffentlichen Auftrags
- **eTendering** – Suche nach Ausschreibungen, Möglichkeit zum Abruf der Vergabeunterlagen

Nach Anmeldung bei eNotices kann der öffentliche Auftraggeber die dort zur Verfügung stehenden **elektronischen Muster** nutzen. Er wird bei der Erstellung – z.B. einer Bekanntmachung – **automatisch** durch das System geleitet. Die Formulare sind in Abschnitte aufgeteilt. Übersieht der öffentliche Auftraggeber ein Pflichtfeld, kann er nicht zum nächsten Abschnitt übergehen.

eNotices hält folgende relevante **Bekanntmachungsformulare** vor:

- **Vorinformation**
 - Grds. unverbindlich, nur dann zwingend, wenn die Möglichkeit zur **Verkürzung der Angebotsfrist** wahrgenommen werden soll, § 38 VgV.
- **Auftragsbekanntmachung**
 - Grundsätzlich zwingend für alle Aufträge, deren geschätzten Auftragswerte die jeweils maßgeblichen Schwellenwerte erreichen.
- **Bekanntmachung vergebener Aufträge**
 - 30 Tage nach Vergabe des Auftrags abzusenden, § 39 Abs. 1 VgV.
- **Bekanntmachung einer Änderung**
 - **Sog. Änderungsbekanntmachung:** Der öffentliche Auftraggeber macht im Laufe des Vergabeverfahrens notwendig gewordene Änderungen etc. bekannt. (**HINWEIS:** Die Änderungen sollten zusätzlich **allen Unternehmen** mitgeteilt werden, die die Vergabeunterlagen abgefordert haben. Je nach Schwere der Änderung kann eine **Verlängerung der Angebotsfrist** notwendig werden.)
- **Freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung**
 - Der öffentliche Auftraggeber kann gem. § 135 Abs. 3 GWB den Eintritt der Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB (ggfs. vergaberechtswidrig keine Bekanntmachung im EU-Amtsblatt veröffentlicht) verhindern, wenn
 - der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zulässig ist,
 - der öffentliche Auftraggeber eine Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht hat, mit der er die Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und

¹⁷¹ Download unter www.simap.europa.eu.

- der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, abgeschlossen wurde.

Die freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung ist allerdings kein Allheilmittel für De-facto-Vergaben. Insb. ist die „Ansicht“ des öffentlichen Auftraggebers, keine Bekanntmachung veröffentlichen zu müssen, voll überprüfbar.¹⁷²

210 In der Praxis sind insb. folgende Ziffern der Bekanntmachung relevant und bergen Fehlerquellen:

• **Ziffer II.1.2) Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV)**

- **Bieter** müssen die beschriebene Leistung EU-weit einheitlich verstehen können. Daher sind die CPV-Codes zu verwenden.
- Der **Auftraggeber** ist nicht auf die Verwendung eines einzigen Codes beschränkt. Er kann beispielsweise einen Code für den Hauptgegenstand des abzuschließenden Vertrages benennen und daneben weitere Nebenleistungsgegenstände aufführen.

Praxishinweis

Auswahl von Facility Management relevanten CPV-Codes:

- 45259000-7 Reparatur und Wartung von Anlagen
- 45259900-6 Modernisierung von Anlagen
- 45311000-0 Installation von Elektroanlagen
- 45315000-8 Heizungs- und sonstige Elektroinstallationen in Gebäuden
- 45442110-1 Anstricharbeiten in Gebäuden
- 50700000-2 Reparatur und Wartung von Einrichtungen in Gebäuden
- 50710000-5 Reparatur und Wartung von elektrischen und mechanischen Einrichtungen in Gebäuden
- 50711000-2 Reparatur und Wartung von elektrischen Einrichtungen in Gebäuden
- 50712000-9 Reparatur und Wartung von mechanischen Einrichtungen in Gebäuden
- 50720000-8 Reparatur und Wartung von Zentralheizungen
- 50750000-7 Wartung von Aufzugsanlagen
- 51511200-9 Installation von Fördervorrichtungen
- 51511300-0 Installation von Befahranlagen
- 51511400-1 Installation von Transportanlagen
- 98341140-8 Hausmeisterdienste

¹⁷² VK Westfalen, Beschl. v. 28.02.2017 – VK 1-2/17. Die Vergabekammer prüft die rein objektive Sachlage, während die Kommentarliteratur (vgl. etwa Maimann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, 4. Aufl. 2016, § 135 GWB, Rdn 56 ff.) auch die (vertretbar angenommene) subjektive Sicht des Auftraggebers berücksichtigt. Letztinstanzliche Rechtsprechung zu diesem Aspekt ist – soweit ersichtlich – noch nicht ergangen.

- **Ziffer II.1.4) – Kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens**
 - Der **Bieter** muss sich anhand dieser Angaben ein Bild von der Leistung machen und abschätzen können, ob er die ausgeschriebenen Leistungen erbringen kann.
 - Der **Auftraggeber** sollte sich hier – gerade bei Verhandlungsverfahren – eher kurz fassen, da die Identität des Leistungsgegenstandes an diesem Text gemessen wird. Nur in diesen Grenzen darf er über den Leistungsgegenstand verhandeln.
- Ziffer II.2.5) Zuschlagskriterien 211
 - **Es ist empfehlenswert, die Zuschlagskriterien erst in den Vergabeunterlagen zu benennen. Dies ist allerdings nur möglich, soweit der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium darstellt.**
- **Ziffer III.1) Teilnahmebedingungen**
 - Die Ziffern III.1.1) bis III.1.3) sind so präzise als möglich auszufüllen. Angaben, Nachweise oder Erklärungen etc. sowie mögliche Mindestvoraussetzungen, die in dieser Ziffer nicht bekanntgegeben wurden, können von dem Bieter im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens regelmäßig nicht gefordert werden.
- **IV.2.7) Bedingungen für die Öffnung der Angebote**
 - Die Öffnung der Angebote bei Vergabeverfahren nach der VgV ist nicht öffentlich.
- **VI.3) Zusätzliche Angaben**
 - Diese Ziffer eignet sich für die Eintragung weiterer wesentlicher Festlegungen:
 - Ortsbesichtigung
 - Ablauf Fragefrist
 - Genaue Angaben zur Einreichung der Angebote
 - abweichende Stellen für die Abforderung von Angebotsunterlagen etc.
- **VI.4.1) Zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren**
 - Die zutreffende Angabe ist zwingend. Anzugeben ist in aller Regel die örtlich und sachlich zuständige Vergabekammer.
- **VI.4.2) Einlegung von Rechtsbehelfen**
 - Hier sollte folgender Text aufgenommen werden:
 - „Ein Nachprüfungsantrag zur Vergabekammer ist unzulässig, soweit mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind. Insb. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 und 3 GWB sowie § 134 Abs. 2 GWB sind zu beachten. Die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit des Vertragsschlusses nach § 135 GWB endet spätestens 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union, vgl. § 135 Abs. 2 S. 2 GWB.“

Übersicht Fristen – § 15 ff. VgV, § 134 GWB

	Regelfrist	Ausnahmen	Fristbeginn
Offenes Verfahren, § 15 VgV:			
Angebotsfrist	Mind. 35 KT	Vorinformation: weitere Verkürzung möglich (nicht weniger als 15 KT) Zulassung elektronischer Übermittlung der Angebote: 30 KT Hinreichend begründete Dringlichkeit macht Einhaltung der Regelfrist unmöglich: mind. 15 KT	Tag nach der Absendung der Auftragsbekanntmachung
Auskunftsfrist	Spätestens 6 KT vor Ablauf der Angebotsfrist (4 KT bei bes. Dringlichkeit)		
Nichtoffenes Verfahren, § 16 VgV:			
Frist Teilnahmeantrag	Mind. 30 KT	Hinreichend begründete Dringlichkeit macht Einhaltung der Regelfrist unmöglich: mind. 15 KT	Tag nach der Absendung der Bekanntmachung
Frist Angebot	Mind. 30 KT (Möglichkeit, mit Bewerbern einvernehmlich Frist festzulegen, ohne Einigung kann AG Frist auf 10 KT festsetzen)	Hinreichend begründete Dringlichkeit macht Einhaltung der Regelfrist unmöglich: 10 KT Zulassung elektronischer Übermittlung der Angebote: 25 KT Vorinformation: mind. 10 KT	Tag nach Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe
Auskunftsfrist	Spätestens 6 KT vor Ablauf der Angebotsfrist (4 KT bei bes. Dringlichkeit)		
Verhandlungsverfahren:			
Frist Teilnahmeantrag	Mind. 30 KT	Hinreichend begründete Dringlichkeit macht Einhaltung der Regelfrist unmöglich: mind. 15 KT	Tag nach der Absendung der Bekanntmachung

	Regelfrist	Ausnahmen	Fristbeginn
Frist Erstantgebot	Mind. 30 KT	Hinreichend begründete Dringlichkeit macht Einhaltung der Regelfrist unmöglich: 10 KT Zulassung elektronischer Übermittlung der Angebote: 25 KT Vorinformation: mind. 10 KT	Tag nach der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe
Frist folgende Angebote	Angemessen		
Auskunftsfrist	Spätestens 6 KT vor Ablauf der Angebotsfrist	Bei Beschleunigung: Spätestens 4 KT vor Ablauf der Angebotsfrist	
Allgemeine Fristen			
Stillhaltefrist § 134 GWB	15 KT	10 KT bei Versand per Fax oder auf elektronischem Weg	Tag nach dem Tag des Versands
Angebotsbindefrist	Angemessen (Zeitbedarf für belastbare Auswertung der Angebote, einschl. Nachforderungen etc.)		

Fristen müssen grundsätzlich angemessen gesetzt werden und den Unternehmen eine ordnungsgemäße Bearbeitung der Vergabeunterlagen und insb. Angebotskalkulation ermöglichen, vgl. § 20 Abs. 1 VgV.

Können Angebote nur nach einer Besichtigung am Ort der Leistungserbringung oder nach Einsichtnahme in die Anlagen zu den Vergabeunterlagen vor Ort beim öffentlichen Auftraggeber erstellt werden, so sind die Angebotsfristen so festzulegen, dass alle Unternehmen von allen Informationen, die für die Erstellung des Angebots erforderlich sind, unter gewöhnlichen Umständen Kenntnis nehmen können, § 20 Abs. 2 VgV.

Die Angebotsfristen sind, abgesehen von den in § 41 Abs. 2 und 3 VgV geregelten Fällen (keine elektronische Bereitstellung der Vergabeunterlagen), zu verlängern, wenn zusätzliche Informationen trotz rechtzeitiger Anforderung durch ein Unternehmen nicht spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung gestellt werden; in den Fällen des § 15 Abs. 3, § 16 Abs. 7 oder § 17 Absatz 8 oder wenn der öffentliche Auftraggeber wesentliche Änderungen an den Vergabeunterlagen vornimmt beträgt dieser Zeitraum vier Tage. Die Fristverlängerung muss in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Information oder Änderung stehen und gewährleisten, dass alle Unternehmen Kenntnis von den Informationen oder Änderungen nehmen können. Dies gilt nicht, wenn die Information oder Änderung für die Erstellung des Angebots unerheblich ist oder die Information nicht rechtzeitig angefordert wurde, § 20 Abs. 3 VgV.

Die Begründung für gesetzte Fristen ist zu dokumentieren.

1.3.3 Unterhalb der Schwellenwerte

- 213 Im Unterschwellenbereich besteht eine europaweite Bekanntmachungspflicht grundsätzlich nicht.¹⁷³ Die Auftraggeber sind aber regelmäßig verpflichtet, einen nationalen Wettbewerb sicherzustellen.¹⁷⁴

1.3.3.1 Inhalte

- 214 Welche Angaben eine Bekanntmachung im Unterschwellenbereich beinhalten muss, ist in § 28 Abs. 2 UVgO umfassend dargelegt.

1.3.3.2 Plattformen

- 215 Erreichen die geschätzten Auftragswerte die jeweiligen Schwellenwerte nicht, sind Auftragsbekanntmachungen nach § 28 Abs. 1 UVgO auf den Internetseiten des Auftraggebers oder auf Internetportalen zu veröffentlichen. Zusätzlich können Auftragsbekanntmachungen in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften veröffentlicht werden. Auftragsbekanntmachungen auf Internetseiten des Auftraggebers oder auf Internetportalen müssen zentral über die Suchfunktion des Internetportals www.bund.de ermittelt werden können.

1.4 Angebotswertung

- 216 Die **Inhalte der Angebotswertung** legt § 56 Abs. 1 VgV im Wesentlichen wie folgt fest:
1. Prüfung auf Vollständigkeit sowie auf rechnerische und fachliche Richtigkeit, (vgl. Rdn. 219 ff.)
 2. Prüfung der Eignung, (vgl. Rdn. 222 ff.)
 3. Prüfung der Angemessenheit der Preise, vgl. l. Rdn. 248 ff.)
 4. Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes auf der Grundlage aller bekanntgegebenen Zuschlagskriterien (vgl. Rdn. 258 ff.)
- 217 Die einzelnen Prüfschritte sind strikt voneinander zu trennen. Der Zuschlag kann lediglich auf ein Angebot erteilt werden, das nicht auf den Stufen 1 bis 3 ausgesondert wurde (also **wertungsfähig** ist) und sich auf der vierten Stufe als wirtschaftlichstes Angebot erwiesen hat. Allerdings kann der Auftraggeber gem. § 42 Abs. 3 VgV vorsehen, die Angebotsprüfung (3. und 4. Stufe) vor der Eignungsprüfung (2. Stufe) durchzuführen, um die Eignung (zunächst) nur für das Unternehmen durchführen zu müssen, das das insg. wirtschaftlichste Angebot gelegt hat.

¹⁷³ Vgl. zu der Problematik des grenzüberschreitenden Interesses Fn. 47.

¹⁷⁴ Vgl. zum anwendbaren Recht unterhalb der Schwellenwerte Rdn. 4.

Praxishinweis

218

- 1) Soweit wegen des Umfangs und der Anzahl der Angebote machbar, sollten die Stufen **komplett abgearbeitet** werden. Ein Bieter, der bspw. zwingend wegen formeller Mängel auszuschließen ist, wird diese Entscheidung leichter akzeptieren, wenn der Auftraggeber ihm außerdem mitteilt, dass er auch im Falle der Wertungsfähigkeit seines Angebotes (etwa wegen zu hoher Preise etc.) keine Chance auf den Zuschlag hätte.
- 2) Die bei der Angebotsprüfung notwendigen **Entscheidungen** müssen – wie auch alle anderen Entscheidungen in einem Vergabeverfahren – so **neutral** und unvoreingenommen als möglich gefällt werden. **Interessenskonflikte sind zu vermeiden.**

§ 6 VgV legt daher einen bestimmten Personenkreis fest, der an Entscheidungen in einem Vergabeverfahren **nicht mitwirken** darf:

- (1) Organmitglieder oder Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers oder eines im Namen des öffentlichen Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters, bei denen ein Interessenkonflikt besteht, dürfen in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken.
- (2) Ein Interessenkonflikt besteht für Personen, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang eines Vergabeverfahrens nehmen können und die ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte.
- (3) Es wird vermutet, dass ein Interessenkonflikt besteht, wenn die in Absatz 1 genannten Personen
 1. Bewerber oder Bieter sind,
 2. einen Bewerber oder Bieter beraten oder sonst unterstützen oder als gesetzliche Vertreter oder nur in dem Vergabeverfahren vertreten,
 3. beschäftigt oder tätig sind
 - a) bei einem Bewerber oder Bieter gegen Entgelt oder bei ihm als Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder gleichartigen Organs oder
 - b) für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum öffentlichen Auftraggeber und zum Bewerber oder Bieter hat.
- (4) Die Vermutung des Absatzes 3 gilt auch für Personen, deren Angehörige die Voraussetzungen nach Absatz 3 Nummer 1 bis 3 erfüllen. Angehörige sind der Verlobte, der Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte und Verschwägte gerader Linie, Geschwister, Kinder der Geschwister, Ehegatten und Lebenspartner der Geschwister und Geschwister der Ehegatten und Lebenspartner, Geschwister der Eltern sowie Pflegeeltern und Pflegekinder. Zitat Ende

Ähnliche Regelungen gelten nach § 7 VgV, wenn ein Unternehmen an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens mitgewirkt hat:

- (1) Hat ein Unternehmen oder ein mit ihm in Verbindung stehendes Unternehmen den öffentlichen Auftraggeber beraten oder war auf andere Art und Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt (vorbehaftetes Unternehmen), **so ergreift der öffentliche Auftraggeber angemessene Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Unternehmens nicht verzerrt wird.**

(2) Die Maßnahmen nach Absatz 1 umfassen insbesondere die **Unterrichtung der anderen am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen in Bezug auf die einschlägigen Informationen, die im Zusammenhang mit der Einbeziehung des vorbefassten Unternehmens in der Vorbereitung des Vergabeverfahrens ausgetauscht wurden oder daraus resultieren, und die Festlegung angemessener Fristen für den Eingang der Angebote und Teilnahmeanträge.**

(3) Vor einem **Ausschluss** nach § 124 Absatz 1 Nummer 6 GWB ist dem vorbefassten Unternehmen **die Möglichkeit zu geben nachzuweisen, dass seine Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens den Wettbewerb nicht verzerren kann.**

Der öffentliche Auftraggeber ist allerdings **nicht** verpflichtet, Vorteile eines Bewerbers/Bieters auszugleichen, die aus einem vorangegangenen Auftragsverhältnis mit dem Auftraggeber stammen.¹⁷⁵

1.5 Prüfung auf Vollständigkeit sowie auf rechnerische und fachliche Richtigkeit

219 Ein Angebot ist **vollständig**, wenn alle zwingend geforderten Nachweise, Erklärungen, Preise etc. vorliegen.

220 Fehlen Nachweise etc., obwohl sie widerspruchsfrei und zwingend gefordert waren, hat der öffentliche Auftraggeber über deren **Nachforderung** zu entscheiden. Alle geforderten Eignungsnachweise sind präzise und widerspruchsfrei in der Bekanntmachung anzugeben. **Unklarheiten** gehen zu Lasten des Auftraggebers und rechtfertigen etwa keinen Ausschluss bei Nichtvorlage.¹⁷⁶

221 § 56 Abs. 2 VgV legt fest, dass der öffentliche Auftraggeber den Bewerber oder Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern kann, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen, insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise, **nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren**, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen.¹⁷⁷ Der öffentliche Auftraggeber ist aber berechtigt, in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festzulegen, dass er **keine Unterlagen nachfordern** wird. Macht der öffentliche Auftraggeber bekannt, dass er generell keine Unterlagen nachfordern wird, ist der öffentliche Auftraggeber daran gegenüber allen Bietern gebunden und hat die Angebote etc. zu werten, wie das Unternehmen sie dem öffentlichen Auftraggeber vorgelegt hat, d. h. er kann in diesem Fall die Bewerber/Bieter nicht zur Vervollständigung von Teilnahmeanträgen bzw. Angeboten auffordern.¹⁷⁸

Die Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, ist ausgeschlossen.

175 VK Bund, Beschl. v. 10.03.2017 – VK 2-19/17.

176 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.05.2012 – Verg 4/12.

177 Nach der Rechtsprechung der VK Thüringen (Beschl. v. 20.09.2017 – 250-4004-6659/2017-034-WE) ist eine Nachforderung besserer Referenzen nicht zulässig.

178 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.01.2017 – Verg 7/16.

Der Ordnungsgeber wollte mit dieser Regelung nachträgliche Manipulationen der Angebote verhindern. Der Ausschluss gilt nicht für Preisangaben, wenn es sich um unwesentliche Einzelpositionen handelt, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

Preisangaben sind **unwesentlich**, wenn die jeweils höchsten Vergleichspreise der Konkurrenz eingesetzt werden können, ohne dass sich die Stellung des Angebots im Wettbewerb verändert.

Die Möglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers, den Verfahrensbeteiligten die „Heilung“ von Angeboten etc. zu ermöglichen, sind deutlich weitreichender als noch unter der Geltung der VOL/A-EG.

1.6 Eignung

Ziel der Eignungsprüfung ist es, dem Auftraggeber eine **Prognose** darüber zu ermöglichen, ob ein Bewerber in der Lage sein wird, die zu beschaffenden Leistungen entsprechend den Anforderungen des Auftraggebers zu erbringen. Die Eignungsprüfung ist ein zentraler Aspekt des Vergabeverfahrens, da der Auftraggeber die **Blaupause** des späteren Auftragnehmers entwirft. 222

Gerade bei Leistungen im Bereich des Facility Management stellt insb. die zunehmende Gebäudeautomation mit immer komplizierteren Wechselwirkungen immer höhere Anforderungen an die Leistungsfähigkeit der Unternehmen.

Praxishinweis

223

Eignungskriterien sind bieterbezogene Kriterien, spiegeln also das bisherige Verhalten des Unternehmens, seine finanzielle und personelle Ausstattung sowie seine Erfahrungen wider. Davon zu unterscheiden sind die **leistungsbezogenen Zuschlagskriterien**, mit deren Abfrage sich der Auftraggeber ein Bild von der Wirtschaftlichkeit des Angebots in Bezug auf den konkret zu vergebenden Auftrag macht.¹⁷⁹

Bei der Festlegung des **auftragsbezogenen Eignungsprofils** ist der Auftraggeber weitgehend frei. Die **Grenze zur Rechtswidrigkeit** ist erst überschritten, wenn eine Forderung **unzumutbar** ist oder nicht mehr der Befriedigung eines mit Blick auf das konkrete Beschaffungsvorhaben **berechtigten Informations- und/oder Prüfungsbedürfnisses** dient, sondern **ohne jeden sachlichen Grund ausgrenzend und damit wettbewerbsbeschränkend** wirkt.¹⁸⁰ 224

Der Auftraggeber kann also **hohe Anforderungen** an die Eignung des künftigen Auftragnehmers stellen, sollte aber aus folgenden Gründen nicht über das Ziel hinausschießen: 225

- Es droht eine unnötige **Wettbewerbsbeschränkung**, wenn nur wenige Unternehmen die Anforderungen erfüllen können.

¹⁷⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.01.2013 – Verg 35/12; vgl. auch VK Sachsen Beschl. v. 30.08.2017 – 1/SVK/015-17.

¹⁸⁰ OLG Koblenz, Beschl. v. 13.06.2012 – 1 Verg 2/12.

- Aus wirtschaftlichen Erwägungen bedingen überzogene Anforderungen an die Eignung mitunter unnötig hohe Angebotspreise.

Die Begründung für die Auswahl der Kriterien ist nachvollziehbar in der **Dokumentation** festzuhalten.

226 Praxishinweis

Die Eignung muss erst zum **Zeitpunkt der Auftragsausführung** vorliegen, z.B. Mindestdauer an berufspraktischer Erfahrung, Maschinenleihe etc.¹⁸¹

1.6.1 Definition „Eignung“ und vergaberechtlicher Grundsatz

227 § 122 Abs. 1 GWB legt fest, dass Aufträge an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) **Unternehmen** vergeben werden, die nicht nach § 123 GWB oder § 124 GWB ausgeschlossen wurden.

228 Nach § 123 GWB **müssen** öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen grundsätzlich zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme ausschließen, wenn sie Kenntnis davon haben, dass eine Person, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, rechtskräftig verurteilt wurde oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) wegen einer in der Norm abschließend aufgeführten Straftat (z.B. Terrorismusfinanzierung, Geldwäsche Subventionsbetrug) rechtskräftig festgesetzt worden ist.

Der öffentliche Auftraggeber kann von einem Ausschluss nur dann absehen, wenn dies aus Gründen des öffentlichen Interesses zwingend geboten ist oder wenn – etwa im Fall von Steuerverkürzung o.ä. (vgl. § 123 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 GWB) – ein Ausschluss offensichtlich unverhältnismäßig wäre, § 123 Abs. 5 GWB.

229 Nach § 124 GWB **können** öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen einen der in der Norm abschließend geregelten Tatbestände erfüllt hat (z.B. nachweislicher Verstoß gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen, Insolvenz, hinreichende Anhaltspunkte für wettbewerbswidrige Absprachen).

Weitere Ausschlussstatbestände regeln § 21 Arbeitnehmer-Entsendegesetz, § 98c Aufenthaltsgesetz, § 19 Mindestlohngesetz und § 21 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz.

230 Praxishinweis

Der öffentliche Auftraggeber muss den **Ausschluss** eines Unternehmens im Einzelfall begründen und in der Dokumentation festhalten.¹⁸² Die Rechtsprechung ist nicht einheitlich, sodass die Umstände jedes Einzelfalls zu betrachten sind.

181 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.05.2012 – Verg 4/12.

182 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.05.2012 – Verg 68/11.

Wirtschaftlich und finanziell leistungsfähig ist ein Bieter, wenn er über die erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten für die Ausführung des Auftrags verfügt, d.h., er muss bspw. 231

- über hinreichend qualifiziertes Personal verfügen und
- finanziell hinreichend gesund sein.

Technisch und beruflich leistungsfähig ist ein Bieter, wenn er über die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie ausreichende Erfahrungen verfügt, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können, d.h., der Bieter muss bspw. Referenzen oder eine spezielle Ausbildung seiner Mitarbeiter nachweisen können. 232

Praxishinweis

233

Verfügt ein Unternehmen nicht aus eigener Kraft über die erforderliche Leistungsfähigkeit, kann er sich der Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen bedienen (sog. „Eignungsleihe“). Gebräuchlich ist der Rückgriff auf die Leistungsfähigkeit von Nachunternehmern oder die Bildung einer Bietergemeinschaft. Die jeweilige Leistungsfähigkeit wird der Leistungsfähigkeit des Bieters in dem Umfang „hinzuaddiert“, in dem er sich darauf beruft.¹⁸³

Nachunternehmer

Als **Nachunternehmer** wird ein Unternehmen bezeichnet, das Teile der ausgeschriebenen und vom Bieter zu erbringenden Leistung ausführt, ohne selbst in einem unmittelbaren vertraglichen Verhältnis zum Auftraggeber zu stehen. Der Nachunternehmer **steht nur zum Bieter in Vertragsbeziehungen**. Ausgangspunkt ist grundsätzlich die Leistungsbeschreibung und die darin enthaltene Festlegung, zu welchen primären Leistungen sich der Bieter gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet. Unternehmer, die selbst keine Teile der in Auftrag gegebenen Leistungen erbringen, sondern in **Hilfsfunktionen tätig sind oder Hilfsleistungen** übernehmen, sind schon begrifflich keine Nachunternehmer.¹⁸⁴

Lieferanten des Bieters für standardisierte Leistungen sind regelmäßig **keine Nachunternehmer** (z.B. Kabel, Schalter, Steckdosen, LED¹⁸⁵ etc.).¹⁸⁶

Prüfinstitute sind nach strittiger Auffassung Nachunternehmer.¹⁸⁷

Das **Verbot der Einbindung von Nachunternehmern** ist grundsätzlich ebenso **unzulässig**, wie die Bewertung eines sog. Eigenleistungsanteils im Rahmen der Zuschlagskriterien.¹⁸⁸ Das gilt auch für Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte, die eine grenzüberschreitende Bedeutung haben.¹⁸⁹ Als Ausnahme von diesem Grundsatz kann der öffentliche Auftraggeber nach § 47 Abs. 5 VgV bei der Eignungsleihe vorschreiben, dass **bestimmte kritische Aufgaben bei Dienstleistungsaufträgen** oder **kritische Verlege- oder Installationsarbeiten**

183 Zum Umfang der Eignungserklärungen, die der Auftraggeber von dem Nachunternehmer gefordert werden dürfen, vgl. VK Bund, Beschl. v. 28.09.2017 – VK 1-93/17.

184 OLG München, Beschl. v. 12.10.2012 – Verg 16/12.

185 VK Bund, Beschl. v. 20.03.2017 – VK 1-7/17.

186 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.10.2010 – VII-Verg 47/10.

187 So OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.10.2008 – VII – Verg 41/08; 2. VK Bund, Beschl. v. 26.05.2008 – VK 2 – 49/08; a. A. OLG München, Beschl. v. 12.10.2012 – Verg 16/12; VK Thüringen, Beschl. v. 23.03.2007 – 360-4002.20-874/2007 – 002-SÖM.

188 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.10.12 – Verg 1/12.

189 EuGH, Urt. v. 05.04.2017 – Rs. C-298/15.

im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag direkt vom Bieter selbst oder im Fall einer Bietergemeinschaft von einem Teilnehmer der Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen.

Eignungsleihe

Nach § 47 VgV können Bewerber oder Bieter (auch Bewerber- oder Bietergemeinschaften) für einen bestimmten öffentlichen Auftrag im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit grundsätzlich die **Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen, wenn sie nachweisen, dass ihnen die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden**, indem sie beispielsweise eine entsprechende **Verpflichtungserklärung** dieser Unternehmen vorlegen.

Nimmt ein Bewerber oder Bieter die Kapazitäten eines anderen Unternehmens im Hinblick auf die erforderliche **wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit** in Anspruch, so kann der öffentliche Auftraggeber eine **gemeinsame Haftung des Bewerbers oder Bieters und des anderen Unternehmens für die Auftragsausführung entsprechend dem Umfang der Eignungsleihe verlangen**.

Bietergemeinschaft

Bietergemeinschaften sind **Zusammenschlüsse mehrerer Bieter** zur gemeinsamen Erfüllung ihrer Leistungspflichten. Sie werden wie ein (einziger) Bieter behandelt. Die Bietergemeinschaft selbst wird im Fall des Zuschlags Vertragspartner des Auftraggebers.

Die Bildung von Bietergemeinschaften ist **grundsätzlich auch zulässig**, sofern die beteiligten Unternehmen für sich genommen zwar leistungsfähig sind, aber im Rahmen einer wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung erst der Zusammenschluss ein Erfolg versprechendes Angebot ermöglicht.¹⁹⁰

Auftraggeber sollten bereits mit dem Teilnahmeantrag/Angebot/ stets eine Bewerber- bzw. **Bietergemeinschaftserklärung** mit folgenden Erklärungen abfordern:

- dass im Fall der Zuschlagserteilung auf ihr Angebot/ihre Auftragserteilung eine Arbeitsgemeinschaft gebildet wird,
- in der alle Mitglieder der Bietergemeinschaft und der bevollmächtigte Vertreter der Bietergemeinschaft benannt sind,
- dass der bevollmächtigte Vertreter die Mitglieder gegenüber dem Auftraggeber rechtsverbindlich vertritt,
- dass alle Mitglieder der Bietergemeinschaft gesamtschuldnerisch haften und
- aus welchen Gründen die Bietergemeinschaft gebildet worden ist.

Bietergemeinschaften müssen sich bereits als solche bewerben. Ihre **nachträgliche Bildung** ist grds. ebenso wenig möglich wie ein **nachträglicher Austausch**¹⁹¹ der Mitglieder oder sonstige Änderungen des Mitgliederbestandes (Eintritt/Austritt).

1.6.2 Eignungsprüfung

- 234 Die Eignungsprüfung ist eine eigene Verfahrensstufe, deren Gestaltung je nach Vergabeart variiert. Die Eignungsprüfung ist insb. bei zweistufigen Verfahren und einer Begrenzung des Teilnehmerfeldes so transparent als möglich zu gestalten, bspw. über **Mindestkriterien oder ein Punktsystem**, damit interessierte Unternehmen frühzeitig erkennen können, ob

¹⁹⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2016 – Verg 3/16.

¹⁹¹ Str. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.10.2008 – 15 Verg 9/08; OLG München, Beschl. v. 21.05.2008 – Verg 05/08.

eine Bewerbung Sinn macht. Das **Ergebnis** der Eignungsprüfung ist mit Begründung in der **Dokumentation** festzuhalten. Hat der Auftraggeber die Eignung des Bieters einmal positiv bejaht, darf er die Eignungsprüfung nur dann wieder eröffnen,

- wenn ihm neue Sachverhalte bekannt werden,
- die zum Zeitpunkt der positiven Prognoseentscheidung unbekannt waren und
- diese die Eignung der Bieter erstmals in Frage stellen können (z.B. Austausch/Wegfall von Nachunternehmern, Korruptionsvorwürfe).

Das **Ergebnis der Eignungsprüfung** lautet stets wie folgt:

235

- **geeignet:**
 - Offenes Verfahren: Keine weitere Differenzierung mgl.
 - Nicht offenes bzw. Verhandlungsverfahren/Wettbewerblicher Dialog: Weitere Differenzierung mgl.
 - bei begrenztem Bewerberfeld (§ 51 VgV) – Aufforderung zur Angebotsabgabe je nach Rangplatz
 - bei unbegrenztem Bewerberfeld – Aufforderung aller geeigneten Bewerber zur Angebotsabgabe
- **nicht geeignet:** Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren

Praxishinweis

236

1) **Kein „Mehr an Eignung“**

Der **Auftraggeber** darf das (positive) Ergebnis der Eignungsprüfung nicht als „Mehr an Eignung“ bei der Zuschlagsentscheidung (erneut) berücksichtigen (Niemals: „Den unwesentlichen Vorsprung bei der Zuschlagswertung konnte der Bieter durch seine wesentlich bessere Eignung wettmachen“!).

2) **Kein automatischer Ausschluss wegen früheren Fehlverhaltens**

Ein häufiger Fehler ist die „**unreflektierte**“ **Ablehnung** eines Bewerbers, mit dem der Auftraggeber in einem früheren Auftragsverhältnis nicht zufrieden war.¹⁹²

Zwar darf ein Auftraggeber solche Erfahrungen berücksichtigen (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB), muss aber dennoch eine Prognose darüber anstellen, ob das Unternehmen wegen der in der Vergangenheit liegenden Umstände für den konkreten Auftrag ungeeignet ist.¹⁹³ Die Entscheidung ist nachprüfbar, die Ablehnungsgründe sind daher gründlich zu dokumentieren.

Etwas anderes kann allerdings gelten, wenn das Fehlverhalten des Bewerbers zur Eintragung in ein Korruptionsregister o. Ä. geführt hat. Dann kann – insb. in Abhängigkeit von den Bestimmungen des jeweiligen Landesrechts – ein Ausschluss zwingend sein. Auch dies ist freilich in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen.

3) **Benachrichtigung der Bewerber**

Eine gesonderte Benachrichtigung der Unternehmen, die **mangels Eignung** aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurden, ist nur im nicht offenen bzw. im Verhandlungsverfahren üblich. Wurden die abgelehnten Bewerber nicht informiert, sind sie spätestens mit der Mitteilung nach § 134 GWB zu informieren. Im einstufigen offenen Verfahren erfolgt die Mitteilung i. d. R. zusammen mit der Mitteilung nach § 134 GWB.

¹⁹² Vgl. VK Bund, Beschl. v. 18.11.2016 – VK2-103/16 – instruktiv zu Reinigungsleistungen.

¹⁹³ OLG München, Beschl. v. 05.10.2012 – Verg 15/12.

1.6.3 Zeitpunkt der Eignungsprüfung

1.6.3.1 Offenes Verfahren

- 237 Da das offene Verfahren einstufig ausgestaltet ist, findet die Eignungsprüfung hier im Rahmen der Angebotswertung statt. Üblich ist die Prüfung der Eignung auf der zweiten Stufe, also nach der formellen Prüfung der Angebote. Der Auftraggeber kann aber nach § 42 Abs. 3 VgV auch vorsehen, dass die Eignungsprüfung nach der Angebotsprüfung stattfindet. Dann kann die Eignungsprüfung regelmäßig auf die in der engeren Wahl befindlichen Angebote beschränkt werden.

Im **offenen Vergabeverfahren** stuft der öffentliche Auftraggeber nicht zwischen der Eignung einzelner Unternehmen ab. Die Angebote aller geeigneten Unternehmen sind zu werten.

1.6.3.2 Nicht offenes Verfahren/Verhandlungsverfahren

- 238 Anders verhält es sich beim **nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren sowie dem Wettbewerblichen Dialog**. Diese beiden Verfahrensarten sind jeweils **zweistufig** ausgestaltet. Auf der ersten Stufe, der des Teilnahmewettbewerbs, setzt sich der Auftraggeber isoliert mit der Eignung der Unternehmen auseinander. Nur diejenigen Unternehmen, die nach den bekanntgegebenen Kriterien geeignet sind, können dann im Anschluss zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden.
- 239 Der Auftraggeber kann in der Bekanntmachung festlegen, ob alle oder nur eine bestimmte Anzahl der geeigneten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden wird. Von den in der Bekanntmachung veröffentlichten Festlegungen kann der Auftraggeber grundsätzlich nicht mehr abweichen. Zur Auswahl der Bewerber stellt der Auftraggeber eine **Rangfolge** nach transparenten und nachvollziehbaren Kriterien auf.

240 Praxishinweis

Die Prüfung kann bspw. wie folgt gestaltet werden:

- **Leistungsfähigkeit/Fachkunde:**

Der Bewerber kann **max. 100 Punkte** erreichen. Erzielt ein Bewerber weniger als 51 Punkte, wird er vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Notwendig ist die präzise Darstellung, unter welchen Umständen welche Punktzahlen erreicht werden können, z.B.:

- **Mitarbeiterzahlen: max. 10 Punkte**

- Es empfiehlt sich die Bildung eines auf den konkreten Auftragsgegenstand angepassten Korridors, dessen unterer Wert 0 Punkte und dessen Obergrenze die volle Punktzahl ergibt.

- **Umsatz: max. 10 Punkte**

- Auch hier empfiehlt sich die Bildung eines Korridors (s.o.)

- **Betriebsführungs- und Personalkonzept (max. 10 Punkte)**

- Abforderung einer Beschreibung, wie der Bieter vergl. Aufträge regelmäßig auszuführen pflegt

- **Vergleichbare Leistungen (Referenzen): max. 60 Punkte**
 - Eingereichte Referenzen werden geprüft.
 - **Vergleichbar** ist eine Referenzleistung mit der ausgeschriebenen Leistung, wenn sie dieser so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet. Bei der Bewertung der Frage der Vergleichbarkeit der Referenz kommt der Vergabestelle ein von Vergabekammern- und Senaten nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.¹⁹⁴
 - **Bezugnahme** auf Ziffer II.1.4) der Bekanntmachung („Kurze Beschreibung der Leistung“), ggfs. ergänzt um Ziff. II.2.4)
 - Definition von **Mindestanforderungen**
 - **Tipp:** unbedingt **Formblätter** zur zwingenden Verwendung vorgeben.
 - Je Referenz, die die Mindestanforderungen erfüllt, werden bspw. 10 Punkte vergeben.
 - Festlegung mgl., dass etwa mindestens 2 vergleichbare Referenzen vorzulegen sind.¹⁹⁵
- Bewertung weiterer, **Facility Management spezifischer Anforderungen** an den Bieter (am Beispiel Betriebsführung von Heizungsanlagen) die Angaben hierzu (ja/nein) werden jeweils mit einem Punkt bewertet¹⁹⁶:
 - Fachbetrieb i. S. v. § 62 WHG
 - Nachweis der Hygieneschulung nach VDI 6023
 - Mitglied im Installateurverzeichnis eines Strom- oder Gasnetzbetreibers
 - Gütesicherung Tankschutz RAL-RG 977
 - Gütesicherung TRbF 503 für Montage Leckanzeigergeräte und Montage Leckschutzauskleidungen
 - Sachkundiger auf dem Gebiet der Montage, Wartung und Instandsetzung von Leckanzeigergeräten aller Bauarten an Tank- und Rohrleitungsanlagen für wassergefährdende Flüssigkeiten
 - Gütesicherung Tankschutz RAL-RG 977 und Qualifikation nach § 62 WHG und TRbF 220 für Montage und Revision von Heizölverbrauchertankanlagen

1.6.4 Eignungsnachweise

Der Nachweis der Eignung kann grundsätzlich mittels

- Eigenerklärungen
- Angaben
- Bescheinigungen
- Sonstige Nachweise (etwa Eintragung in Präqualifikationsverzeichnisse)

geführt werden, vgl. § 48 Abs. 1 S. 1 VgV. Grundsätzlich sind Eigenerklärungen zu fordern, § 48 Abs. 2 S. 1 VgV. Abweichungen von diesem Grundsatz sind nebst Begründung zu dokumentieren.

194 OLG München, Beschl. v. 12.11.2012 – Verg 23/12; vgl. auch VK Sachsen, Beschl. v. 09.05.2017 – 1/SVK/005-17.

195 Die Festlegung einer Maximalzahl von Referenzen ist nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.09.2012 – Verg 108/11 nicht mehr rechtssicher möglich.

196 Soweit die spezifischen Anforderungen an den Bieter als Mindestvoraussetzung (Ausschluss bei Nichterfüllung) vorgegeben werden, kann der öffentliche Auftraggeber die Anforderungen nicht mehr mit Punkten bewerten.

242 Praxishinweis

Der Auftraggeber sollte in die Bekanntmachung einen Hinweis aufnehmen, der es ihm gestattet, die Eigenerklärungen im **Zweifelsfall** durch die Forderung der Vorlage geeigneter Nachweise zu überprüfen.

Einheitliche Europäische Eigenerklärung

Die mit § 50 VgV neu eingeführte Einheitliche Europäische Eigenerklärung ist ein Mittel zum vorläufigen Nachweis der Eignung. Sie ist in der Form des Anhangs 2 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission vom 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (ABl. L 3 vom 6.1.2016, S. 16) zu übermitteln. Bewerber oder Bieter können eine bereits bei einer früheren Auftragsvergabe verwendete Einheitliche Europäische Eigenerklärung wiederverwenden, sofern sie bestätigen, dass die darin enthaltenen Informationen weiterhin zutreffend sind.

Der öffentliche Auftraggeber kann bei Übermittlung einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung Bewerber oder Bieter jederzeit während des Verfahrens auffordern, sämtliche oder einen Teil der nach den §§ 44 bis 49 VgV geforderten Unterlagen beizubringen, wenn dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. Vor der Zuschlagserteilung fordert der öffentliche Auftraggeber den Bieter, an den er den Auftrag vergeben will, auf, alle als Eignungsnachweis geforderten Unterlagen beizubringen.

Bewerber oder Bieter müssen keine Unterlagen beibringen, sofern und soweit der Auftraggeber die Unterlagen über eine für den öffentlichen Auftraggeber kostenfreie Datenbank innerhalb der Europäischen Union, insbesondere im Rahmen eines Präqualifikationssystems, erhalten kann oder bereits im Besitz der Unterlagen ist.

- 243 Die VgV lässt in § 45 VgV explizit die Abfrage von Angaben zu folgenden Aspekten zu:
1. Bestimmter Mindestjahresumsatz¹⁹⁷, einschließlich eines bestimmten Mindestjahresumsatzes in dem Tätigkeitsbereich des Auftrags,
 2. Informationen über die Bilanzen der Bewerber oder Bieter; dabei kann das in den Bilanzen angegebene Verhältnis zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten dann berücksichtigt werden, wenn der öffentliche Auftraggeber transparente, objektive und nichtdiskriminierende Methoden und Kriterien für die Berücksichtigung anwendet und die Methoden und Kriterien in den Vergabeunterlagen angibt, oder
 3. Bestehen einer Berufs- oder Betriebshaftpflichtversicherung in bestimmter geeigneter Höhe.
- 244 Als **Belege** für die Einhaltung dieser Anforderungen können regelmäßig folgende **Unterlagen** verlangt werden:
1. entsprechende Bankerklärungen,
 2. Nachweis einer entsprechenden Berufs- oder Betriebshaftpflichtversicherung,¹⁹⁸

¹⁹⁷ Der Auftraggeber kann auch einen Mindestumsatz fordern, der über das Doppelte hinausgeht, muss die Forderung aber begründen, vgl. OLG Jena, Beschl. v. 22.08.2017 – 2 Verg 2/17.

¹⁹⁸ Die Forderung nach Vorlage einer Betriebshaftpflichtversicherung ist nach der Rechtsprechung der VK Westfalen, Beschl. v. 07.02.2017 – VK 1-50/16, wohl EU-rechtswidrig und unzulässig. Die vertragliche Vereinbarung einer Betriebshaftpflichtversicherung ist jedoch nach wie vor zulässig.

3. Jahresabschlüsse oder Auszüge von Jahresabschlüssen, falls deren Veröffentlichung in dem Land, in dem der Bewerber oder Bieter niedergelassen ist, gesetzlich vorgeschrieben ist,
4. eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls den Umsatz in dem Tätigkeitsbereich des Auftrags; eine solche Erklärung kann höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre verlangt werden und nur, sofern entsprechende Angaben verfügbar sind.

Nach § 46 Abs. 3 VgV kann der öffentliche Auftraggeber zum **Beleg der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit** je nach Art, Verwendungszweck und Menge oder Umfang der zu erbringenden Liefer- oder Dienstleistungen **ausschließlich** die Vorlage von einer oder mehreren der folgenden Unterlagen verlangen:

245

1. geeignete Referenzen über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge in Form einer Liste der in den **letzten höchstens drei Jahren** erbrachten wesentlichen Liefer- oder Dienstleistungen mit Angabe des Werts, des Liefer- beziehungsweise Erbringungszeitpunkts sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers; soweit erforderlich, um einen ausreichenden Wettbewerb sicherzustellen, kann der öffentliche Auftraggeber darauf hinweisen, dass er auch einschlägige Liefer- oder Dienstleistungen berücksichtigen wird, die **mehr als drei Jahre** zurückliegen,
2. Angabe der technischen Fachkräfte oder der technischen Stellen, die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung eingesetzt werden sollen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angehören oder nicht, und zwar insbesondere derjenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind,
3. Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Maßnahmen zur Qualitätssicherung und der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmens,
4. Angabe des Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystems, das dem Unternehmen zur Vertragserfüllung zur Verfügung steht,
5. bei komplexer Art der zu erbringenden Leistung oder bei solchen Leistungen, die ausnahmsweise einem besonderen Zweck dienen sollen, eine Kontrolle, die vom öffentlichen Auftraggeber oder in dessen Namen von einer zuständigen amtlichen Stelle im Niederlassungsstaat des Unternehmens durchgeführt wird; diese Kontrolle betrifft die Produktionskapazität beziehungsweise die technische Leistungsfähigkeit und erforderlichenfalls die Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmens sowie die von diesem für die Qualitätskontrolle getroffenen Vorkehrungen,
6. Studien- und Ausbildungsnachweise sowie Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung für die Inhaberin, den Inhaber oder die Führungskräfte des Unternehmens, sofern diese Nachweise nicht als Zuschlagskriterium bewertet werden,
7. Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die das Unternehmen während der Auftragsausführung anwendet,
8. Erklärung, aus der die durchschnittliche jährliche Beschäftigtenzahl des Unternehmens und die Zahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich ist,
9. Erklärung, aus der ersichtlich ist, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung das Unternehmen für die Ausführung des Auftrags verfügt,

10. Angabe, welche Teile des Auftrags das Unternehmen unter Umständen als Unteraufträge zu vergeben beabsichtigt,
11. bei Lieferleistungen:
- a) Muster, Beschreibungen oder Fotografien der zu liefernden Güter, wobei die Echtheit auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers nachzuweisen ist, oder
 - b) Bescheinigungen, die von als zuständig anerkannten Instituten oder amtlichen Stellen für Qualitätskontrolle ausgestellt wurden, mit denen bestätigt wird, dass die durch entsprechende Bezugnahmen genau bezeichneten Güter bestimmten technischen Anforderungen oder Normen entsprechen.

246

Praxishinweis

- 1) Nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁹⁹ ist jedenfalls § 46 Abs. 3 VgV **abschließend**. Die geforderten Nachweise müssen also in die dort genannten Möglichkeiten einzuordnen sein.²⁰⁰
- 2) Der Auftraggeber kann die Unternehmen auffordern, die vorgelegten Nachweise **zu erläutern**, § 48 Abs. 7 VgV. Dabei sind aber zwingend die Grenzen des Verhandlungsverbotes im offenen und nicht offenen Verfahren zu berücksichtigen.

1.6.5 Auswertungsmatrix

- 247 Die **Auswertungsmatrix** der Eignungsprüfung fasst die Ergebnisse der Prüfung zusammen und bildet die Grundlage für die Feststellung, welche der Unternehmen für die Auftragsausführung tatsächlich geeignet sind. Der **Aufbau und die Inhalte** der Matrix hängen davon ab, welches Modell der Eignungsprüfung angewandt wurde. Soweit nur **Mindestanforderungen** gestellt wurden, ist es ausreichend, das Erfüllen dieser Anforderungen jeweils „abzuhaken“. Wurden demgegenüber die einzelnen Eignungskriterien der Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs mit Punkten versehen²⁰¹, um den Teilnehmerkreis auf eine bestimmte Anzahl zu reduzieren, so sollte sich aus der Auswertungsmatrix die Rangfolge der Unternehmen unmittelbar ableiten lassen. Die Auswertungsmatrix wird **Bestandteil der Vergabeakte** und muss daher so detailliert ausgestaltet sein, dass sie im Falle eines Nachprüfungsverfahrens alle notwendigen Informationen über die Eignungsfeststellung enthält.

¹⁹⁹ EuGH, Urt. v. 18.10.2012 – Rs. C-218/11 – zur Vorgängernorm.

²⁰⁰ Nach VK Westfalen, Beschl. v. 07.02.2017 – VK 1-50/16 ist auch § 45 Abs. 4 VgV – entgegen dem Wortlaut der Norm – abschließend.

²⁰¹ Gleiches gilt auch, wenn die Auftraggeber eine Schwelle für die Eignung festlegen (etwa 51/100 Punkten).

1.7 Angemessenheit der Preise oder Kosten

Der öffentliche Auftraggeber hat die Angemessenheit der Preise oder Kosten nach unten **(zu niedrige Preise oder Kosten)** zu prüfen, vgl. § 60 VgV. **Maßgeblich** für die Beurteilung ist in erster Linie der **Gesamtpreis** (Endpreis, Gesamtkosten) des Angebotes.²⁰² Das gilt auch für Rahmenvereinbarungen.²⁰³ 248

Von einem **ungewöhnlich niedrigen** Preis oder Kosten ist auszugehen, wenn der angebotene Gesamtpreis derart eklatant von dem an sich angemessenen Preis abweicht, dass eine genauere Überprüfung im Einzelnen nicht erforderlich ist und die Unangemessenheit sofort ins Auge fällt. **Ziel der Vorschrift** ist, solche Angebote auszusondern, die wegen ihres extrem niedrigen Preises oder Kosten nicht so auskömmlich kalkuliert sind, dass eine einwandfreie Leistungserbringung über die Vertragslaufzeit gewährleistet ist. 249

Anhaltspunkte für ein Unterkostenangebot ist der Vergleich mit 250

- Preisen oder Kosten eingegangener Konkurrenzangebote
- Erfahrungswerten aus anderen Ausschreibungen
- Die Kostenschätzung des Auftraggebers

Es gibt **keinen festen Prozentsatz**,²⁰⁴ bei dem grundsätzlich von einem unangemessen niedrigen Preis oder Kosten ausgegangen werden muss. Erhebliche Differenzen zwischen dem günstigsten Angebot und dem nächstfolgenden Angebot geben dem Auftraggeber allerdings in der Regel Anlass, die Angemessenheit des Angebots kritisch zu **prüfen**. 251

Gründe für erhebliche Preisschwankungen können sein: 252

- Mindestlöhne, einheitliche Fixkosten und standardisierte Leistungen nur in speziellen Marktsegmenten
- Entwicklung effizienterer Betriebsabläufe,
- brach liegende Kapazitäten (deren Kosten wenigstens zumindest teilweise erwirtschaftet werden sollen)
- Bemühen, in einen Markt neu einzusteigen.

Vor einer Nichtberücksichtigung des Angebotes ist der Auftraggeber allerdings verpflichtet, den Sachverhalt gem. § 60 Abs. 1 VgV unter Berücksichtigung der in § 60 Abs.2 VgV beispielhaft genannten Aspekte **aufzuklären**. Verweigert sich das Unternehmen einer Aufklärung oder kann der öffentliche Auftraggeber das Angebot nicht zufriedenstellend aufklären, kann der Auftraggeber das Angebot vom weiteren Verfahren ausschließen. Sind die Preise oder die Kosten wegen Verstößen gegen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften ungewöhnlich niedrig, muss der Auftraggeber das Angebot ausschließen. 253

Der Auftraggeber darf den **Zuschlag** auch auf ein Angebot mit einem **niedrigen Preis** oder Kosten erteilen, sofern der Auftraggeber eine **sachlich fundierte, vertretbare Pro-** 254

²⁰² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.02.2009 – VII-Verg 66/08; Beschl. v. 10.12.2008 – VII-Verg 51/08.

²⁰³ BGH, Urt. v. 20.12.2016 – VI ZR 612/15.

²⁰⁴ Nach § 3 BerlAVG können eine Aufklärung veranlassende begründete Zweifel vorliegen, wenn der angebotene Preis mindestens zehn Prozent unter dem nächsthöheren Angebot oder dem Schätzpreis der Vergabestelle liegt.

gnose trifft, dass der Bieter die Leistung zuverlässig und vertragsgerecht erbringen wird und konkrete Belege für ein wettbewerbsbeschränkendes oder unlauteres Unterangebot fehlen.²⁰⁵

- 256 Die Regelung ist **drittschützend**.²⁰⁶ Das heißt, dass die Mitbewerber verlangen können, dass die Vergabestelle in die vorgesehene nähere Prüfung der Preisbildung eintritt.
- 257 **Ungewöhnlich hohe Angebote** kommen in der Regel für den Zuschlag schon deswegen nicht in Betracht, weil der Wettbewerb andere – günstigere – Preise hergibt. In Ausnahmefällen – etwa wenn nur ein Angebot vorliegt oder der Auftraggeber dem Preis bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes extrem niedriges Gewicht eingeräumt hat – können auch überteuerte Angebote zu einem Problem werden. Der Auftraggeber kann das Vergabeverfahren insb. dann aufheben bzw. das Angebot vom weiteren Vergabeverfahren ausschließen, wenn er über eine **fundierte Kostenschätzung** verfügt, die das Angebot als überteuert ausweist oder seine Haushaltsmittel nachweislich nicht ausreichen – was ebenfalls durch eine fundierte Kostenschätzung nachzuweisen ist.²⁰⁷ Maßgeblich ist auch hier grundsätzlich der **Gesamtpreis**.

1.8 Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes

- 258 Die regelmäßig letzte Stufe ist die **Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots**, das die ersten drei Stufen der Angebotswertung überstanden hat, also **wertungsfähig** ist.

1.8.1 Definition „wirtschaftlichstes Angebot“

- 259 Gem. § 127 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste (wertungsfähige) Angebot erteilt. Der niedrigste Preis ist bei Facility Management-Leistungen regelmäßig nicht allein entscheidend.²⁰⁸ Vielmehr spielen qualitative Kriterien eine (mit-)entscheidende Rolle.²⁰⁹

Anderes kann allenfalls gelten, wenn die zu beschaffende Leistung so eindeutig und erschöpfend beschrieben ist (etwa durch die Vorgabe von AMEV-Arbeitskarten), dass von den Angeboten der Bieter kein qualitativer Mehrwert zu erwarten ist.

205 OLG München, Beschl. v. 21.05.2010 – Verg 2/10.

206 BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16.

207 Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 20.03.2014 – X ZB 18/13; KG, Beschl. v. 17.10.2013 – Verg 9/13; VK Berlin, Beschl. v. 14.10.2011 – VK-B 2-24/11.

208 Etwas anderes kann bspw. bei Prüfleistungen (ZÜS) gelten, wenn der Leistungsgegenstand so exakt und ausführlich beschrieben werden kann, dass ein qualitativer Unterschied der Angebote praktisch auszuschließen ist und es im Ergebnis nur noch auf den Preis ankommt.

209 S. Rdn. 268 ff.

1.8.2 Aufstellung von Zuschlagskriterien

1.8.2.1 Grundsatz

Die **Zuschlagskriterien**²¹⁰ und die Unterkriterien

260

- müssen sich am konkret zu vergebenden Auftrag orientieren,
- müssen überprüfbar sein,
- müssen in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen allen Bietern nebst deren Gewichtung mitgeteilt werden, damit die Bieter ihre Angebote optimal gestalten können,
- dürfen im Laufe des Vergabeverfahrens grundsätzlich nicht geändert werden,
- müssen bei der Zuschlagswertung in ihrer Gesamtheit und der angegebenen Gewichtung Anwendung finden.

Praxishinweis

261

Es ist also weder zulässig, nicht bekanntgegebene Kriterien anzuwenden, noch bekanntgegebene Kriterien nicht anzuwenden.

1.8.2.2 Nachträgliche Änderung von Zuschlagskriterien

Grundsätzlich dürfen einmal mitgeteilte Zuschlagskriterien nicht mehr geändert werden.²¹¹ Eine **Ausnahme** gilt allerdings für nachträgliche Konkretisierungen in Form der Benennung und Gewichtung von Unterkriterien oder falls im Verlaufe des Vergabeverfahrens eine **zulässige Änderung des Beschaffungsgegenstandes**²¹² notwendig werden sollte.

262

Soweit von dieser Möglichkeit – im absoluten und in jedem Einzelfall zu prüfenden **Ausnahmefall** – Gebrauch gemacht wird,

263

- sind die Bieter mittels Anschreiben und Änderungsbekanntmachung zu **informieren**,
- ihnen muss **angemessene Zeit** gewährt werden, um ihr Angebot nach Maßgabe der Veränderungen umzustellen,
- notfalls ist dazu auch die **Angebotsfrist** zu verlängern.

210 Nach der Rechtsprechung des BGH (Beschl. v. 10.05.2016 – X ZR 66/15) sind die Zuschlagskriterien auch unterhalb der Schwellenwerte bekannt zu geben, wenn ohne ausdrücklich formulierte Wertungskriterien das wirtschaftlichste Angebot nicht nach transparenten und willkürfreien Gesichtspunkten bestimmt werden kann.

211 Vgl. EuGH, Urt. v. 18.11.2010 – Rs. C-226/09; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2010 – Verg 40/10. Verhandlungen über Zuschlagskriterien sind ebenfalls unzulässig, § 17 Abs. 10 S. 2 VgV.

212 Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.01.2010 – 27 U 1/09, vgl. auch Rdn. 172 f.

1.8.2.3 Zuschlagskriterium „Preis“

- 264 Der Preis ist bei der Angebotswertung – schon aus haushaltsrechtlichen Gründen – grundsätzlich **„angemessen“** zu berücksichtigen.
- 265 Das angemessene Gewicht des Preises lässt sich nicht pauschal in Prozenten ausdrücken, sondern ist grundsätzlich **anhand der konkret zu beschaffenden Leistung** anzusetzen. Eine Festlegung und Gewichtung von Zuschlagskriterien, bei denen Wirtschaftlichkeitskriterien neben dem Angebotspreis nur eine marginale Rolle spielen oder der Preis eine übermäßige Bedeutung einnimmt, kann demnach gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip verstoßen.²¹³ Die Rechtsprechung geht überwiegend von einem **Mindestanteil** von ca. 25–30 % an der Gesamtwertung aus.²¹⁴
- 266 Die Begründung für die Gewichtung des Preises ist zu dokumentieren.

267 Praxishinweis

Je größer die **qualitativen Unterschiede** der zu erwartenden Angebote sind und je mehr Wert der öffentliche Auftraggeber auf diese qualitativen Unterschiede legt, desto stärker kann die preisliche Komponente in den Hintergrund treten.

Der Auftraggeber sollte anhand der Kostenschätzung „nachrechnen“, wieviel ihm ein Prozent „Qualität“ wert ist und den Preis angemessen bewerten.

Beispiel:

Zu erwartender Angebotspreis: EUR 1.000.000,–

Variante 1:

Gewichtung Preis: 50 %

Gewichtung Qualität: 50 % (**1 % Qualität „entspricht“ EUR 20.000,–**)

Variante 2:

Gewichtung Preis: 25 %

Gewichtung Qualität: 75 % (**1 % Qualität „entspricht“ EUR 40.000,–**)

1.8.2.4 Zuschlagskriterium „Qualität“

- 268 Das Kriterium „Qualität“ stellt nur den Oberbegriff für eine Vielzahl weiterer Kriterien dar, die neben dem Preis bei der Wertung eine Rolle spielen können. Es bedarf insofern immer der Benennung von Unterkriterien, die das Kriterium mit „Leben“ erfüllen.²¹⁵ Allerdings müssen diese (Unter-)Kriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen²¹⁶ und durch diesen gerechtfertigt sein, dürfen nicht der Diskriminierung oder Bevorzugung ein-

²¹³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.05.2012 – Verg 3/12.

²¹⁴ Vgl. VK Sachsen, Beschl. v. 07.05.2007 – 1/SVK/027-07; OLG Dresden, Beschl. v. 05.01.2001 – WVerf 11/00; a.A. und gegen jede Festsetzung von allgemeinen Standards OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.05.2005 – VII – Verg 08/05).

²¹⁵ Vgl. etwa VK Düsseldorf, Beschl. v. 14.07.2011 – VK – 02/2011 – L.

²¹⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.01.2013 – Verg 35/12.

zelner Bieter dienen und müssen für die Bieter nachvollziehbar bewertet werden. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken. Einen Anhaltspunkt zu üblichen Qualitätskriterien bietet § 58 Abs. 2 VgV.

Nach dieser Vorschrift können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere:

269

1. die Qualität, einschließlich des technischen Werts, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des „Designs für Alle“, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen,
2. die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder
3. die Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen.

Praxishinweis

270

Nachdem die Rechtsprechung durchgehend auf eine strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien Wert gelegt hatte, haben der EuGH und das OLG Düsseldorf²¹⁷ in vielbeachteten Entscheidungen zum alten Recht klargestellt, dass die Verwendung von Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals taugliches Zuschlagskriterium ist, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.

§ 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV stellt diese Möglichkeit nunmehr explizit zur Verfügung. Gerade bei inhaltlich anspruchsvollen Leistungen des Facility Management wird die Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals häufig eine für die Auftragsausführung maßgeblich sein.

Der öffentliche Auftraggeber kann im Rahmen der Eignungsprüfung bspw. unternehmensbezogene Referenzen abfragen und Mindestvoraussetzungen für das einzusetzende Personal festlegen. Im Rahmen der Zuschlagswertung kann sich der Auftraggeber die für die Ausführung der Leistung vorgesehenen Personen konkret anbieten lassen und deren Berufserfahrung, Ausbildung und Referenzen bewerten.

Soweit die abgefragten Daten nicht „harte Fakten“ wie Lebenszykluskosten, Energieeffizienz o.ä. umfassen, werden in der Praxis dazu häufig **Konzepte** von den Bietern abgefragt, anhand derer der Auftraggeber nachvollziehen kann, wie die Bieter ihre Arbeitsabläufe etc. bezüglich der einzelnen Kriterien in den Liegenschaften des Auftraggebers optimieren wollen. Bei der **Qualität** eines Konzepts geht es für den Adressaten typischerweise einerseits um formelle Aspekte der Darstellung, wie deren Struktur, Übersichtlichkeit,

271

²¹⁷ EuGH, Urt. v. 26.03.2015 – Rs. C-601/13; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.04.2015 – Verg 35/14.

Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit, und andererseits um inhaltliche Aspekte, wie fachliche Reife, innere Logik, Funktionalität und Praktikabilität.²¹⁸

272

Praxishinweis

Qualitätskriterien werden häufig im Rahmen von Konzepten abgefragt und auf der Grundlage von Schulnoten bewertet. Diese Bewertungsmethode war wegen ihrer vermeintlichen Intransparenz umstritten²¹⁹, ist nun aber nach mehreren Entscheidungen als für grundsätzlich zulässig befunden worden.²²⁰

Der BGH²²¹ hat entschieden, dass es einer transparenten und wettbewerbskonformen Auftragsvergabe regelmäßig nicht entgegensteht, wenn der öffentliche Auftraggeber für die Erfüllung qualitativer Wertungskriterien Noten mit zugeordneten Punktwerten vergibt, ohne dass die Vergabeunterlagen weitere konkretisierende Angaben dazu enthalten, wovon die jeweils zu erreichende Punktzahl konkret abhängen soll.

Der Gefahr einer Überbewertung qualitativer Zuschlagskriterien zum Nachteil einzelner Bieter ist durch eingehende Dokumentation des Wertungsprozesses zu begegnen. Die Nachprüfungsinstanzen untersuchen auf Rüge die Benotung des Angebots des Antragstellers als solche und in Relation zu den übrigen Angeboten, insbesondere zu demjenigen des Zuschlagsprätendenten, und darauf hin, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden.

Nach der Rechtsprechung des BGH wird folgende Gestaltung der Bewertung zulässig sein:

Service Level (max. 15 Punkte)

Die XX erwartet hier Angaben der Bieter, wie die Bieter die Versorgung der angeschlossenen Mieter der XX im Auftragsfall sicherstellen werden. Damit sich die XX ein Bild von der Konzeption der Leistungserbringung machen kann, sind mindestens Ausführungen zu folgenden Aspekten der Leistungsausführung für die XX zu machen:

- Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung (Reaktionszeit, Behilfsmaßnahmen etc.)
- Fristen zur Behebung von Versorgungsstörungen
- Erreichbarkeit (z.B. 24 Stunden Hotline, etc.)
- Organigramm des Auftragnehmers
- Vertretungsregelungen

Das Konzept wird nach dem Schulnotensystem (gymnasiale Oberstufe) bewertet.

Der öffentliche Auftraggeber ist aber gehalten, seine Bewertung ausführlich und transparent zu begründen.

Es liegt im Übrigen im ureigenen Interesse der Auftraggeber, ihre Erwartungen für die Bieter verständlich zu formulieren. Die Bewertung qualitativer Kriterien bringt dem öffentlichen

218 OLG Naumburg, Beschl. v. 12.04.2012 – 2 Verg 1/12.

219 Vgl. insb. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2016 – VII – Verg 49/15; Beschl. v. 01.06.2016 – Verg 6/16; Beschl. v. 16.12.2015 – VII – Verg 25/15.

220 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.07.2016 – Rs. C-6/15; OLG Dresden, Beschl. v. 02.02.2017 – Verg 7/16 und zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.03.2017 – VII-Verg 39/16 (mit Anm. Kaiser, VergabeR 2017 S. 391).

221 BGH, Beschl. v. 04.04.2017 – X ZB 3/17.

Auftraggeber nur dann einen tatsächlichen Mehrwert, wenn die Ausführungen der Bieter zu den zu vergebenden Leistungen passen, also tatsächlich eine Entscheidung darüber erlauben, welches Angebot qualitativ besser oder weniger gut ist. Je höher die Qualität gewichtet ist, desto präziser sollte der Auftraggeber seine Erwartungshaltung demnach bekanntgeben.

1.8.2.5 Technischer Wert

Unter den technischen Wert können beispielsweise Gewährleistungsdauern fallen, ebenso wie die Prognose über die Nutzbarkeitsdauer gelieferter Waren, Art und Anzahl der bei der Leistungserbringung für den Einsatz vorgesehenen Geräte und Maschinen oder Maßnahmen der Qualitätssicherung. 273

1.8.2.6 Ästhetik

Ästhetik ist zwar ein hochgradig subjektives, gleichwohl aber zulässiges Wertungskriterium. Sie meint die schöne bzw. geschmackvolle Ausgestaltung einer Leistung. Da sie objektiv nicht messbar ist, muss der Auftraggeber, wenn er sie berücksichtigen möchte, dafür sorgen, dass seine Beurteilung nachvollziehbar dokumentiert ist. Dazu werden üblicherweise mehrere „Juroren“ bestimmt, die nach eigenem Empfinden beurteilen, ob ihnen die angebotene Leistung zusagt, die Gründe dafür dokumentieren und letztlich im Vergleich zu den anderen angebotenen Leistungen eine Punktzahl vergeben. 274

Im Rahmen von Facility Management-Verträgen spielt Ästhetik in aller Regel keine tragende Rolle, sondern kann allenfalls im Rahmen von Einzelaspekten (etwa Dienstuniformen von Mitarbeitern u. ä.) einmal relevant werden.

1.8.2.7 Zweckmäßigkeit

Von großer Relevanz ist bei Aufträgen im Bereich des Facility Management häufig die Zweckmäßigkeit. Hierunter kann bei vergleichbaren Verträgen insbesondere gefasst werden, inwieweit die Leistungserbringung durch den Auftragnehmer in die Arbeitsabläufe innerhalb der betroffenen Liegenschaften einwirkt. So werden optimaler Weise alle nicht unaufschiebbaren Reinigungs- und Wartungsleistungen außerhalb der üblichen Arbeits- und Geschäftszeiten der in den Gebäuden Tätigen erbracht. Inwieweit der Auftragnehmer seine internen Arbeitsabläufe auf derartige Anforderungen anpasst und sie entsprechend optimiert, kann etwa auf der Grundlage von den Bietern einzureichender Organisationskonzepte prognostiziert werden. Hierunter sind ebenfalls andere effizienzbezogene Kriterien zu fassen, also Optimierungsanstrengungen der Bieter, um mit möglichst geringem Personal- und Materialaufwand einen größtmöglichen Zielerfüllungsgrad zu erreichen. In der Praxis werden dazu in der Regel Konzepte von den Bietern abgefordert. 275

1.8.2.8 Zugänglichkeit der Leistung insb. für Menschen mit Behinderungen und „Design für alle“

Die Anforderungen des „Designs für Alle“ erfassen über den Begriff der „Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen“ hinaus auch die Nutzbarkeit und Erlebbarkeit für möglichst alle Menschen – also die Gestaltung von Bauten, Produkten und Dienstleitungen auf 276

eine Art und Weise, dass sie die Bandbreite menschlicher Fähigkeiten, Fertigkeiten, Bedürfnisse und Vorlieben berücksichtigen, ohne Nutzer durch Speziallösungen zu stigmatisieren. Das Kriterium des „Designs für Alle“ schließt also die „Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen“ ein, sodass auch bei diesem Zuschlagskriterium die Vorgaben zur Sicherstellung der Barrierefreiheit zu beachten sind.²²²

1.8.2.9 Umwelteigenschaften

- 277 Unter die Umwelteigenschaften zu erbringender Leistungen lassen sich etwa Produktionsarten, die Recyclingfähigkeit der Verpackungen verwendeter Produkte, die prozentuale Verwendung chemischer Stoffe bzw. natürlicher Rohstoffe oder auch die Gesundheitsverträglichkeit eingesetzter Materialien fassen.

1.8.2.10 Betriebskosten

- 278 Obwohl die Betriebskosten auf den ersten Blick ein Teil des Preises darstellen, sind sie doch von diesem zu differenzieren und getrennt zu betrachten. Der Preis, also die Summe Geld, die der Auftraggeber an den Auftragnehmer zu zahlen hat, lässt sich – jedenfalls grundsätzlich – unmittelbar aus dem zwischen beiden Parteien geschlossenen Vertrag ermitteln. Dies ist bei Betriebskosten nicht der Fall, da die entsprechenden Zahlungen in aller Regel nicht an den Auftragnehmer, sondern an Dritte geleistet werden.
- 279 Die Betriebskosten werden letztlich erst bei der Leistungserbringung durch den Auftragnehmer generiert. Übliche Betriebskosten wären beispielsweise der Stromverbrauch. Nur die wenigsten Facility Management-Verträge umfassen aber die Lieferung von Strom, der zumeist von externen Anbietern bezogen wird. Entsprechend wird der Stromverbrauch auch üblicherweise nicht in einem Geldbetrag, sondern in Form der Leistungsaufnahme beziffert, da der Auftragnehmer in der Regel keinerlei unmittelbaren Einfluss auf die Preisbildung bei dem Dritten hat.
- 280 Gleichwohl sollten Auftraggeber gerade bei Leistungsgegenständen, bei denen die Betriebskosten über die Lebensdauer höher liegen als die Anschaffungskosten, diese sehr genau im Auge haben (vgl. dazu auch Rdn. 281 ff.). Er muss sich dabei aber, genau wie der Auftragnehmer selbst, in aller Regel auf die Angaben der Hersteller verlassen. Nur die wenigsten Anbieter von Facility Management-Leistungen produzieren beispielsweise die gelieferten Verbrauch- und Ersatzteile selbst.

1.8.2.11 Lebenszykluskosten

- 281 Die Lebenszykluskosten stehen im direkten Zusammenhang mit den Betriebskosten, sind aber letztlich weiter gefasst als diese. Grundsätzlich beinhalten sie alle Kosten, die dem Auftraggeber vor, während und nach der Nutzung bestimmter Produkte entstehen, sie beinhalten beispielsweise auch die Kosten, die durch die Entsorgung verursacht werden, selbst wenn diese erst lange nach dem Auslaufen des ursprünglichen Dienstleistungsvertrages erfolgt.

²²² Bundesrat Drucksache 87/16, S. 212.

1.8.2.12 Rentabilität

Die Rentabilität einer Leistung umschreibt das Verhältnis zwischen dem für sie einzusetzenden Kapital und dem aus ihr generierten Gewinn. Der Gewinn, der aus Facility Management-Leistungen erzielt wird, muss sich nicht zwingend unmittelbar in einem Geldwert ausdrücken lassen. Er kann beispielsweise mittelbar darin liegen, dass der Auftraggeber, wenn er Teile des bewirtschafteten Gebäudes vermietet, durch die Qualität der vom Dienstleister erbrachten Serviceleistungen höhere Mietzinse erzielen kann, aber auch in der erhöhten Qualität des Arbeitsumfelds für die im Gebäude tätigen Mitarbeiter des Auftraggebers selbst.

282

1.8.2.13 Kundendienst und technische Hilfe

Hierunter fallen bei Leistungen des Facility Managements insbesondere die Reaktionszeiten des Dienstleisters beim Auftreten von Störungen und die Qualität seiner (Mit-)Arbeit bei der Problemlösung. Betreut der Facility Manager beispielsweise das IT-System in den Liegenschaften, ist hierunter auch die Qualität der Beratung von Mitarbeitern, die Probleme mit der Hard- oder Software am Arbeitsplatz haben, zu fassen.

283

1.8.2.14 Liefertermin

Liefertermine spielen bei klassisch ausgestalteten Facility Management-Verträgen in aller Regel nur eine untergeordnete Rolle, da die hinreichende Ersatzteilversorgung oder die Bevorratung von Verbrauchsgütern wie Reinigungsmitteln oder Sanitärartikeln ohnehin so ausgestaltet sein muss, dass keine Wartezeiten bis zum Eintreffen einer Bestellung entstehen.

284

1.8.2.15 Ausführungsfrist

Es kann in Abhängigkeit vom Auftragsgegenstand für Auftraggeber ein besonderes Interesse bestehen, die gewünschte Leistung so schnell wie möglich vollständig zu erhalten. Entsprechend kann bei der Zuschlagsentscheidung die Möglichkeit der Bieter, die Leistungen schnell auszuführen, berücksichtigt werden. Bei Facility Management-Leistungen, die in aller Regel längerfristig wiederkehrende Leistungskomponenten umfassen, wird dies in aller Regel aber nicht der Fall sein.

285

Praxishinweis		286
Facility Management-relevante Zuschlagskriterien*		
Unterkriterium der „Qualität“		
Sicherstellung der personellen Verfügbarkeit	OLG Naumburg, Beschl. v. 12.04.2012 – 2 Verg 1/12	

* Eine schematische Betrachtung verbietet sich. Kriterien sind grundsätzlich nach ihrer konkreten Ausgestaltung zu bewerten.

geplante Kommunikation mit dem Auftraggeber, zur Projektdokumentation, zu Statusberichten etc.	OLG Naumburg, Beschl. v. 12.04.2012 – 2 Verg 1/12
„Qualitätsmanagement und Hygienekonzept“ sowie „Beschwerdemanagement“	OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.05.2012 – VII-Verg 68/11
beste technische Lösung	2. VK Bund, Beschl. v. 22.04.2002 – VK 2 – 08/02
Wartungskosten	1. VK Sachsen, Beschl. v. 11.10.2001 – 1/SVK/94-0)
Servicedienstleistungen	Zulässig, wenn hinreichend konkretisiert: VK Lüneburg, Beschl. v. 24.11.2003 – 203-VgK-29/2003
Nachlieferfristen	VK Münster, Beschl. v. 22.07.2005 – VK 16/05
Geräteinsatz	Vgl. zur Abgrenzung zw. Eignungs- und Zuschlagskriterium: 2. VK Bund, Beschl. v. 18.06.2012 – VK 2 – 53/12
Betriebskosten	2. VK Brandenburg, Beschl. v. 28.06.2006 – 2 VK 22/06
Reinigungsdienstleistungen: Reinigungsstunden Richtleistungen pro Raumgruppe (und die dazu gebildeten Mittelwerte) sind Unterkriterien des Zuschlagskriteriums Reinigungsstunden	OLG Düsseldorf, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2014 – Verg 41/13; Beschl. v. 27.02.2008 – VII-Verg 41/07, VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 30.01.2017 – 3 VK LSA 65/16; VK Brandenburg, Beschl. v. 18.05.2015 – VK 5/15.
Folgekosten	Soweit hinreichend spezifiziert: OLG Naumburg, B. v. 13.05.2008 – 1 Verg 3/08

1.8.3 Auswertungsmatrix Zuschlagskriterien

- 287 Die **Ergebnisse der Angebotswertung** sind vom Auftraggeber in einer Wertungsmatrix zusammenzufassen und zu dokumentieren. Aus der Matrix muss ableitbar sein, welcher Bieter insgesamt das beste Angebot abgegeben hat, und aufgrund welcher Beurteilungen der Auftraggeber zu diesem Ergebnis gekommen ist. Dabei muss aber etwa die Bewertung in einzelnen Kriterien nicht vollumfänglich in der Matrix selbst enthalten sein. Es reicht, wenn diese sich aus externen Dokumenten herleiten lässt. Die externen Dokumente müssen für den Fall einer inhaltlichen Kontrolle durch eine Nachprüfungsinstanz aber ebenso zu der **Vergabedokumentation** genommen werden wie die Matrix selbst.
- 288 Dies gilt insbesondere für die Ergebnisse, die die einzelnen Mitglieder von Wertungsgremien auf der Grundlage **subjektiver Einschätzungen** etwa in Bezug auf Konzepte erzielen. Gerade bei solchen „weichen“ Bewertungen müssen zudem die grundlegenden Erwägun-

gen erkennbar sein, die zu einer bestimmten Bewertung geführt haben; eine reine Bepunktung, ohne dass daraus erkennbar wäre, wie diese zustande gekommen ist, ist hier nicht ausreichend.

Auf der **Basis** der Bewertungsmatrix trifft der öffentliche Auftraggeber seine Zuschlagsentscheidung.

Praxishinweis

289

Folgende Bewertungsschemata haben sich in der Praxis bewährt:

Preis:

Umgekehrter Dreisatz:²²³

Preis: 65 Punkte

Angebot Bieter A: EUR 100.000,–

Angebot Bieter B: EUR 110.000,–

Rechenweg:

Günstigstes Angebot x maximale Punktzahl / zu bewertendes Angebot
= 100.000 x 65 / 110.000 = 59,09 Punkte

Ergebnis:

Bieter A: 65 Punkte

Bieter B: 59,09 Punkte

Qualität:

Bewertung von Konzepten:

• **Bewertung nach folgendem Schema:**

- Ergebnis vorweg
- Positiv wurde bewertet ...
- Zur Abwertung führte ...
- Insgesamt ...
- ggfs. Darstellung Stärken und Schwächen gegenüber anderen Konzepten

Tab. 1.2 Beispiel einer Wertungsmatrix (vereinfacht):

Kriterium	1	2	3	Gesamt
Bieter	(max. 10 Punkte)	(max. 30 Punkte)	(max. 60 Punkte)	
A	5	25	50	80
B	8	16	55	79
C	10	20	60	90

Hier ist Bieter C der Zuschlag zu erteilen, da sein Angebot insgesamt die höchste Punktzahl erreicht hat.

²²³ Die Bewertung des Preises/der Kosten im Wege des umgekehrten Dreisatzes ist nach der Rechtsprechung des OLG Dresden (Beschl. v. 02.02.2017 – Verg 7/16) grundsätzlich nicht zu beanstanden.

1.8.4 Vorabinformationsschreiben gem. § 134 GWB

290 Der **Auftraggeber** hat die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, nach § 134 GWB

- über den **Namen** des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll,
 - über die **Gründe** der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und
 - über den **frühesten Zeitpunkt** des Vertragsschlusses
- unverzüglich in Textform zu informieren.

291 **Praxishinweis**

Ein Informationsschreiben nach § 134 GWB muss zwingend folgende Informationen enthalten (sog. „**3-W-Regel**“):

- **Wer wird es?** (erfolgreicher Bieter)
- **Wann wird er es?** (frühestmöglicher Zeitpunkt des Vertragsschlusses)
- **Warum nicht der Adressat?** (Gründe für die Nichtberücksichtigung)

Dies gilt auch für **Bewerber**, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die Bieter ergangen ist.

292 An den **Inhalt von Vorabinformationsschreiben** nach § 134 GWB sind nach einhelliger Rechtsprechung keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Der **Wortlaut der Norm** verpflichtet den Auftraggeber lediglich, die **Gründe** für die Nichtberücksichtigung anzugeben, nicht aber **eine Begründung**, die etwa dem die Angebotswertung fixierenden Vergabevermerk oder dessen Zusammenfassung entspricht.

Der Bieter muss **verständlich und präzise** den Grund erfahren, weshalb sein Angebot erfolglos geblieben ist.²²⁴

293 Das Informationsschreiben darf sich zwar **nicht auf Leerformeln** etwa des Inhalts beschränken, der Bieter habe nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben. Greift der Auftraggeber jedoch die **angekündigten Wertungskriterien im Einzelnen** auf und verweist auf die Punkte, in denen der Bieter mit seinem Angebot schlechtere Wertungsergebnisse als der für den Zuschlag vorgesehene Bieter erzielt hat, ist der Auftraggeber zu einer weiter ins Detail gehenden Begründung der Wertungsentscheidung – auch nach der Neufassung der Vorabinformationspflicht in § 134 GWB – nicht verpflichtet.²²⁵

Insbesondere ist es einem Auftraggeber wegen des Grundsatzes des **Geheimwettbewerbs** untersagt, einen unterlegenen Bieter im Wege des Vorabinformationsschreibens nach § 134 GWB über **Einzelheiten des Konkurrenzangebotes** zu informieren.²²⁶

²²⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02.2010 – VII-Verg 51/09; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 01.04.2010 – 1 VK 13/10.

²²⁵ OLG Dresden, Beschl. v. 07.05.2010 – WVerg 6/10.

²²⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02.2010 – VII-Verg 51/09; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 01.04.2010 – 1 VK 13/10.

Die **Stillhaltefrist** beginnt am Tag nach dem Tag des Versands der Information an die Bieter und beträgt 294

- 15 Tage, wenn der Auftraggeber die betroffenen Bieter per Post informiert und
- 10 Tage für den Fall, dass die Mitteilung per Fax oder auf elektronischem Weg erfolgt.

Der Auftraggeber muss die Bieter nach Maßgabe des § 134 GWB in **Textform** informieren.

§ 135 GWB regelt die **Rechtsfolgen** eines Verstoßes gegen § 134 GWB sowie die ungerechtfertigte Auftragserteilung unmittelbar an ein Unternehmen. Die Norm legt fest, dass ein Vertrag von Anfang an unwirksam ist, wenn der Auftraggeber 295

1. gegen § 134 GWB **verstoßen** hat oder
2. einen öffentlichen Auftrag **unmittelbar an ein Unternehmen erteilt**, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist

und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren nach Absatz 2 festgestellt worden ist.

§ 135 Abs. 2 GWB **begrenzt** die Möglichkeit, die Unwirksamkeit nach Absatz 1 geltend zu machen. Nach dieser Vorschrift kann die Unwirksamkeit nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren 296

- innerhalb von **30 Kalendertagen** ab Kenntnis des Verstoßes,
- jedoch nicht später als **sechs Monate** nach Vertragsschluss, oder
- innerhalb von **30 Kalendertagen** nach Veröffentlichung einer Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union, geltend gemacht worden ist.

Praxishinweis

297

Auf die Erfüllung der Verpflichtungen des öffentlichen Auftraggebers aus § 134 GWB ist größte Sorgfalt zu verwenden. Der Auftraggeber läuft bei einem Verstoß Gefahr, die Früchte des bisherigen Verfahrens zu verlieren.

1.9 Beendigung des Vergabeverfahrens

1.9.1 Grundsatz

Die am Vergabeverfahren beteiligten Bieter haben Anspruch auf die vergaberechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens, vgl. § 97 Abs. 6 GWB. Keinen Anspruch haben sie allerdings darauf, dass das Vergabeverfahren mit einem Zuschlag beendet wird, § 63 Abs. 1 S. 2 VgV. Der Auftraggeber unterliegt **keinem Kontrahierungszwang**.²²⁷ Das heißt, er kann nicht verpflichtet werden, einen Vertrag mit einem an dem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen abzuschließen. 298

²²⁷ OLG München, Beschl. v. 31.10.2012 – Verg 19/12; 2. VK Bund, Beschl. v. 28.11.2012 – VK 2 – 134/10.

299 Der Auftraggeber hat demnach grundsätzlich die Wahl zwischen folgenden Maßnahmen zur Beendigung des Vergabeverfahrens:

- **Zuschlag**
- **Aufhebung**
 - durch einen Grund gem. § 63 VgV gedeckt
 - ohne Rechtfertigung (Abstandnahme)

Jedenfalls **unzulässig** ist ein „**Auslaufenlassen**“ des Vergabeverfahrens durch Untätigkeit des Auftraggebers.

1.9.2 Zuschlag

300 Die Erteilung des **Zuschlags** durch den Auftraggeber an den erfolgreichen Bieter ist zugleich seine Annahmeerklärung für das wirtschaftlichste Angebot. Mit der Erteilung des Zuschlags ist der Vertrag **wirksam geschlossen**. Die **Ausfertigung** und **Gegenzeichnung** der Verträge ist grundsätzlich nicht für die Wirksamkeit des Vertragsschlusses erforderlich.

301 Unbedingt zu **beachten** ist,

- dass der Zuschlag **nicht vorzeitig** erteilt wird (vgl. § 134 GWB) und
- dass das **richtige Angebot in Bezug** genommen wird (gerade bei Verhandlungsverfahren sollte auf diesen Aspekt geachtet werden, um Missverständnisse zu vermeiden²²⁸).

302 Praxishinweis

Der Auftraggeber sollte gerade bei **komplexeren Aufträgen** – vor allem also bei Verhandlungsverfahren oder bei einem wettbewerblichen Dialog – das Leistungssoll aus Gründen der **Rechtssicherheit** in einem Vertragswerk festhalten.

1.9.3 Aufhebung

303 Mit der **Aufhebung** nach § 63 VgV erklärt der öffentliche Auftraggeber seinen Willen, das Vergabeverfahren **nicht durch Zuschlag abzuschließen**. Bei **losweiser Vergabe** kann der Auftraggeber die Aufhebung auf einzelne Lose beschränken.

304 Die Entscheidung, das Vergabeverfahren aufzuheben, ist **nachprüfbar**.²²⁹ Eine **Aufhebung der Aufhebungsentscheidung** durch die Vergabekammer kommt nur dann in Betracht, wenn der Wille des Auftraggebers zur Vergabe des ausgeschriebenen Auftrags fortbe-

²²⁸ Im Verhandlungsverfahren ist grundsätzlich das letzte Angebot wirksam, ein Rückgriff auf vorherige Verhandlungsstände ist unzulässig, vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.02.2012 – Verg W 1/12.

²²⁹ BGH, Beschl. v. 18.02.2003 – X ZB 43/02.

steht.²³⁰ Bei **fortbestehender Vergabeabsicht** können die Nachprüfungsinstanzen die Aufhebung der Aufhebungsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers jedenfalls dann anordnen, wenn die Aufhebungsentscheidung auf einem **fehlerhaften Ermessensgebrauch** des Auftraggebers beruht, offen ist, zu welchem Ergebnis die korrekte Ermessensausübung durch den Auftraggeber führt, und ihm mehrere Handlungsalternativen verbleiben.²³¹

§ 63 Abs. 1 VgV legt einen **abschließenden Katalog** von eng auszulegenden²³² Rechtfertigungstatbeständen fest, unter denen der Auftraggeber das Vergabeverfahren **rechtmäßig** aufheben **kann**.²³³ Die Aufhebungsentscheidung steht im Ermessen²³⁴ des Auftraggebers und ist zu begründen und zu dokumentieren.²³⁵ Ob die Aufhebung einer Ausschreibung durch die in § 63 VgV normierten Gründe **gedeckt** ist, ist demnach allein für die Frage entscheidend, ob die an dem Vergabeverfahren beteiligten Bieter einen Anspruch auf **Schadensersatz** haben.²³⁶ Allen Gründen ist **gemeinsam**, dass sie

- nicht dem Auftraggeber zuzurechnen und
- zum Zeitpunkt der Bekanntmachung nicht vorhersehbar gewesen sein dürfen.²³⁷

Der Auftraggeber trägt die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass er zur Aufhebung der Ausschreibung berechtigt ist.²³⁸ Die **Begründung** für die Aufhebung ist zu **dokumentieren**.

Nach § 63 Abs. 2 VgV müssen alle im Verfahren beteiligten Bewerber oder Bieter **unverzüglich** über die Entscheidung unterrichtet werden.

1.9.3.1 Aufhebung bei Vorliegen rechtfertigender Gründe nach VgV

Die VgV benennt abschließend folgende Gründe, die eine Verfahrensaufhebung rechtfertigen können:

a) Kein ordnungsgemäßes Angebot

Der öffentliche Auftraggeber kann ein Vergabeverfahren aufheben, wenn kein ordnungsgemäßes Angebot eingegangen ist.

Kein ordnungsgemäßes Angebot ist eingegangen, wenn entweder überhaupt **kein Angebot** im Rahmen der Angebotsfrist beim Auftraggeber eingegangen ist oder wenn **alle**

230 Vgl. statt aller VK Bund, Beschl. v. 08.02.2011 – VK 2-134/10.

231 OLG München, Beschl. v. 31.10.2012 – Verg 19/12.

232 OLG Celle, Beschl. v. 13.01.2011 – 13 Verg 15/10.

233 Der Auftraggeber muss etwa mildere Mittel (Anpassung der Vergabeunterlagen etc.) in Erwägung ziehen, die die Bieter weniger belasten.

234 OLG München, Beschl. v. 31.10.2012 – Verg 19/12.

235 Eine Pflicht des Auftraggebers zur Aufhebung kommt nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht, KG, Beschl. v. 21.12.2009 – 2 Verg 11/09.

236 OLG Celle, Urt. v. 30.05.2002 – 13 U 266/01; OLG Köln, Urt. v. 18.06.2010 – 19 U 98/09; OLG Koblenz, Beschl. v. 15.01.2007 – 12 U 1016/05; 1. VK Bund, Beschl. v. 04.12.2001 – VK 1 – 43/01.

237 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.11.2010 – VII-Verg 50/10; nicht schuldhaft herbeigeführt: OLG München, Beschl. v. 31.10.2012 – Verg 19/12.

238 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.01.2005 – VII – Verg 72/04; OLG Köln, Urt. v. 18.06.2010 – 19 U 98/09.

eingereichten Angebote auf der ersten bis dritten Wertungsstufe (formelle Ausschlussgründe, mangelnde Eignung, unangemessene Preise) **ausgeschlossen** werden mussten.²³⁹

308

Praxishinweis

§ 57 VgV regelt folgende **Ausschlussgründe**:

Von der Wertung ausgeschlossen werden Angebote von Unternehmen, die die Eignungskriterien nicht erfüllen, und Angebote, die nicht den Erfordernissen des § 53 VgV genügen, insbesondere:

1. Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn, der Bieter hat dies nicht zu vertreten,²⁴⁰
2. Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten,²⁴¹
3. Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind,²⁴²
4. Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind,²⁴³
5. Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen, oder
6. nicht zugelassene Nebenangebote.²⁴⁴

b) Wesentliche Änderung der Grundlagen des Vergabeverfahrens

- 309** Eine **wesentliche Änderung** der Grundlagen des Vergabeverfahrens liegt dann vor, wenn wegen rechtlicher, technischer, zeitlicher oder wirtschaftlicher Schwierigkeiten, die während der laufenden Ausschreibung aufgetreten sind, die Durchführung des Auftrags **nicht mehr möglich** oder zumindest für den Auftraggeber **objektiv sinnlos** oder **unzumutbar** ist.²⁴⁵
- 310** Der Aufhebungsgrund greift insb. etwa in Fällen, in denen sich die Finanzierungsmöglichkeiten des Auftraggebers dramatisch verschlechtern (etwa bei drohender Insolvenz eines staatlich kontrollierten, privatwirtschaftlich organisierten Unternehmens oder beim (unvorhergesehenen) Wegfall einkalkulierter staatlicher Finanzierungsbeiträge).

²³⁹ Zu den Ausschlussgründen nach § 123 GWB und § 124 GWB vgl. Rdn. 227 ff.

²⁴⁰ Verspätungen durch Kurierdienste sind grds. dem Bieter zuzurechnen.

²⁴¹ Beachte die Regelungen zur Nachforderung gem. § 56 VgV, vgl. Rdn. 220.

²⁴² Vor dem Ausschluss ist eine Aufklärung der Angebotsinhalte in Erwägung zu ziehen.

²⁴³ Z.B. Beifügen bieter eigener AGB, Streichungen in den Verträgen ö.ä.

²⁴⁴ Das Hauptangebot und die übrigen Nebenangebote (zweite Alt.) bleiben unberührt.

²⁴⁵ VK Bund, Beschl. v. 08.02.2011 – VK 2-134/10.

c) Kein wirtschaftliches Ergebnis

Ein Vergabeverfahren hat insb. dann kein wirtschaftliches Ergebnis gebracht, wenn²⁴⁶ **311**

- das **Preis-Leistungs-Verhältnis** der Angebote für den öffentlichen Auftraggeber **nicht akzeptabel** ist,²⁴⁷
- keine **qualitativ** zufriedenstellenden Angebote vorliegen, weil den Bietern zum Beispiel die erforderliche Fachkunde fehlt²⁴⁸ oder²⁴⁹
- selbst das günstigste Angebot **wesentlich** über dem Marktpreis liegt.²⁵⁰

Der Auftraggeber kann die Ausschreibung aber erst dann aufheben, wenn er die **Angebotsbewertung ordnungsgemäß** beendet hat.²⁵¹

d) Andere schwerwiegende Gründe

Der Begriff „**schwerwiegende Gründe**“ ist wegen seiner inhaltlichen Unbestimmtheit näher auszugestalten. Er erfasst **insbesondere Fälle**, in denen es im Laufe des Vergabeverfahrens zu derart schwerwiegenden Fehlern gekommen ist, dass ein Festhalten des Auftraggebers am Verfahren ohne grobe Rechtsverstöße nicht möglich ist und von den Bietern Verständnis dafür verlangt werden kann. **312**

Als **schwerwiegender Grund** sind auch Preissteigerungen am Markt anerkannt, soweit diese sich unmittelbar nachteilig zu Lasten des Auftraggebers auswirken und damit seine ursprüngliche Kostenkalkulation obsolet werden lassen.

1.9.3.2 Informationspflichten bei Aufhebung

§ 63 Abs. 2 VgV verpflichtet den Auftraggeber, die am Verfahren beteiligten Bewerber bzw. Bieter über die (Teil-)Aufhebung des Verfahrens unverzüglich zu **informieren**. Bei Verfahren, die nicht im EU-Amtsblatt bekannt gemacht wurden, reicht gem. Abs. 2 die Information über die Aufhebung nebst der Nennung der Gründe, bei im Amtsblatt bekannt gemachten Aufträgen muss zusätzlich über eine mögliche Absicht zur Neuausschreibung informiert werden und die Gründe müssen den Bewerbern/Bietern dort auf deren Wunsch hin auch in Schriftform mitgeteilt werden. **313**

246 Beispiele bei Weyand, Vergaberecht, § 17 VOL/A, Rdn. 63.

247 VK Düsseldorf, Beschl. v. 28.09.2007 – VK – 27/2007 – B; im Ergebnis ebenso 1. VK Bund, Beschl. v. 11.06.2008 – VK 1 – 63/08.

248 Ohne, dass er deswegen auszuschließen gewesen wäre.

249 VK Münster, Beschl. v. 10.07.2001 – VK 15/01.

250 BGH, Urt. v. 20.11.2012 – X ZR 108/10; 1. VK Bund, Beschl. v. 11.06.2008 – VK 1 – 63/08; 2. VK Bund, Beschl. v. 28.06.2007 – VK 2 – 60/07; VK Niedersachsen, Beschl. v. 14.04.2011 – VgK-09/2011.

251 VK Bund, Beschl. v. 04.07.2012 – VK 1-64/12.

1.10 Ex-Post-Bekanntmachung

1.10.1 Verpflichtung

- 314 § 39 Abs. 1 VgV verpflichtet die Auftraggeber, binnen **30** Tagen nach der Zuschlagserteilung eine Mitteilung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der EU über die erfolgte Auftragsvergabe zu übermitteln. Abs. 4 ermöglicht bei dynamischen Beschaffungssystemen die **quartalsweise Mitteilung** der erfolgten Auftragsvergaben.

1.10.2 Praktischer Nutzen und Rechtsfolgen bei Verstoß

- 315 Die Veröffentlichung der Mitteilung über die Auftragsvergabe ist insbesondere für den Beginn der 30-Tages-Frist des § 135 GWB relevant.²⁵² Es empfiehlt sich daher im Interesse der Rechtssicherheit regelmäßig, dass der Auftraggeber die Information **möglichst zeitnah** nach der Zuschlagserteilung übermittelt.

Unterlässt der Auftraggeber die Übermittlung, gilt statt der 30-Tages-Frist zunächst die **6-Monats-Frist des § 135 Abs. 2 S. 1 GWB**.

1.11 Rechtsschutz

- 316 § 97 Abs. 6 **GWB** ist die **zentrale Norm** des vergaberechtlichen Rechtsschutzes oberhalb der Schwellenwerte und legt fest, dass die **Bieter** gegenüber dem Auftraggeber Anspruch auf die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren haben.

1.11.1 Grundzüge vergaberechtlichen Rechtsschutzes

- 317 **Grundlage und Ausgangspunkt** des vergaberechtlichen Rechtsschutzes sind die europäische Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG und die Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie 92/13/EWG – jeweils in der Fassung der RL 2007/66/EU –, die insb. in den §§ 155 ff. GWB **umgesetzt** werden.
- 318 Der **vergaberechtliche Rechtsschutz** unterscheidet zwischen
- **Primärrechtsschutz**: Ziel ist die Erteilung des Zuschlags auf das eigene Angebot
 - **Sekundärrechtsschutz**: Ziel ist die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen

1.11.2 Rechtsweg und Nachprüfungsorgane

- 319 **Oberhalb der Schwellenwerte** unterliegt die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge der **Vergabekammer** – unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden, § 155 GWB.

²⁵² Vgl. Rdn. 290 ff.

Die Vergabekammer

- entscheidet in erster Instanz,
- entscheidet nur auf Antrag,
- ist gerichtsähnlich ausgestaltet,²⁵³
- ist sowohl sachlich als auch persönlich unabhängig,
- ist aber der Verwaltung angegliedert²⁵⁴ und
- entscheidet durch Beschluss (Verwaltungsakt).

Die **Vergabesenate** entscheiden in **zweiter Instanz** und sind bei den Oberlandesgerichten angesiedelt.

Der **BGH** ist nicht in den Instanzenzug eingegliedert, sondern entscheidet nur bei sog. **320 Divergenzvorlagen** nach § 179 Abs. 2 GWB. Die Vergabesenate legen dem BGH vor, wenn ein Vergabesenat von der Rechtsprechung eines anderen Vergabesenats in den **tragenden Gründen** abweichen will.

Der **EuGH** befasst sich ebenfalls nur nach Vorlage oder auf Initiative der EU-Kommission ausschließlich mit Auslegungsfragen des europäischen (Vergabe-)Rechts.

Unterhalb der Schwellenwerte sind die Zivilgerichte für vergaberechtliche Streitigkeiten zuständig,²⁵⁵ soweit nicht das jeweilige Landesrecht den Primärrechtsschutz ebenfalls den Vergabekammern oder anderen Behörden zuweist.²⁵⁶

Sekundärrechtsschutz ist einheitlich vor den Zivilgerichten geltend zu machen.

1.11.3 Grundzüge des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes

Für den vergaberechtlichen Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich gelten in der Regel die allgemeinen zivilprozessualen Regeln. Daher beschränkt sich die folgende Darstellung auf die verschiedenen wesentlichen Verfahrensschritte im Oberschwellenbereich. **321**

1.11.3.1 Ablauf des Verfahrens vor der Vergabekammer

Die Vergabekammer

322

- leitet ein Nachprüfungsverfahren nur auf **Antrag** ein,
- erforscht den Sachverhalt **von Amts wegen**, kann sich aber auf den **Parteivortrag** und auf das beschränken, was ihr sonst bekannt sein muss,
- ist **nicht** zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle verpflichtet,
- achtet wegen des **Beschleunigungsgrundsatzes** darauf, den Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen zu beeinträchtigen,

²⁵³ Die Vergabekammer ist „Gericht“ im Sinne des EU-Rechts und zur Vorlage an den EuGH berechtigt.

²⁵⁴ Die Vergabekammern der Länder sind regelmäßig bei den Ministerien der Länder oder Regierungspräsidien eingerichtet. Die Vergabekammern des Bundes sind beim Bundeskartellamt angesiedelt.

²⁵⁵ BVerwG, Beschl. v. 02.05.2007 – 6 B 10/07.

²⁵⁶ Vgl. bspw. § 19 des Thüringer Vergabegesetzes v. 18.04.2011.

- trifft geeignete Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern,
- ist nicht an die Anträge gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken und
- kann einen wirksam²⁵⁷ erteilten Zuschlag nicht aufheben.

- 323 **Antragsbefugt** ist nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine **Verletzung subjektiver Rechte** durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften durch den Auftraggeber geltend macht.²⁵⁸ Das **Unternehmen** muss gemäß S. 2 darlegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung einer bieterschützenden Vorschrift ein **Schaden** entweder bereits entstanden ist oder aber zu entstehen droht. Die Anforderungen an die Darlegungslast sind eher gering.
- 324 Die **Vergabekammer** prüft, ob der Antrag offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, § 163 Abs. 2 S. 1 GWB. Ist der Nachprüfungsantrag weder offensichtlich unzulässig noch unbegründet, **informiert** sie den Auftraggeber in Textform über den Antrag auf Nachprüfung. Ab diesem Zeitpunkt darf der Auftraggeber den Zuschlag vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 169 Abs. 1 GWB den Zuschlag nicht erteilen (**Suspensiv Effekt**).

325 **Praxishinweis**

Weder die Rüge eines Bieters allein noch die Benachrichtigung des Auftraggebers über die Einreichung des Nachprüfungsantrags durch den Bieter selbst lösen das Zuschlagsverbot aus.

- 326 Bevor die Vergabekammer entscheidet, führt sie gemäß § 166 Abs. 1 S. 1 GWB eine **mündliche Verhandlung** durch. Die Vergabekammer entscheidet nach **Lage der Akten**, wenn die Verfahrensbeteiligten übereinstimmend auf eine mündliche Verhandlung verzichten oder wenn der Nachprüfungsantrag unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Die Kammer trifft ihre Entscheidung **binnen einer Frist von 5 Wochen** ab Eingang des Nachprüfungsantrags, kann diese Frist aber angemessen verlängern.

1.11.3.2 Vergabesenat

- 327 Der **Vergabesenat** überprüft im Anschluss die Entscheidung der Vergabekammer auf mögliche Rechtsfehler.
- 328 Die am Verfahren vor der Vergabekammer **beteiligten Parteien** (also auch die Beigeladenen) können binnen 2 Wochen nach Zustellung des Beschlusses eine sofortige Beschwerde beim **zuständigen Oberlandesgericht** einlegen, wenn sie nach ihrer Auffassung durch die Entscheidung beschwert sind. Die sofortige Beschwerde ist mit ihrer Einlegung zu begründen und muss bestimmten inhaltlichen Mindestvorgaben genügen, § 172 Abs. 2 GWB.

²⁵⁷ Ein Zuschlag insb. entgegen § 135 GWB, § 169 Abs. 1 GWB, § 134 BGB oder § 138 BGB ist nicht wirksam erteilt. Die Vergabekammer ist für die Feststellung der Unwirksamkeit zuständig.

²⁵⁸ Zu dem Umfang des von der Vergabekammer anzuwendenden Rechts vgl. OLG Düsseldorf Beschl. v. 01.08.2012 – VII Verg 105/11, mit Anm. Kaiser/Plantiko, VergabeR 01/2013, S. 77 ff.

Eine Beschwerde ist auch zulässig, wenn die Vergabekammer nicht binnen der **5-Wochen-Frist** des § 167 Abs. 1 S. 1 GWB ihre Entscheidung getroffen hat, ohne die Entscheidungsfrist zuvor zu verlängern. Auch in diesem Fall beträgt die **Beschwerdefrist 2 Wochen**, die Beschwerde ist in diesem Fall **spätestens 7 Wochen** nach Einreichung des ursprünglichen Nachprüfungsantrags einzureichen. 329

Ist die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde **abgelaufen**, so entfällt das **Zuschlagsverbot** und der Auftraggeber kann den Auftrag an den vorgesehenen Vertragspartner erteilen. Wird von einem Verfahrensbeteiligten rechtzeitig eine sofortige Beschwerde eingelegt, wird die Entscheidung der Vergabekammer nicht rechtskräftig und das **Zuschlagsverbot wirkt zunächst fort**. 330

1.11.3.3 Vorläufiger Rechtsschutz/beschleunigte Verfahren

Sowohl im Verfahren vor der Vergabekammer als auch vor dem Vergabesenat sind Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes bzw. beschleunigter Verfahren etabliert, § 169 Abs. 2 ff. GWB, § 173 Abs. 2 GWB, § 176 GWB. 331

1.11.4 Rügepräklusion

Ein maßgeblicher Grundsatz des Nachprüfungsverfahrens ist der **Beschleunigungsgrundsatz**. Das Nachprüfungsverfahren soll so schnell als möglich – jedoch ohne Einbußen in der rechtlichen Bewertung – abgeschlossen werden, um das Vergabeverfahren nicht unnötig zu verzögern. Der Umsetzung dieses Ziels dient die Rügeobliegenheit,²⁵⁹ § 160 Abs. 3 GWB. 332

Die Nachprüfungsorgane prüfen die Erfüllung der Rügeobliegenheit im Nachprüfungsverfahren für jeden beanstandeten Verstoß **einzeln und von Amts wegen**.²⁶⁰

Ein Nachprüfungsantrag ist nach § 160 Abs. 3 S. 1 GWB **unzulässig**, soweit 333

1. der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat; der Ablauf der Frist nach § 134 Absatz 2 bleibt unberührt,
2. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,
3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,

²⁵⁹ Eine Obliegenheit ist nicht einklagbar. Kommt das Unternehmen seiner Obliegenheit nicht nach, verliert es das Recht, die behauptete Rechtsverletzung geltend zu machen.

²⁶⁰ OLG Naumburg, Beschl. v. 05.12.2008 – 1 Verg 9/08.

4. mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.

Satz 1 gilt **nicht** bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB. § 134 Abs. 1 Satz 2 GWB bleibt unberührt.

334 Zwingender Mindestinhalt einer Rüge ist, dass

- ein am Auftrag interessiertes **Unternehmen**,
- ein **Verhalten** des öffentlichen Auftraggebers als vergaberechtswidrig **beanstandet** und
- den öffentlichen Auftraggeber **auffordert**, dieses Verhalten **einzustellen**.²⁶¹

An den **rechtlichen Inhalt** einer Rüge sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Insb. ist keine umfassende rechtliche Würdigung des beanstandeten Sachverhalts erforderlich.

335 Rügen unterfallen **keinem Formzwang**, sollten aber aus Beweisgründen **schriftlich** erhoben werden. Eine **E-Mail** stellt jedenfalls dann keine ordnungsgemäße Rüge dar, wenn der E-Mail-Empfänger ausdrücklich privat angeschrieben wird, weil dadurch zum Ausdruck kommt, dass die E-Mail noch keine rechtlichen Wirkungen entfalten soll. Die **Beweislast** für den Zugang einer als E-Mail gesendeten Rüge trägt der Absender. Eine E-Mail geht erst dann dem **Empfänger** zu, wenn sie abrufbereit in seinem elektronischen Postfach eingegangen ist. Legt der Empfänger einen Ausdruck der Logfiles vor und ist darin kein Eingang der E-Mail zu verzeichnen, ist der Nachweis erbracht, dass die E-Mail dem Empfänger nicht zugegangen ist. Richtiger **Adressat** der Rüge ist grundsätzlich der Auftraggeber. Wird in den Vergabeunterlagen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber alleiniger Ansprechpartner ist, ist eine an einen anderen Adressaten gerichtete E-Mail keine ordnungsgemäße Rüge.²⁶²

1.11.5 Sekundärrechtsschutz

336 **Ziel** des Sekundärrechtsschutzes ist die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen. Zuständig sind die Zivilgerichte.

337 In Betracht kommen folgende **Anspruchsgrundlagen**:

- **Ab Erreichen der Schwellenwerte**
 - § 180 GWB – Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch
 - § 181 GWB – Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens
- **Sowohl bei Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte als auch unterhalb der Schwellenwerte**
 - culpa in contrahendo (c.i.c. = § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB)
 - sowie Anspruchsgrundlagen aus dem
- Deliktsrecht und
- Kartellrecht

²⁶¹ VK Bund, Beschl. v. 16.10.2017 – VK 1-103/17.

²⁶² VK Bund, Beschl. v. 05.11.2012 – VK 3-120/12.

Praktisch relevant ist vor allem der Schadensersatzanspruch aus § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB. Nach der Rechtsprechung des BGH²⁶³ hat ein Bieter Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des **negativen Interesses**, wenn der Auftraggeber durch Missachtung von Vergabevorschriften seine Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Bieter und potentiellen Bieter verletzt und einem durch diese Vorschriften geschützten Unternehmen hierdurch Schaden zugefügt hat. 338

Praxishinweis

339

Das **negative Interesse** besteht regelmäßig in Höhe der bei dem Unternehmen entstandenen vergeblichen Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren:

- Angebotskosten
- Kosten für die Erstellung der Teilnahmeanträge
- Kosten für die Teilnahme an Verhandlungen etc.

Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des **positiven Interesses** (Erfüllungsinteresse) hat 340
ein übergangener Bieter, wenn der Auftrag – als zusätzliches Tatbestandsmerkmal – tatsächlich vergeben wurde. Der übergangene Bieter ist in diesem Falle so zu stellen, als habe er den Auftrag erhalten und erfolgreich, also mit Gewinn, zu Ende geführt. Der Bieter muss **darlegen und beweisen**, dass er den Zuschlag tatsächlich mit großer Wahrscheinlichkeit erhalten hätte.²⁶⁴

1.12 Dokumentation des Vergabeverfahrens

1.12.1 Grundsatz

§ 8 VgV verpflichtet den Auftraggeber zur fortlaufenden **Dokumentation** aller wesentlichen Verfahrensschritte und getroffener Entscheidungen. Die Dokumentation (Vergabevermerk) dient im Falle der Nachprüfung eines Verfahrens als eine der Hauptgrundlagen für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit aller vom Auftraggeber im Verfahren vollzogenen Schritte. 341

1.12.2 Dokumentationspflichten

Der öffentliche Auftraggeber ist nach § 8 VgV verpflichtet, das Vergabeverfahren von Beginn an fortlaufend in Textform nach § 126b BGB zu dokumentieren, soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist. Dazu gehört zum Beispiel die Dokumentation der Kommunikation mit Unternehmen und interner Beratungen, der Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeun- 342

²⁶³ BGH, Urt. v. 09.06.2011 – X ZR 143/10.

²⁶⁴ Vgl. etwa OLG Hamm, Urt. v. 12.09.2012 – 12 U 50/12.

terlagen, der Öffnung der Angebote, Teilnahmeanträge und Interessensbestätigungen, der Verhandlungen und der Dialoge mit den teilnehmenden Unternehmen sowie der Gründe für Auswahlentscheidungen und den Zuschlag.

§ 8 VgV legt die **Mindestinhalte** der Dokumentation fest:

1. den Namen und die Anschrift des öffentlichen Auftraggebers sowie Gegenstand und Wert des Auftrags, der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems,
 2. die Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl,
 3. die nicht berücksichtigten Angebote und Teilnahmeanträge sowie die Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Nichtberücksichtigung,
 4. die Gründe für die Ablehnung von Angeboten, die für ungewöhnlich niedrig befunden wurden,
 5. den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebots sowie, falls bekannt, den Anteil am Auftrag oder an der Rahmenvereinbarung, den der Zuschlagsempfänger an Dritte weiterzugeben beabsichtigt, und gegebenenfalls, soweit zu jenem Zeitpunkt bekannt, die Namen der Unterauftragnehmer des Hauptauftragnehmers,
 6. bei Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialogen die in § 14 Absatz 3 genannten Umstände, die die Anwendung dieser Verfahren rechtfertigen,
 7. bei Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb die in § 14 Absatz 4 genannten Umstände, die die Anwendung dieses Verfahrens rechtfertigen,
 8. gegebenenfalls die Gründe, aus denen der öffentliche Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrags, den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder die Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems verzichtet hat,
 9. gegebenenfalls die Gründe, aus denen andere als elektronische Mittel für die Einreichung der Angebote verwendet wurden,
 10. gegebenenfalls Angaben zu aufgedeckten Interessenkonflikten und getroffenen Abhilfemaßnahmen,
 11. gegebenenfalls die Gründe, aufgrund derer mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben wurden, und
 12. gegebenenfalls die Gründe für die Nichtangabe der Gewichtung von Zuschlagskriterien.
- 343** Die einzelnen Aspekte dürfen sich dabei nicht in der reinen Wiedergabe inhaltsleerer Floskeln erschöpfen, sondern bedürfen der Begründung. Je größer bestimmte Maßnahmen den Wettbewerb oder die Verfahrenstransparenz einzuschränken geeignet sind, desto mehr Wert sollte auf eine verständliche, nachvollziehbare Argumentation gelegt werden.

1.12.3 Rechtsfolge bei Verstößen

Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Dokumentation dient der Transparenz des Vergabeverfahrens und damit auch dem Schutz von **Bieterrechten**. Ein Verstoß kann schwerwiegende Folgen für das laufende Verfahren haben, wenn der Dokumentationsmangel negative Auswirkungen auf die Stellung eines Bieters im Wettbewerb hat oder der Vorwurf bereits eingetretener negativer Auswirkungen deshalb nicht nachvollzogen werden kann, weil die **Dokumentation** diesbezüglich unzureichend oder gänzlich unterblieben ist.

344

Mängel der Dokumentation können allerdings nach der Rechtsprechung des BGH²⁶⁵ geheilt werden. Nach dieser Rechtsprechung gibt es **keine kategorische Präklusion** des AG im Nachprüfungsverfahren mit allen Aspekten und Argumenten, die nicht zeitnah im Vergabevermerk niedergelegt worden sind. Der betroffene Abschnitt soll nur wiederholt werden, wenn zu besorgen ist, dass die Berücksichtigung der nachgeschobenen Dokumentation lediglich im Nachprüfungsverfahren nicht ausreicht, um eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung zu gewährleisten. Diese Rechtsprechung bringt den **Zweck der zeitnahen Dokumentation** – den Schutz der Transparenz des Vergabeverfahrens und das Vorbeugen von Manipulationsmöglichkeiten in Einklang mit dem **Beschleunigungsgrundsatz** und gebietet die Berücksichtigung von Gewicht und Stellenwert des Mangels.

345

265 BGH, Beschl. v. 08.02.2011 – X ZB 4/10.



Outputorientierte Leistungsbeschreibung

- 2.1 Einordnung einer outputorientierten Leistungsbeschreibung – 119**
 - 2.1.1 Übliche outputorientierte Leistungsbeschreibungen aus anderen Fachgebieten – 121
- 2.2 Output von Immobilien – 123**
 - 2.2.1 Der Begriff der Leistung / Performance – 124
 - 2.2.2 Übertragung des physikalischen Leistungsbegriffs auf das Facility Management – 125
 - 2.2.3 Effizienz im Facility Management – 129
- 2.3 Voraussetzungen für eine outputorientierte Leistungsbeschreibung – 130**
 - 2.3.1 Das Facility Management Modell – 130
 - 2.3.2 Anforderungen an das Berichtswesen / Monitoring – 134
- 2.4 Chancen und Risiken der outputorientierten Leistungsbeschreibung – 136**
 - 2.4.1 Chancen – 137
 - 2.4.2 Risiken – 139

2.1 Einordnung einer outputorientierten Leistungsbeschreibung

Eine grundlegende Intention von Management ist es, nicht nur Tätigkeiten zu verteilen, sondern auch Verantwortung zu übertragen. Gutes Management nimmt die Leistungserbringer mit in die Pflicht, erläutert das Ziel der übertragenen Aufgabe und ermöglicht somit eine erste interne Qualitätsprüfung durch die Person oder Instanz, der die Aufgabe übertragen wurde. Wird nicht nur eine Tätigkeit in Auftrag gegeben, sondern eine Aufgabe übertragen, steigt auch die Anforderung an den Leistungserbringer in Form eines erweiterten Aufgabenspektrums. Es handelt sich um eine Win-win Situation. Die Auftrag gebende Instanz wird von operativen Steuerungstätigkeiten entlastet und die Auftragnehmerin erhält eine höherwertige Aufgabe. Sie wird in die Entwicklung von Lösungsansätzen integriert und kann für diese höherwertige Aufgabe eine entsprechende Vergütung erwarten. Insgesamt wird bei dieser Form der Kooperation ermöglicht, durch eine Abstimmung der taktischen Ziele mit der operativen Aufgabenstellung den Anteil an kleinteiligen Steuerungsaufgaben auf ein Minimum zu reduzieren.

Bei der outputorientierten Leistungsbeschreibung handelt es sich im Gegensatz zur Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis vom Grundsatz her um eine Leistungsbeschreibung mit Leistungs- oder Funktionsanforderungen (Leistungsprogramm). Das heißt bei dieser Form der Leistungsbeschreibung wird die Funktion der zu erbringenden oder zu liefernden Leistung beschrieben. Übertragen auf das Facility Management bedeutet dies, dass entweder ein Ergebnis der Leistung, die Belastung, der die Leistung standhalten muss, oder der Output, der mit Hilfe der Leistung erzeugt werden soll, zu beschreiben ist.

Beispiel

Beschreibung einer Reinigungsleistung

1) Ergebnis der Leistung

Es wird beschrieben, dass der Raum einen bestimmten Sauberkeitsgrad nach Durchführung der Leistung haben soll. So kann beispielsweise beschrieben werden, zu welchen Zeitpunkten eine Fläche frei von Flecken, Tritt- oder Griffspuren sein muss.

2) Belastung, der die Leistung standhalten muss

Es wird beschrieben, welche Aktivitäten auf der Fläche stattfinden werden und welcher Belastung die Leistung somit standhalten muss. So kann beispielsweise beschrieben werden, dass in Abhängigkeit von der Anzahl der Personen, die eine Fläche betreten bzw. nutzen, eine Reinigung durchzuführen ist. Auch hier ist das Ergebnis der Leistung wie im vorgenannten Beispiel die Freiheit von Flecken, Tritt- oder Griffspuren zu beschreiben.

3) Output, der mit Hilfe der Leistung erzeugt werden soll

Es wird beschrieben, welche Leistung auf der Fläche durch das Kerngeschäft des Kunden erbracht wird. So kann beispielweise beschrieben werden, wie viele Personen in einem Geschäft bedient werden sollen und welcher Umsatz mit diesen generiert werden soll. Daraus resultiert eine Belastung, der die Reinigungsleistung ausgesetzt ist und ebenfalls, welche Anforderungen in Bezug auf das Ergebnis einer Reinigung gestellt werden.

Mit der zunehmenden Übertragung der Verantwortung wird die präzise Beschreibung der zu erbringenden Leistung und damit die Steuerung komplexer. Das ist die eigentliche

Herausforderung bei der outputorientierten Leistungsbeschreibung. Unzureichend beschriebene funktionale Leistungsprogramme führen oftmals dazu, dass im Falle der Unzufriedenheit mit der erbrachten Leistung versucht wird, den Nachweis der unzureichenden Leistung zu erbringen, indem argumentiert wird, als ob ein Leistungsverzeichnis und kein Leistungsprogramm vorliegt.

- 4 Erschwerend kommt hinzu, dass selbst im Falle einer qualitativ hochwertigen Beschreibung im Leistungsprogramm – also einer qualitativ hochwertigen Beschreibung des erwarteten Outputs die Auftrag gebende Instanz mit dem Ergebnis unzufrieden sein kann, obwohl alle vereinbarten Indikatoren erfüllt wurden. Das erfordert, dass in Bezug auf die Festlegung von Indikatoren, solche Leistungsparameter verwendet werden, die auf Basis von statistischen Größen objektivierbar und nicht von der Interpretation durch einzelne Personen abhängig sind.

Hinweis

Die Bereitstellung einer thermisch behaglichen Umgebung kann über die Definition von Behaglichkeitsfeldern in Bezug auf Lufttemperatur, Temperatur der Umschließungsflächen, Luftfeuchte und Luftbewegung in Abhängigkeit vom Grad der Bekleidung und des Aktivitätsgrades ansatzweise objektiviert werden. Dennoch ist es nicht nur möglich sondern wahrscheinlich, dass sich Menschen trotz einer den Messwerten nach behaglichen Umgebung unbehaglich fühlen.

Dieser Zusammenhang wird in der DIN EN ISO 7730 sehr schön deutlich. Auf Basis der oben genannten Parameter wird in der Norm ein zu erwartender Mittelwert berechnet, der ausdrückt, ob sich die Menschen behaglich fühlen (Wert 0), ihnen kalt (Wert -3) oder heiß (Wert +3) ist. Anschließend wird dem berechneten Wert ein Prozentsatz an Personen gegenübergestellt, die nicht zufrieden sind. Dieser wurde durch empirische Studien ermittelt. Selbst, wenn der berechnete zu erwartende Mittelwert mit 0 optimal ist, haben die Untersuchungen, auf denen die Norm basiert gezeigt, dass es einen nicht unerheblichen Anteil an unzufriedenen Menschen gibt. Unzufrieden sind laut Definition der Norm Menschen, die einen Wert von -3 (kalt), -2 (kühl), +2 (warm) oder +3 (heiß) angeben. In Abbildung 2.1 ist dieser Zusammenhang dargestellt.

Die Abbildung verdeutlicht, dass mit zunehmender Abweichung vom Wert Null in beide Richtungen der Anteil an unzufriedenen Personen steigt. Beim Wert Null selbst beträgt der Anteil an unzufriedenen Menschen 5 %. Das bedeutet, dass selbst bei der Bereitstellung physikalisch optimaler Rahmenbedingungen ein Anteil von 5 % der Befragten unzufrieden sein wird. Darüber hinaus ergibt sich die Möglichkeit, die Einhaltung eines vereinbarten Qualitätsstandards über den Anteil der unzufriedenen Menschen zu überprüfen. So kann vereinbart werden, dass die bereitgestellte Umgebung entsprechend den physikalischen Rahmenbedingungen sich in einem Bereich bewegen soll, der maximal zu einem zu erwartenden Mittelwert zwischen -1 und +1 führt. Der Nachweis, dass diese Rahmenbedingungen eingehalten wurden, kann dann dadurch erfolgen, dass in Befragungen zur Nutzerzufriedenheit die thermische Behaglichkeit von maximal 25 % der Befragten als unzureichend bewertet wird.

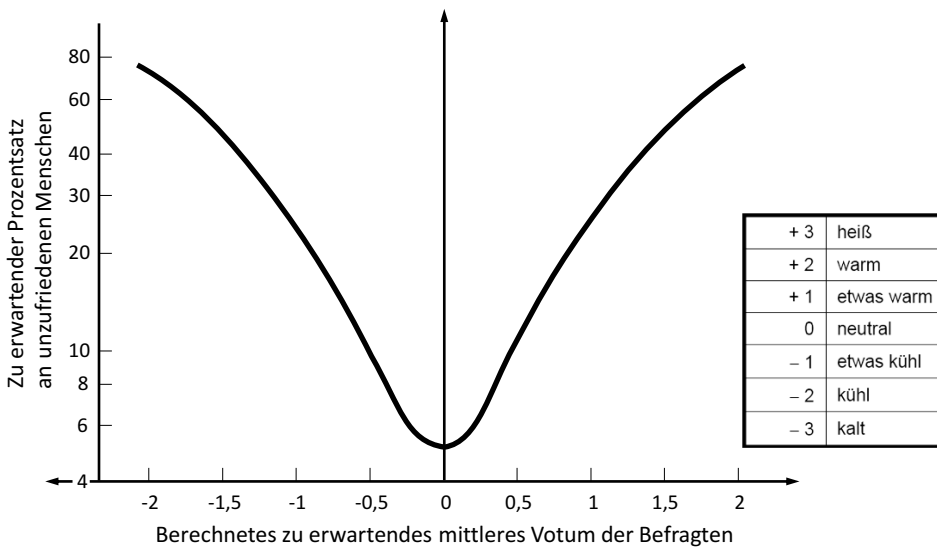


Abb. 2.1 Anteil unzufriedener Menschen in Relation zum zu erwartenden mittleren Votum (eigene Darstellung auf Basis der EN ISO 7730:2005 S. 9)

2.1.1 Übliche outputorientierte Leistungsbeschreibungen aus anderen Fachgebieten

Zur Illustration, was unter einer outputorientierten Leistungsbeschreibung zu verstehen ist, werden folgende Fallbeispiele dargestellt, in denen bereits outputorientierte Leistungsbeschreibungen angewendet werden und Anregungen gegeben, wie sich diese gegebenenfalls auf das Facility Management übertragen lassen. 5

Beispiel Künstlerische Leistung

Vollkommen klar ist, dass eine präzise Beschreibung eines Leistungsverzeichnisses zum Beispiel bei der Kunst am Bau unmöglich ist. Ursache hierfür ist, dass ein Kunstwerk gerade daraus seine Eigenschaft als Kunstobjekt bezieht, dass es Emotionen des Künstlers zum Ausdruck bringt. Ziel z.B. einer Ausschreibung von Kunst am Bau ist es, die Aufenthaltsqualität zu verbessern. Das bedeutet, dass durch das Kunstobjekt der Außenbereich, das Gebäude selbst oder die Innenräume in der Wahrnehmung durch den Nutzer positiv beeinflusst werden. Allenfalls werden in solchen Ausschreibungen mögliche Techniken vorgeschlagen und in jedem Fall erfolgt eine umfassende Beschreibung der räumlichen Situation. Eine Ausschreibung von künstlerischen Leistungen ist selbstverständlich nur funktional auf Basis eines Leistungsprogramms möglich.

- 6 Übertragbar auf Leistungen des Facility Management ist die Tatsache, dass der Effekt von Kunst am Bau mit Sicherheit existent ist. Allein die Vorstellung einer großen, leeren, weißen Wand in einem Eingangsbereich, verglichen mit derselben Wand versehen mit einem großen Kunstwerk dürfte, unabhängig von der geschmacklich individuellen Wahrnehmung, einen Effekt auf die gesamte Wahrnehmung des Raumes haben. Auch viele Leistungen des Facility Management haben einen eindeutigen Effekt auf die Wahrnehmung der Außenbereiche, des Gebäudes selbst oder der Innenräume. Quantifizierbar ist der Mehrwert von Kunst am Bau nicht; zumindest nicht direkt. Dennoch ist offensichtlich, dass sich der Wert von Kunst am Bau zum Beispiel in einer Steigerung des Imagewertes des Auftrag gebenden Unternehmens, der Motivation der Mitarbeiter und des Wohlbefindens von Kunden und Besuchern zeigt.
- 7 Im Falle von Kunst am Bau ist eine Ausschreibung auf Basis eines Leistungsverzeichnisses schlichtweg unmöglich. Daher muss die Leistungsbeschreibung funktional über ein Leistungsprogramm erfolgen.

Beispiel Beschaffung von technischen Geräten

Im Vergleich zu den vorgenannten künstlerischen Leistungen ist die Beschaffung von technischen Geräten eventuell leichter nachvollziehbar in der Übertragung auf die Beschaffung von Leistungen aus dem Facility Management. Kein Kunde oder Auftraggeber wird sich in die Details der Konstruktion oder Produktion einer Pumpe einarbeiten, um auf dieser Basis ein Leistungsverzeichnis zur Erstellung, Lieferung und zum Einbau einer Pumpe anzufertigen. Maßgebliches Kriterium in diesem Fall ist, dass die Pumpe die erforderliche Leistung erbringen kann. Nachgelagert spielt es eine Rolle, ob das Gerät von den Dimensionen her passt, also eingebaut werden kann und abschließend fließt in die Bewertung ein, ob die Leistung auch wirtschaftlich erbracht wird. Das heißt, dass die abgegebene Leistung mit möglichst geringer Leistungsaufnahme bei gleichzeitig geringen Beschaffungskosten generiert wird. Wesentlich ist somit eine präzise Leistungsbeschreibung.

- 8 Zur Übertragung dieses Falles gilt es, die Leistung, die durch das Facility Management ermöglicht wird – also die abgegebene Leistung – zu quantifizieren.

Beispiel Transport von Personen

Ein Fall, der zwischen der Beschaffung eines technischen Gerätes und der Beschaffung einer Dienstleistung liegt, ist der Transport von Personen. Es besteht die Möglichkeit, ein technisches Gerät (in diesem Fall ein Fahrzeug), die zugehörigen Sachmittel (Energie) sowie das ggf. benötigte Personal (Fahrer / FahrerIn) zu beschaffen, um eine Person oder mehrere Personen von einem Ort A an einen Ort B zu transportieren. Für die gleiche Leistung kann auch ein Taxi – also eine reine Dienstleistung bestellt werden. Neben den offensichtlichen Unterschieden in Bezug auf den Aufwand der Erstellung von Leistungsverzeichnissen, ist hier bedeutsam, dass der Auftraggeber bei der Bestellung eines Taxis sich selbstverständlich nicht in die Beschaffung des Autos und Kraftstoffs sowie die vertragliche Verpflichtung des Fahrers einbringt. Der Output – der Transport von Personen – steht im Vordergrund. Eine wirtschaftliche Erbringung des geforderten Outputs misst sich am Preis und gegebenenfalls einem Servicelevel zum Beispiel in Form einer Fahrzeugklasse.

Auch in diesem Fall wird deutlich, dass der Output – also das nutzbare Ergebnis – im Vordergrund der Leistungsbeschreibung steht. Im Vergleich zum vorgenannten Fall der Beschaffung eines technischen Gerätes ist die detaillierte Beschreibung der technischen Grundlagen – also der Input Seite – noch weniger von Bedeutung. In Bezug auf das Facility Management bedeutet dies, den Output zu qualifizieren und wenn möglich zu quantifizieren. 9

Beispiel Umsatzmietvertrag

Abschließend ein Fall, der verdeutlicht, dass eine Entkoppelung von der tatsächlich zur Verfügung gestellten Leistung und der zugehörigen Vergütungsbasis nicht illusorisch ist. In diesem Fall ist nicht die bereitgestellte Leistung (Input) vergütungsrelevant sondern die Leistung, die durch die bereitgestellte Leistung ermöglicht wird (Output). Bei der Vermietung von Flächen ist es, vor allem im Bereich von Handelsimmobilien, durchaus üblich, den Preis pro Quadratmeter von der Nutzungsart zu entkoppeln und den auf der Fläche erzielten Umsatz als Vergütungsbasis zu verwenden. Oftmals erfolgt eine Risikoaufteilung durch die Vereinbarung einer Mindestmiete und einer anschließenden Orientierung am Umsatz des Mieters. Ebenfalls ist es nachvollziehbar, dass diese Art der Vereinbarung über den Mietzins zu Streitigkeiten zwischen Mieter und Vermieter führen kann, weil schon die Ermittlung oder der Nachweis des Umsatzes komplex ist. Dennoch bietet das Konstrukt eine Möglichkeit, den Wert einer Leistung nicht allein an seinem Input zu messen sondern den ermöglichten Output als Verrechnungsgröße heranzuziehen.

In der Etymologie der Begrifflichkeit ‚Facility Management‘ spielt das Verb ‚to facilitate‘, welches in der Übersetzung unter anderem dem Deutschen Verb ‚ermöglichen‘ entspricht, eine große Rolle. In der Übertragung des Falles der Umsatzmiete ist es so, dass die Leistung, die durch das Facility Management ermöglicht wird, dem Output der Immobilie entspricht. Bei der Übertragung wird ebenfalls deutlich, dass bei der Beschreibung des Outputs besondere Sorgfalt geboten ist. 10

In einem Bereich der klassischen technischen Facility Management Services ist eine outputorientierte Beschreibung und Beschaffung von Leistungen durchaus geläufig. So entspricht zum Beispiel der Ansatz des Contracting einer outputorientierten Beschreibung der gewünschten Leistung. Hier geht es zwar nicht um eine Beschreibung des durch den Facility Management Service ermöglichten Output im Sinne des Outputs des Kerngeschäfts, aber durchaus um die Entkoppelung der vom FM bereitgestellten Leistung von der tatsächlich durch das Kerngeschäft des Kunden abgenommenen Leistung. Diese tatsächlich abgenommene Leistung wird dann verwendet, um eine Leistung im Kerngeschäft zu ermöglichen. 11

2.2 Output von Immobilien

Das vorangegangene Kapitel 2.1 hat gezeigt, dass unter dem Begriff Output verschiedene Dinge verstanden werden können. Was also ist der Output einer Immobilie? Im Folgenden wird über den Begriff Leistung der Output einer Immobilie auf verschiedenen Ebenen dargestellt. Dies geschieht, indem der physikalische Leistungsbegriff auf das Facility 12

Management im Immobilienbereich übertragen wird. Nebeneffekt dieser Übertragung ist, dass sich gleichzeitig der Begriff der Effizienz im Gebäudebetrieb sauber und umfassend darstellen lässt.

2.2.1 Der Begriff der Leistung / Performance

- 13 Die Übersetzung des deutschen Wortes Leistung verdeutlicht bereits das Grundproblem der Gebäude Leistungsmessung sehr treffend: Eine Übersetzung ist der Begriff der Performance, eine weitere der Begriff der Power. Der Begriff Power wiederum lässt sich ebenfalls mit dem deutschen Begriff Kraft übersetzten, der in physikalischen Zusammenhängen wiederum mit dem englischen Begriff Force zu übersetzen ist. Sicher ist der Begriff Performance auch im Deutschen durch den Begriff Darstellung oder Vorstellung im künstlerischen Sinn übersetzbar. Natürlich spielt auch die Art und Weise, wie sich ein Gebäude präsentiert oder darstellt, eine große Rolle im Facility Management. Da es aber in weiten Teilen um den Verbrauch von monetären oder energetischen Ressourcen und um deren Umsetzung in einen Output geht, erscheint es sinnvoll, den Begriff der Leistung nach physikalischen Gesichtspunkten im Sinne von Ursache und Wirkung zu interpretieren.

2.2.1.1 Definitionen von Leistung / Performance

- 14 Die erste Übersetzung mit dem Begriff Performance geht auf die eher künstlerische Interpretation ein. Eine daraus abgeleitete Interpretation der Gebäudeleistung stellt die Wahrnehmung des Gebäudes durch den Nutzer in den Vordergrund und entkoppelt die Leistung des Gebäudes von der erbrachten Facility Management Dienstleistung. Diese Sichtweise verdeutlicht das Problem der Wahrnehmung von Facility Management Dienstleistungen und der daraus resultierenden Probleme der Darstellung des Mehrwerts von Facility Management. Innerhalb dieser ersten Übersetzung wird auch die „performance (capability, effectiveness)“ aufgeführt. In dieser Übersetzung wird als erstes der deutsche Begriff „Leistung“ erwähnt. Weitere Beispiele in diesem Zusammenhang sind die „performance of the shares on the stock market“ und „to give a good/poor performance“. In der Entwicklung des Aktienmarktes oder der Leistung, die gezeigt wird, steckt zum einen eine zeitliche Entwicklung, aber auch immer wieder der Begriff der Arbeit, die mit der Performance verbunden ist. Der zweite Sinngehalt der Übersetzung fokussiert deutlich auf eine (technische) Leistung und eine Wertentwicklung. Hier wird der Begriff Performance unter anderem im Zusammenhang mit einem messbaren Resultat als „Leistung“ übersetzt.

2.2.1.2 Der Leistungsbegriff im Facility Management

- 15 In seinem Artikel über die Leistungsmessung im Facility Management¹ bringt Varcoe zum Ausdruck, dass alle Messgrößen in Bezug zu einem der drei Schlüsselleistungskriterien stehen müssen. Diese werden von ihm benannt als:

1 Vgl.: Varcoe, Barry J. 1996. Facilities performance measurement. Facilities. 1996, Vol. 14, 10/11, pp. 46–51

1. Kundenzufriedenheit
2. Flexibilität
3. Produktivität

Hierbei handelt es sich jeweils um Outputfaktoren, die verdeutlichen, was das Ergebnis (der Output) eines gut betriebenen Gebäudes sein kann. Auf der anderen Seite werden aber im Artikel von Varcoe anschließend Kennzahlen benannt, die sich auf den Energieverbrauch und Kosten beziehen. Dabei handelt es sich jedoch um Input Kennzahlen. 16

In einem anderen Artikel legen Xu et al. den Fokus auf Energieverbräuche und Kosten in Hotels². Sie beurteilen dabei die Leistung durch eine Befragung des primären Kunden – in diesem Fall des Hotelmanagements – ziehen jedoch nicht in Erwägung, dass der Umfang des Energieverbrauchs abhängig ist von der Intensität der Nutzung des Gebäudes – also der Anzahl der Gäste, die als Endkunden die Dienstleistungen des Hotels in Anspruch nehmen. 17

Der Nachteil dieser Ansätze ist, dass diese zwar helfen können, die Facility Management Dienstleistungen besser zu steuern, aber sie führen nicht zu einer Bewertung der Ergebnisse der FM Dienstleistungen. Somit behält das Facility Management den Charakter einer Kostenproduzierenden Einheit, da nach wie vor nur Verbräuche und Kosten gemessen werden. 18

Zudem gibt es einige wissenschaftliche Abhandlungen zum Thema post occupancy evaluation, bei der es um eine Erfolgskontrolle durch Nutzerbefragungen geht. Als Beispiele seien hier Preiser und Schramm³ oder Turpin-Brooks und Viccars⁴ genannt. Bei diesen Ansätzen geht es darum, den Outputfaktor Kundenzufriedenheit zu messen. Wie jedoch bei Varcoe bereits zu entnehmen ist, gibt es mehr als eine Kategorie, die den Output eines Gebäudes reflektieren. Wenn nur die Kundenzufriedenheit berücksichtigt wird, besteht die Gefahr, dass Kundenzufriedenheit ohne Rücksicht auf verbrauchte Ressourcen oder entstehende Kosten herbeigeführt wird. Nur die Kombination aus aufgenommener Leistung, mit dem Output im Sinne von Kundenzufriedenheit, Nutzungsintensität, Profitabilität und Produktivität führt zu einer sicheren ganzheitlichen Leistungsbeurteilung eines Gebäudes. 19

2.2.2 Übertragung des physikalischen Leistungsbegriffs auf das Facility Management

Wenn die Leistung in Anlehnung an die physikalische Definition von Leistung auf Gebäude übertragen werden soll, so ist zunächst zu überlegen, wie die Leistung definiert ist und was die Definitionsbestandteile im übertragenen Sinne bedeuten können. 20

2 Xu, Peng Peng, Chan, Edwin H.W. and Qian, Queena K. 2012. Key performance indicators (KPI) for the sustainability of building energy efficiency retrofit (BEER) in hotel buildings in China. *Facilities*. 2012, Vol. 30, 9/10, pp. 432–448.

3 Preiser, Wolfgang F.E. and Schramm, Ulrich. 2002. Intelligent office building performance evaluation. *Facilities*. 2002, Vol. 20, 7/8, pp. 279–287.

4 Turpin-Brooks, S. and Viccars, G. 2006. The development of robust methods of post occupancy evaluation. *Facilities*. 2006, Vol. 24, 5/6, pp. 177–196.

- 21 Die physikalische Definition von Leistung ist Arbeit pro Zeit. In Bezug auf die aufgenommene Leistung eines Gebäudes ist es zunächst naheliegend, die vom Gebäude aufgenommene Energie, als die Fähigkeit Arbeit zu verrichten, auf die Zeit zu beziehen und so die aufgenommene bzw. konsumierte Leistung zu ermitteln. Darüber hinaus wird jedoch wesentlich mehr Arbeit in ein Gebäude gesteckt. Um das Gesamtsystem Gebäude besser im Blick zu haben, soll daher die Leistung von der Outputseite aus betrachtet werden. Die abgegebene Arbeit eines Gebäudes besteht aus den auf bzw. in den Flächen des Gebäudes durchgeführten Aktivitäten. In einem Bürogebäude entspricht dies den Aktivitäten der Mitarbeiter, die einen Arbeitsplatz im Gebäude nutzen. Die ermöglichte Arbeit besteht nicht in der Anzahl der Arbeitsplätze, die bereitgestellt werden sondern die tatsächlich genutzten Arbeitsplätze also die Personen die sich zu einem Zeitpunkt tatsächlich im Gebäude aufhalten. Bei anderen Immobilientypen wird dieser Unterschied deutlicher.

Beispiel

Leistung eines Stadions oder Krankenhauses

Wenn zum Beispiel ein Stadion errichtet wird, so steht eine Menge an Fläche zur Verfügung, die genutzt werden kann. Diese Menge an Fläche soll im übertragenen Sinn als Masse angesehen werden. Genutzt wird diese Masse jedoch nur sporadisch und bisweilen unterschiedlich intensiv. Es ist offensichtlich, dass ein Stadion, das für 75.000 Zuschauer ausgelegt ist, eine andere Leistung abgibt, wenn es durchschnittlich von 75.000 Zuschauern pro Spiel (jedes Spiel ist ausverkauft) oder von 23.000 Zuschauern pro Spiel genutzt wird. Die bereit gestellte Fläche (Masse) wird unterschiedlich intensiv genutzt und generiert somit einen sehr unterschiedlichen Output. Ähnlich ist dies auch bei Krankenhäusern zu sehen, bei denen die Fläche sehr unterschiedlich intensiv genutzt werden kann. Die Nutzung für Patiententage oder medizinische Leistungen, die sich z.B. anhand eines DRG Kataloges quantifizieren und qualifizieren lassen, entsprechen dem Output der Fläche. Diese Flächen auf Basis eines rein energetischen Vergleichs in Form von Kilowattstunden pro Quadratmeter bei zwei unterschiedlichen Institutionen in ein Verhältnis zu setzen, ergibt ebenso wenig einen Sinn, wie der Vergleich von zwei Autos gleicher Bauart, die die gleiche Strecke in der gleichen Zeit fahren, bei denen jedoch eins nur mit einer Person besetzt ist, das Andere jedoch 5 Personen inklusive Gepäck transportiert.

- 22 Beim Auto muss zwischen der bereitgestellten Leistung in Form der Kennwerte des Motors, der aufgenommenen Leistung in Form von dem System zugeführter Energie pro Zeit und der abgegebenen Leistung in Form von tatsächlich in einer bestimmten Zeit von A nach B transportierten Masse unterschieden werden. Dies gilt genauso für das Gebäude. Doch was entspricht in diesem Fall der bereitgestellten, aufgenommenen und abgegebenen Leistung?
- 23 Hierzu zunächst der Ansatz der Übertragung des Leistungsbegriffs aus der Physik auf das Gebäude.
- 24 Wenn die Leistung Arbeit pro Zeit ist und die Fläche der Masse entspricht, gilt es die Lücken dazwischen genauer zu betrachten und entsprechend zu füllen. Wie wird aus einer Masse eine Kraft und wie aus der Kraft eine Arbeit.

Auf dem Weg zur Leistung eines Gebäudes gilt es zu definieren, was Arbeit in einem gebäudebezogenen Zusammenhang bedeuten kann. Arbeit in der physikalischen Definition ist Kraft multipliziert mit dem Weg und die Kraft wiederum entspricht der Masse multipliziert mit der Beschleunigung. Auf dem Weg zur Leistung gilt es also zu bestimmen, was in einem gebäudebezogenen Zusammenhang der Beschleunigung und dem Weg entspricht. 25

Wenn die bereit gestellte Fläche der Masse entspricht, dann gilt es zu überlegen, was diese Masse in Bewegung versetzt. Analog zur Bewegung einer Masse ließe sich die ‚Bewegung‘ einer Fläche als Aktivierung durch die Dienstleistungen verstehen, die auf ihr bzw. an ihr erbracht werden. Die Facility Management Dienstleistungen, die an und auf der Fläche erbracht werden, entsprächen somit der Beschleunigung im physikalischen Sinn. 26

Aus:

$$\text{Kraft} = \text{Masse} \cdot \text{Beschleunigung} \quad (2.1)$$

wird:

$$\text{aktivierte Fläche} = \text{Fläche} \cdot \text{Facility Management Dienstleistung} \quad (2.2)$$

Die Facility Management Dienstleistung entspräche also der Beschleunigung. Bleibt zu überlegen, wie der Schritt von der Kraft – also der aktivierten Fläche – zur Arbeit zu verstehen ist. Die Arbeit im physikalischen Sinne ist definiert als Kraft multipliziert mit dem Weg. Offensichtlich wird die Fläche keinen Weg machen. Im übertragenen Sinn ließe sich aber die Dauer, während der eine Fläche aktiviert wird, analog zum Weg, über den eine Kraft auf einen Körper wirkt, verstehen. Damit wird aus der Arbeit: 27

$$\text{Arbeit} = \text{Kraft} \cdot \text{Weg} \quad (2.3)$$

im übertragenen Sinn:

$$\text{Arbeit} = \text{aktivierte Fläche} \cdot \text{Aktivierungszeit} \quad (2.4)$$

Wenn die Aktivierungszeit dem Weg entspricht, wird das Weg-Zeit Gesetz zu einer Verhältniszahl und zwar dem Verhältnis der Aktivierungszeit zur Gesamtzeit: 28

$$\text{Geschwindigkeit} = \frac{\text{Weg}}{\text{Zeit}} \quad (2.5)$$

wird im übertragenen Sinn:

$$\text{Aktivierungsintensität} = \frac{\text{Aktivierungszeit}}{\text{Gesamtzeit}} \quad (2.6)$$

Die Aktivierungszeit entspricht dabei nicht einfach der Nutzungszeit. Eine Nutzung kann zwar nur während der Aktivierungszeit erfolgen, aber eine Aktivierung bedeutet nicht zwangsläufig eine Nutzung. 29

2.2.2.1 Bereitgestellte Gebäudeleistung

Die bereitgestellte Leistung ergibt sich aus der Fläche, die errichtet wurde, und einer (theoretisch) möglichen Leistung. Analog zu einem Motor ergibt sich eine maximal mögliche Leistung bei einer bestimmten Drehzahl. 30

- 31 Die bereitgestellte Leistung gilt es vor allem in der Planungsphase auf den zu erwartenden Bedarf abzustimmen. Nur so kann gewährleistet werden, dass das Gebäude einen hohen Wirkungsgrad erreicht und effizient die aufgenommene Leistung in einen entsprechenden Output umsetzen kann. Damit ein optimaler Betriebsbereich erreicht werden kann, müssen somit bereitgestellte Leistung und zu erwartender Output gut aufeinander abgestimmt werden.

2.2.2.2 Aufgenommene Gebäudeleistung

- 32 Die aufgenommene Leistung eines Gebäudes entspricht in erster Linie dem Grad der Beschleunigung der Fläche durch die Dienstleistung. Die Energie, die benötigt wird, um diese Beschleunigung zu erzeugen, besteht dabei aus all den Bestandteilen, die benötigt werden, um die Facility Management Dienstleistung zu erbringen. Die aufgenommene Leistung ergibt sich somit aus finanziellen, materiellen und personellen Ressourcen, die für die Erbringung der Facility Management Dienstleistungen benötigt werden.
- 33 Sind Gebäude und benötigte Gebäudeleistung optimal aufeinander abgestimmt, kann das Gebäude im optimalen Betriebsbereich geführt werden. Bei einer Pumpe führt die (zu) niedrige Drehzahl nur zu Verwirbelungen innerhalb der Pumpe selbst und führt nicht zu einer entsprechenden nach Außen abgegeben Leistung. Analog hierzu wird im Gebäudebetrieb im Fall zu geringer abgenommener Leistung ein verhältnismäßig großer Teil der aufgenommenen Leistung dafür benötigt, den Betrieb selbst aufrecht zu erhalten. Dieser wird insofern ebenfalls nicht in einen Output umgesetzt. Wird das Gebäude wesentlich intensiver genutzt als ursprünglich geplant, führt dies zu einer zu starken Belastung der Bausubstanz und die für diese Belastung nicht ausreichend bereitgestellte Leistung kann nur durch einen übermäßigen Einsatz an Facility Management Dienstleistungen ausgeglichen werden. Dieser übermäßige Einsatz ist also aus zwei Richtungen unwirtschaftlich. Wirkungsgrad und Lebensdauer verringern sich gleichzeitig.

2.2.2.3 Abgegebene Gebäudeleistung

- 34 Der wohl am schwierigsten zu definierende Leistungsbereich ist der Output. Wie zuvor dargestellt, wird in vielen Abhandlungen zu dem Thema der Output gar nicht berücksichtigt. In den Fällen, in denen der Output berücksichtigt wird, geht es in den meisten Fällen ausschließlich um die Nutzerzufriedenheit. Um erneut das Pumpenbeispiel heranzuziehen: Es ist im Sinne der Leistungsfähigkeit der Pumpe nicht von vorrangigem Interesse, ob das Fluid durch den Einsatz der Pumpe laminar oder turbulent strömt. Viel mehr ist ausschlaggebend, wie groß die Förderleistung der Pumpe ist. Analog ist bei einer Gebäudeleistung sicher die Nutzerzufriedenheit ein wichtiger Aspekt, der nicht vergessen werden darf. Allerdings ist von vorrangigem Interesse, wie viele Nutzer das Gebäude gleichzeitig in Anspruch nehmen. Wenn ein Gebäude für die parallele Nutzung durch 100 Personen ausgelegt ist, es aber aktuell nur von 20 Personen genutzt wird, können diese maximal zufrieden sein – dennoch ist die Gebäudeleistung nur sehr gering.
- 35 Der konkrete Output ist je nach Nutzungsart des Gebäudes individuell zu definieren. In der nachfolgenden Tabelle finden sich einige Beispiele zur Veranschaulichung und ohne

Anspruch auf Vollständigkeit und abschließende Definition. Dem jeweiligen Output ist die bereitgestellte Kapazität, die oftmals fälschlicherweise als Bezugsgröße verwendet wird, gegenübergestellt:

Tab. 2.1 Bereitgestellte Kapazität und Output

Nutzungsart	Bereitgestellte Kapazität	Output
Bürogebäude	Anzahl Arbeitsplätze	Anzahl tatsächlich anwesender Mitarbeiter und Besucher
Stadion	Anzahl Zuschauerplätze	Tatsächliche Zuschauerzahl
Krankenhaus	Anzahl Betten	Tatsächlich anwesende Patienten unter Berücksichtigung der Diagnose
Handel	Verkaufsfläche	Anzahl tatsächlich anwesender Konsumenten

Der Vorteil einer sauberen Definition des Outputs eines Gebäudes ist, dass die Effizienz eines Gebäudes präzise bestimmt werden kann. 36

2.2.3 Effizienz im Facility Management

Wenn der Output definiert ist, so lässt sich über das Verhältnis zum zugehörigen Aufwand die Effizienz ermitteln. Zur genaueren Bestimmung der Effizienz sei hier zunächst zwischen Wirkungsgrad und Effizienz unterschieden. Im Folgenden wird von einem Wirkungsgrad gesprochen, wenn Energien umgewandelt werden oder wenn Flächen durch Facility Management Dienstleistungen in einer Aktivierungszeit zu wertvollen Flächen umgewandelt werden. Ein Wirkungsgrad liegt zwischen 0 und 1 bzw. zwischen 0 und 100 %. Bei der Effizienz hingegen kann der Nutzen eine andere Dimension haben als der Aufwand. Somit sind hier auch andere Werte möglich. Wenn zum Beispiel der Nutzen darin besteht einen Umsatz zu ermöglichen und der Aufwand darin besteht, die zugehörige aktivierte Fläche bereitzustellen, dann ist ein großer Umsatz in Euro bei geringer Fläche als effizient anzusehen. Dabei ist die Einheit der Effizienzzahl von großer Bedeutung. 37

Die Effizienz ist definiert als das Verhältnis zwischen Nutzen und Aufwand. Dabei ist nicht relevant, ob Nutzen und Aufwand die identischen Einheiten haben. 38

$$\text{Effizienz} = \frac{\text{Nutzen}}{\text{Aufwand}} \tag{2.7}$$

Für ein Gebäude bedeutet dies, dass der Output ins Verhältnis zum investierten Aufwand zu setzen ist. 39

$$\text{Gebäudeeffizienz} = \frac{\text{Output}}{\text{aktivierte Fläche} \cdot \text{Aktivierungszeit}} \tag{2.8}$$

- 40 Da die Fläche in den meisten Betrachtungsfällen konstant bleibt und die Aktivierungs- und Nutzungszeit identisch ist, entspricht die Effizienz des Gebäudebetriebs dem Quotienten aus dem tatsächlichen Output des Gebäudes im Verhältnis zur eingesetzten Facility Management Dienstleistung.
- 41 Ein einfaches Beispiel verdeutlicht den Mehrwert dieser Erkenntnis. Wenn ein Krankenhaus einzig basierend auf der bereitgestellten Kapazität verglichen wird, schneidet ein Haus mit einer nicht in Betrieb befindlichen Station wesentlich besser ab, als ein voll in Betrieb befindliches Krankenhaus. Dieser Unterschied wird durch die Berücksichtigung der aktivierten Fläche eliminiert. Darüber hinaus wird deutlich, dass eine stationäre Gesundheitseinrichtung mehr Facility Management Dienstleistungen benötigt, wenn mehr Patienten gleichzeitig behandelt werden. Ob ein Krankenhaus gebäudetechnisch effizient betrieben wird, wird nur deutlich, wenn die Anzahl der tatsächlich anwesenden Patienten unter Berücksichtigung der Diagnose ins Verhältnis zur erbrachten Facility Management Dienstleistung auf der genutzten Fläche gesetzt wird.

2.3 Voraussetzungen für eine outputorientierte Leistungsbeschreibung

- 42 Eine outputorientierte Leistungsbeschreibung benötigt zunächst eine vertraglich vereinbarte Grundlage, auf der die zugehörigen Mechanismen aufbauen. Als grundlegendes System hierfür eignet sich das Facility Management Modell mit der Facility Management Vereinbarung nach DIN EN 15221. Basierend auf dieser Systematik benötigt eine outputorientierte Leistungsbeschreibung eine aussagekräftige, aktuelle und valide Datenbasis. Diese gilt es durch ein entsprechendes Berichtswesen aufzubauen und kontinuierlich bereit zu stellen.

2.3.1 Das Facility Management Modell

- 43 In der Europäischen Norm DIN EN 15221 ist eine Differenzierung der Gebäudeleistung in bereitgestellte Kapazität und aufgenommene Leistung ebenfalls erkennbar. Die Norm untergliedert das Facility Management in zwei Hauptgruppen.
- Fläche und Infrastruktur
 - Mensch und Organisation⁵
- 44 Die Fläche und Infrastruktur entsprechen dabei der bereitgestellten Kapazität. Diese bereitgestellte Kapazität muss durch die Facility Management Dienstleistung in Form von Mensch und Organisation aktiviert werden. Mensch und Organisation entsprechen somit der Beschleunigung, wie sie in der Formel (B.2) aus der Formel für die Kraft in der Physik auf das Facility Management übertragen wurde.

5 Vgl.: DIN EN 15221-1:2006. Facility Management — Teil 1: Begriffe. DIN Deutsches Institut für Normung e.V. Beuth Verlag GmbH, Berlin 2007

Darüber hinaus bildet die Norm eine Grundlage zur Gestaltung von Facility Management Vereinbarungen, die sich am Bedarf der Organisation ausrichten sollen. Hierzu stellt die Norm den Bedarf der Organisation dem Angebot des Dienstleistungserbringers, wie in Abbildung 2.2 dargestellt, gegenüber.

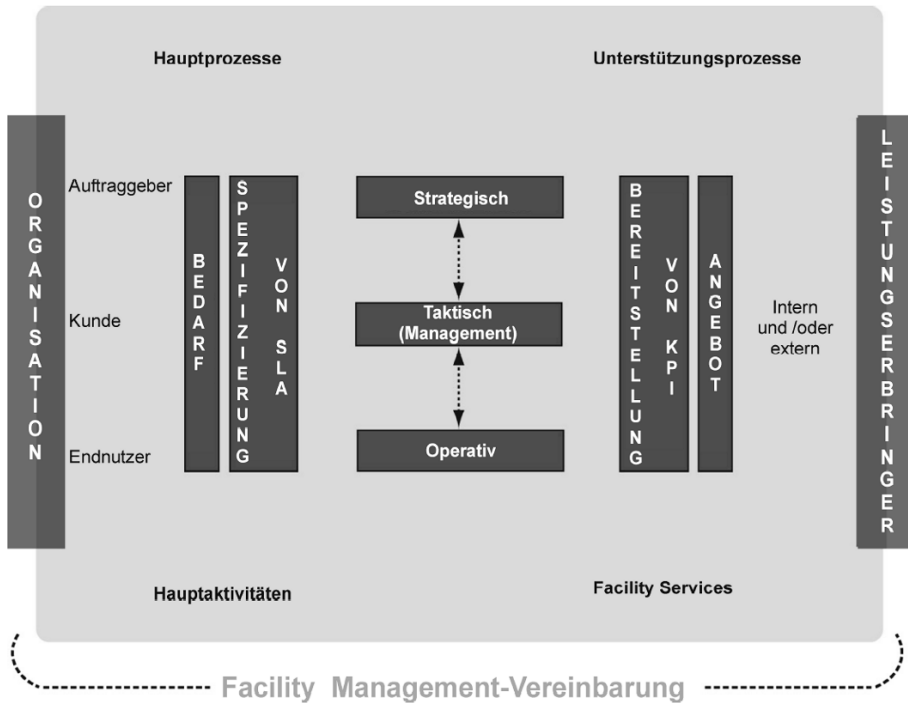


Abb. 2.2 Modell der Facility Management-Vereinbarung⁶

Eine wichtige Aufgabe des Facility Management nach der Norm ist die Abstimmung der Facility Management Dienstleistungen mit dem Leitbild und der Vision der Auftrag gebenden Organisation. Dabei sollen alle Ziele und Aktivitäten auf strategischer, taktischer und operativer Ebene auf die Auftrag gebende Organisation ausgerichtet werden. So soll zum Beispiel die Facility Management-Strategie in Übereinstimmung mit der Strategie der Organisation erfolgen. Dies heißt, dass die Strategie des FM sich auf den Output der Organisation also dem Output des Kerngeschäfts orientieren soll.

Aus dem Hauptprozess des Kerngeschäfts und den zugehörigen Hauptaktivitäten resultiert ein Bedarf, der seitens der Organisation in Service Level Agreements spezifiziert wird. Das Service Level Agreement wird in der Norm mit dem Begriff Leistungsvereinbarung übersetzt und soll das Leistungsniveau festlegen. Das benötigte Leistungsniveau soll seitens des Leistungserbringers durch ein entsprechendes Angebot abgebildet werden. Ob diese

⁶ Eigene Darstellung in Anlehnung an DIN EN 15221-1:2007. Facility Management – Teil 1: Begriffe. DIN Deutsches Institut für Normung e.V. Beuth Verlag GmbH. Berlin 2009, Seite 8

erbrachten Facility Services den Anforderungen der Organisation entsprechen, soll über Schlüssel-Leistungskennzahlen (Key Performance Indicator oder KPI) objektiviert und so messbar gemacht werden. Dabei entspricht die Leistung, die durch diese Schlüssel-Leistungskennzahlen repräsentiert werden soll, der durch das Gebäude aufgenommenen Leistung, die dazu dient, Fläche und Infrastruktur zu aktivieren. In Teil 7 der DIN EN 15221⁷, der sich mit dem Leistungs-Benchmarking beschäftigt, wird dies deutlich. Leistungsdaten, die für ein Benchmarking empfohlen werden umfassen:

- Finanzwirtschaftliche Daten
- Räumliche Daten
- Umweltbezogene Daten
- Daten der Servicequalität
- Daten der Zufriedenheit

- 48** Bei den finanzwirtschaftlichen Daten geht es um Kosten bzw. Aufwendungen, die durch Facility Services und Leistungen entstehen bzw. um Erträge, die die Vermietung von Gebäuden einbringt. Finanzwirtschaftliche Daten des Kerngeschäfts werden nicht berücksichtigt. Mit den Daten zur Zufriedenheit wird ein einziger Aspekt des Outputs des Gebäudes genannt. Nutzungsintensität, Profitabilität und Produktivität bleiben unberücksichtigt. Aus den umfangreichen Daten des Kerngeschäfts wird die Anzahl der Vollzeitmitarbeiter bzw. der Arbeitsplätze aufgeführt. Diese dienen jedoch als Bezugsgröße und nicht als Outputindikator. Der tatsächliche Output des Gebäudes bleibt unberücksichtigt.
- 49** Dieses vom Grundsatz her gut geeignete Modell zur Abbildung der Facility Management-Vereinbarung gilt es weiterzuentwickeln. Um in einer Leistungsbeschreibung aber die unterschiedlichen Leistungsbegriffe sauber zu differenzieren und angemessen zu berücksichtigen, muss dieses Modell erweitert werden. Nur so kann eine Vertrags- bzw. Abrechnungsgrundlage angemessen konzipiert werden.
- 50** In der nachfolgenden Abbildung (Abbildung 2.3) ist ein Modell dargestellt, welches die differenzierte Benennung der verschiedenen Leistungen sowohl input- als auch outputseitig ermöglicht.
- 51** Ausgangspunkt für das Modell ist auf der linken Seite die Facility Management-Organisation, die eine Leistung aufnimmt, um in der Lage zu sein, Leistungen zu erbringen. Die aufgenommene Leistung besteht aus Personal, Sachmitteln (sowohl Rohstoffe als auch Produkte und Dienstleistungen) und Kapital. Output der FM Organisation ist die bereitgestellte Leistung des FM, die gleichzeitig Input für die Fläche ist, die durch diese Leistung aktiviert wird. Dieser Output der FM Organisation kann im Sinne der DIN EN 15221 aufgespalten werden in Fläche und Infrastruktur sowie Mensch und Organisation. Dadurch wird deutlich, dass die bereitgestellte Fläche (Fläche und Infrastruktur) durch die bereitgestellten Dienstleistungen (Mensch und Organisation) aktiviert werden muss. Dies entspricht der zuvor entwickelten Analogie, dass es sich bei der Fläche im übertragenen Sinn um die Masse handelt, die durch die erbrachte Dienstleistung aktiviert bzw. im

⁷ DIN EN 15221-7:2012. Facility Management – Teil 7: Leitlinien für das Leistungs-Benchmarking. DIN Deutsches Institut für Normung e.V. Beuth Verlag GmbH. Berlin 2013

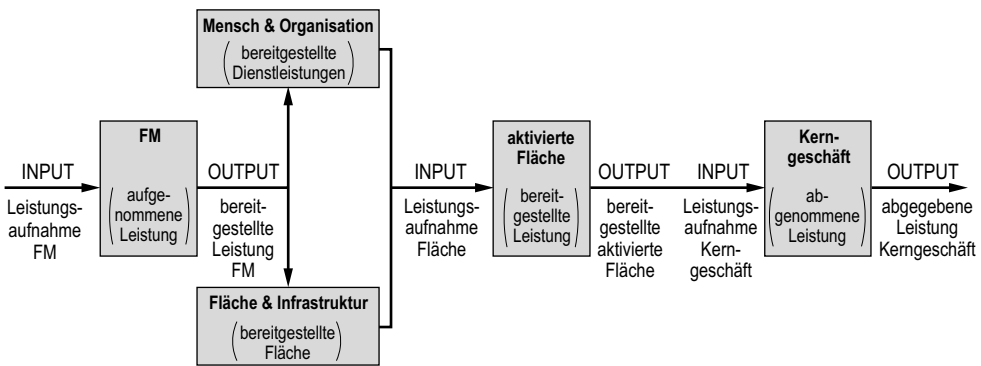


Abb. 2.3 Input und outputorientiertes Leistungsmodell für das Facility Management

übertragenen Sinne beschleunigt werden muss. Im Ergebnis wird durch das FM zunächst eine aktivierte Fläche bereitgestellt. Diese bereitgestellte aktivierte Fläche bildet den Input für das Kerngeschäft. Auf dieser genutzten und in diesem Sinne abgenommenen Leistung erbringt das Kerngeschäft seine Leistungen und erzeugt damit einen Output, der die in Anspruch genommenen Leistungen des FM refinanzieren muss.

Über dieses Modell lassen sich alle Varianten einer outputorientierten Leistungsbeschreibung abbilden. Die Ausgangssituation bildet dabei die Beschreibung der Inputseite des FM in Form der Leistungsaufnahme. In diesem Fall bilden die benötigten Tätigkeiten und Ressourcen die Basis für eine Leistungsbeschreibung. In der ersten outputorientierten Ebene gliedert sich die Leistung in zwei Teilbereiche auf. Zum einen wird eine Menge an Fläche bereitgestellt und zum anderen werden Dienstleistungen angeboten, die an oder auf der Fläche erbracht werden. Dabei handelt es sich um die flächenbezogenen oder flächen-nahen Dienstleistungen. Bereits auf dieser Ebene lässt sich ein sehr gut ausdifferenziertes Beauftragungs- und Verrechnungssystem etablieren. Sowohl die Bereitstellung der Fläche als auch die Dienstleistungen lassen sich in Prozesse überführen, deren Ergebnisse als nutzenbringende, durch den Kunden in der Menge beeinflussbare Produkte vermarktbare sind und bei denen sich der Ermittlungsaufwand der Produktmengen, die für die Verrechnung herangezogen werden, in einem adäquaten Rahmen bewegt. In der nächsten Ebene werden die Flächen inklusive Dienstleistung bereitgestellt und über einen Zeitraum durch den oder die Kunden in Anspruch genommen. In diesem Fall werden vorwiegend Zeittreiber, sprich der Zeitraum der Nutzung, unter Berücksichtigung der Qualität der Leistung zur Verrechnung herangezogen. Der Output der bereitgestellten aktivierten Fläche und der Input der vom Kerngeschäft aufgenommenen Leistung in Form von in Anspruch genommener aktivierter Fläche sind dabei noch sehr konkret mit den Leistungen des Facility Management verknüpft. In der letzten Ebene spielt die erbrachte Leistung des FM keine Rolle mehr sondern die Beauftragung und Abrechnung der Leistung erfolgt auf Basis des Outputs des Kerngeschäfts. Wenn das Kerngeschäft des Kunden auf den bereitgestellten aktivierten Flächen wertschöpfende Prozesse ablaufen lässt, partizipiert das FM an dieser Wertschöpfung. Eine Möglichkeit ist hier, eine Mindestvergütung vorzusehen, um das Risiko beherrschbar zu machen.

52

- 53 Eine Leistungsbeschreibung nach dem Modell in Abbildung 3 bietet darüber hinaus die Möglichkeit, die entstehenden Verluste und Ineffizienzen an den Übergängen zu benennen und zu quantifizieren. Das Verhältnis von Output zu Input quantifiziert jeweils die Effizienz der Leistungserbringung und das Verhältnis von Input zu Output quantifiziert die Verluste bei der Abgabe der Leistung. Wenn das Verhältnis der bereitgestellten Leistung des FM zur Leistungsaufnahme des FM schlecht – also klein – ist, dann werden die Produkte des FM nicht effizient erstellt. Wird nur über eine geringe Zeit eine bereitgestellte aktivierte Fläche in Anspruch genommen, so sind die Systeme nicht gut aufeinander abgestimmt und es entstehen Verluste dadurch, dass Leistung zwar erbracht (Output) aber nicht abgenommen (Input) wird.

2.3.2 Anforderungen an das Berichtswesen / Monitoring

- 54 Ein funktionierendes Facility Management Agreement auf Basis einer outputorientierten Leistungsbeschreibung erfordert wiederum ein funktionierendes Berichtswesen, welches nicht zu viel administrativen Aufwand verursachen soll. Hier ist die Digitalisierung ein nicht zu unterschätzender Vorteil, der die Möglichkeit bietet, innovative Konzepte in die Realität umzusetzen.
- 55 Auf der technisch orientierten Dienstleistungsseite bietet die Gebäudeautomation schon seit Jahrzehnten die Möglichkeit, Verbrauchswerte und den Output von technischen Anlagen in ein Berichtswesen zu integrieren.
- 56 Das Monitoring von infrastrukturellen Dienstleistungen hingegen ist oftmals mit wesentlich größerem administrativem Aufwand verbunden, der sich in Anbetracht der geringen Bedeutung, die diesen Dienstleistungen zugeschrieben wird, aus Sicht der Auftraggeber nicht lohnt. Durch die fortschreitende Digitalisierung auch auf dem Dienstleistungssektor bietet sich hier die Möglichkeit, Daten und Informationen, die während der Dienstleistungserbringung entstehen, in ein Output-Monitoring zu integrieren. Die Analyse der Entwicklung von Logistik Prozessketten verdeutlicht die Möglichkeiten der Entwicklung.

Hinweis

Darstellung der Digitalisierung bei Logistikprozessen:

Die Möglichkeit der Berichterstattung über den Transport von Briefen, Päckchen und Paketen existiert sicher schon so lange, wie die Postdienste selbst. Ein Einschreiben mit Rückschein bietet dem Absender den Bericht darüber, dass die Sendung an den benannten Empfänger ausgeliefert wurde. In Bezug auf eine digitale Berichterstattung wurden bereits Mitte der 1990er Jahre, als das Internet sich einem sehr frühen Entwicklungsstadium befand, erste Überlegungen angestellt, die neue Technologie nicht ausschließlich als Werbeplattform und Datendepot zu nutzen, sondern tatsächlich kundenorientierte Prozessunterstützung anzubieten.⁸

8 Vgl. Companies Use Web Hoping to Save Millions – New York Times vom 17. Juli 1995 (<http://www.nytimes.com/1995/07/17/business/companies-use-web-hoping-to-save-millions.html>; abgerufen am 03.06.2017)

Heute ist es selbstverständlich, dass Informationen zu Sendungen jederzeit online verfügbar sind und in andere Prozessketten und –portale integriert werden. Dass dabei alle Informationen – bis hin zu Unterschriften – nur noch digital existieren, wird dabei nicht hinterfragt, sondern vorausgesetzt. Der Vorteil dieser digitalen Dokumentation resultiert aus der großen Anzahl der sich wiederholenden Prozessabläufe. Das sicher hohe Investment in die zugehörige Informationstechnik macht sich durch Einsparungen durch die hohe Anzahl an Prozessdurchläufen bezahlt.

Über die geringe Anzahl der sich wiederholenden Prozessabläufe im Facility Management wird in der Regel begründet, dass sich die Digitalisierung auf diesem Gebiet nicht entsprechend durchsetzt. Zu viele Bereiche auf Kunden-, Objekt- und Prozessebene werden isoliert betrachtet, anstatt übergreifende Gemeinsamkeiten zu suchen und dazu eine passende generische digitale Prozessunterstützung zu entwickeln. Durch die übergreifende Betrachtung wird somit die hohe Anzahl an sich wiederholenden Prozessabläufen erzielt.

Es ist davon auszugehen, dass die technologischen Möglichkeiten sich auch im Bereich Facility Management weiter durchsetzen und dazu führen, dass eine Vielzahl an Informationen über Zustände, Verbräuche oder Aktivitäten zu den Prozessabläufen bezüglich Fläche und Infrastruktur sowie bezüglich Mensch und Organisation verfügbar sind. Diese Daten und Informationen können die Grundlage für ein aussagekräftiges Berichtswesen bilden, welches wiederum die Basis für eine outputorientierte Leistungsbeschreibung und -abrechnung ist. In Bezug auf die Leistungsaufnahme des FM ist absehbar, dass sich die notwendigen konzeptionellen Aktivitäten in der Gestaltung des Berichtswesens darauf konzentrieren können, welche vorhandenen Daten und Informationen welchen Status am besten repräsentieren. Vollkommen andere Anforderungen stellt dagegen die erste Outputebene, in der die Leistungen des FM in Form von Produkten abzubilden sind. 57

Zur adäquaten Gestaltung eines produktorientierten Berichtswesens im Facility Management ist es zunächst von großer Bedeutung, die Produkte zu bestimmen. Die Erstellung eines Produktkatalogs auf Basis einer übergreifenden Produktliste muss individuell erfolgen, da maßgeblich der Nutzen für den Kunden darüber entscheidet, ob sich ein Produkt für die Leistungsbeschreibung und -verrechnung eignet. Die zuvor schon beschriebenen Hauptkriterien, die darüber entscheiden, ob sich ein Produkt für die Leistungsbeschreibung und -verrechnung eignet, sind: 58

- Das Produkt muss für den Kunden einen konkreten Nutzen haben.
- Es muss sich eine für den Kunden nachvollziehbare Verrechnungsgröße für das Produkt finden lassen.
- Der Ermittlungsaufwand der Produktmenge darf für den Facility Management Dienstleister im Verhältnis zum Umsatz nicht zu groß sein.
- Die Produktmenge muss durch den Kunden beeinflussbar sein.

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien und der Tatsache, dass die Erfassung von Produktmengen durch den technischen Fortschritt zunehmend einfacher und kostengünstiger wird, ist zu erwarten, dass in Zukunft ein zuverlässiges, kontinuierliches und für den Kunden transparentes Berichtswesen zu Produkten möglich ist. 59

- 60 Durch eine branchenübergreifende Normierung von Produkten inklusive möglicher Verrechnungsgrößen ergeben sich Vorteile im Hinblick auf die Objektivierung der Beurteilung der Leistungen. Dies bietet den Vorteil, dass auf kürzerem Weg ein gemeinsames Verständnis in Bezug auf Input und Output zwischen Leistungserbringer, Auftragnehmer, Auftraggeber und Kunde bzw. Nutzer herzustellen ist.
- 61 Bisher weitgehend unbestellt ist das Feld der outputorientierten Leistungsbeschreibung im Zusammenhang mit der Leistung – also dem Output – der auf den Flächen generiert wird. Wie zuvor schon angeführt, ist der auf der Fläche generierte Umsatz eine mögliche Kenngröße für den generierten Output. Es lassen sich hier aber auch noch Vorstufen darstellen, die den Output des Kerngeschäfts repräsentieren. Zunächst wird die bereitgestellte aktivierte Fläche zu bestimmten Zeiten genutzt. Das heißt, dass Flächen oder Arbeitsplätze nicht in der gesamten Zeit, in der sie zur Verfügung gestellt werden, genutzt werden. Der erste Schritt in Richtung eines outputorientierten Berichtswesens ist das Monitoring der tatsächlichen Nutzungszeit von Arbeitsplätzen oder Flächen. Sofern die Flächen auch durch die Kunden des Kerngeschäfts genutzt werden, ist auch hier die Intensität der Nutzung, das heißt die Menge an Personen, die die Flächen betreten, zu messen. Als ein weiterer Schritt in Richtung der Wertschöpfung des Kerngeschäfts können auf Basis von Transaktionen Prozessschritte oder Teilprozesse erfasst werden, die durch das Facility Management ermöglicht werden. Wenn z.B. im Einzelhandel Kunden des Kerngeschäfts die Flächen frequentieren, so ist dies der erste Schritt. Der zweite Schritt ist, dass Kunden tatsächlich Waren einkaufen. So könnte auf Basis der Anzahl an Kunden, die an der Kasse Waren bezahlen die Anzahl der Transaktionen ermittelt werden. Auf einer Logistikfläche könnte die Anzahl an Transaktionen die Anzahl der Fahrzeuge sein, die Be- und Entladen werden. Erst im Anschluss an diesen Schritt ist es sinnvoll, den Umsatz, der durch die Flächen und Dienstleistungen ermöglicht wird, als Messgröße heranzuziehen.
- 62 Grundsätzlich ist dabei zu berücksichtigen, dass eine isolierte Betrachtung einzelner Ebenen zwar möglich aber nicht sinnvoll ist. Vor allem ist die Nutzung einer höheren Betrachtungsebene ohne ein Berichtswesen für die zugrundeliegenden Ebenen nicht zu empfehlen, da eine Steuerung der Prozesse dadurch nahezu unmöglich wird.

2.4 Chancen und Risiken der outputorientierten Leistungsbeschreibung

- 63 Die Idee der outputorientierten Leistungsbeschreibung ist nicht grundsätzlich neu und so stellt sich die Frage, warum ähnliche Ideen sich am Markt nicht durchsetzen konnten. Aus dieser Erkenntnis lässt sich ableiten, welche Hindernisse zu überwinden sind und welche Möglichkeiten nicht ausreichend betrachtet wurden. So hat sich das outputorientierte Leistungsverzeichnis in der Reinigungsbranche noch lange nicht flächendeckend durchgesetzt. Der Ansatz ist dabei identisch. Das outputorientierte Leistungsverzeichnis wird in der Reinigung auch als ergebnisorientiertes Leistungsverzeichnis benannt. Es stehen dabei nicht die einzelnen Tätigkeiten und eine Frequenz mit der diese erbracht werden im Vordergrund, sondern es wird das vom Kunden erwartete Ergebnis zu einem bestimmten

Zeitpunkt oder in einem bestimmten Zeitfenster formuliert. Die sich ergebenden Vorteile sind die Vermeidung von unnötigen Tätigkeiten und die Einbeziehung des Dienstleisters in die Optimierung der Arbeitsabläufe, da dieser einen konkreten Nutzen daraus zieht. Umstritten ist der Aufwand bei der Erstellung der Leistungsverzeichnisse. Während der Umfang eines ergebnisorientierten Leistungsverzeichnisses geringer sein kann, als ein Leistungsverzeichnis auf Basis von einzelnen Tätigkeiten, kann der Aufwand für die präzise Beschreibung des erwarteten Ergebnisses also des Service Levels sehr hoch sein. Die Frage, warum sich das Konzept nicht durchgesetzt hat, kann nur auf Basis von Vermutungen beantwortet werden. Ein Argument, das öfters genannt wird, ist das aufwändige Qualitätsmanagement, welches für die Steuerung der Leistung benötigt wird. Dieses ist notwendig, um das Vertrauen sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Auftragnehmerseite zu etablieren. Ob jedoch durch den Mehraufwand im Bereich der Steuerungsleistung die möglichen Einsparungen oder die Steigerung der Qualität bei gleichem operativem Arbeitseinsatz in den nicht rentablen kommen, ist nicht nachgewiesen. Mit zunehmender Vereinfachung der Datenerfassung im Rahmen eines Berichtswesens sollte dieses Argument an Bedeutung verlieren. Ein weiteres Argument ist die Qualifikation des Personals, welches mit den Anforderungen der ergebnisorientierten Reinigung überfordert sein könnte. Dieses Argument sollte bei der Konzeption von outputorientierten Leistungsbeschreibungen berücksichtigt werden. Vor allem ist dabei ein Change Management und eine veränderte Art der Personalführung gefordert.

2.4.1 Chancen

Eines der Kernprobleme im Facility Management ist die mangelnde Wahrnehmung und die damit verbundene geringe Wertschätzung der erbrachten Leistungen. Dabei ist die Vorstellung, dass sich zuerst die Wahrnehmung durch den Kunden verändern muss jedoch falsch. Wenn in der Medizintechnik ein Unternehmen von sich behaupten würde, es baue Luftpumpen, mit denen Menschen beatmet werden können, dann würden die Kunden des Unternehmens zu Recht davon ausgehen, dass sie für eine Beatmungsmaschine den Preis für eine Luftpumpe entrichten müssten. Erst wenn das Unternehmen für sich selbst beansprucht, Maschinen zu bauen, die Leben erhalten und retten können, wird der Kunde bereit sein, den entsprechenden Preis zu zahlen. **64**

Das Facility Management selbst muss damit beginnen, nicht mehr in einzelnen Tätigkeiten zu denken, sondern den Mehrwert der erbrachten Dienstleistungen in den Vordergrund stellen. Wissenschaftlich wird die Frage des Mehrwerts durch das Facility Management schon seit langer Zeit erforscht. Dabei steht in den meisten Fällen die Wirkung beim Kunden im Vordergrund. Was aber verursacht die Wirkung beim Kunden? Das Bindeglied zwischen Dienstleister und Kunde ist das Produkt. Die Aktivitäten im Facility Management müssen zu Produkten zusammengefasst werden. Diese wiederum müssen eindeutig beschrieben sein und zwar nicht auf Basis von Tätigkeiten, die zu dem Produkt führen, sondern auf Basis von Qualitäten, die das Produkt aufweist. Durch diese Entkoppelung von Tätigkeit im FM und Effekten im Kerngeschäft ergibt sich die Chance, Preise von der Tätigkeit zu lösen und am Output zu messen. **65**

Beispiel

Mehrwert durch Output

Wenn chemische Wirkstoffe einen Effekt erzielen, der sich positiv auf das Ergebnis eines Prozesses auswirkt, so sind nicht die Herstellungskosten der Substanz ausschlaggebend für den Preis des Wirkstoffs, sondern der Effekt ist maßgebend für den Preis, der erzielt werden kann.

Diese Entkoppelung von Produktpreis und Herstellungskosten ist nur möglich, wenn die Wirkung des Produkts bekannt ist und der Effekt transparent nachvollzogen werden kann.

Dazu ist es notwendig, dass der Hersteller des Produkts das Einsatzgebiet und die Herausforderungen des Kunden genau kennt.

- 66 Die Entkoppelung von Tätigkeit und Effekt über das Produkt und damit eine Zuwendung zur outputorientierten Betrachtung der Leistungen im Facility Management bildet die Grundlage für Innovation. Welchen Anreiz hat ein Facility Management-Dienstleister, seine Art der Leistungserbringung zu optimieren, wenn die Optimierung einzig dazu führt, dass die Preise sinken? Wie soll der Dienstleister verdeutlichen, dass sein Produkt qualitativ besser ist, wenn das Produkt nicht als solches erkennbar ist?
- 67 Erst wenn das Produkt und das heißt, der Output im Vordergrund steht, entsteht für den Dienstleister die Möglichkeit, die Leistungserbringung zu optimieren, da er – zumindest für einen gewissen Zeitraum – einen Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Marktbegleitern hat. Innovation in der Leistungserbringung führt dazu, dass der Dienstleister in der Lage ist, die gleiche Qualität des Produktes durch geringeren Aufwand zu erzielen. Langfristig führt dies dazu, dass auch Wettbewerber versuchen, auf ähnliche oder andere Art diese Optimierung zu erreichen. Langfristig ist diese Orientierung am Output somit auch eine Chance für den Kunden.
- 68 Auf der Basis einer möglichst genauen Beschreibung der messbaren Qualitäten des Outputs kann der Dienstleister deutlich machen, wenn er in der Lage ist, diese bisherige Qualität durch Innovationen zu verbessern. Diese Innovation, die zu einem transparenten Mehrwert des Produktes führt und damit einen Mehrwert im Kerngeschäft ermöglicht, führt zur Bereitschaft des Kunden, für das gleiche Produkt einen höheren Preis zu zahlen. Erst wenn das Produkt klar umrissen ist und mit qualitativen Merkmalen beschrieben werden kann, entsteht die Chance, durch Innovation die Qualität zu steigern und den entsprechenden Preis zu erzielen.
- 69 Eine outputorientierte Beschreibung der Leistungen im Facility Management ermöglicht darüber hinaus eine neue Gesprächsgrundlage zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber. Der Auftragnehmer entwickelt sich zum Innovationspartner und ist nicht länger Erfüllungsgehilfe.
- 70 Wenn der Schritt zu einer outputorientierten Betrachtung auf Basis des Outputs des Kerngeschäfts gewagt wird, so wird der Dienstleister nicht nur Innovationspartner sondern Risikopartner. Beide Seiten müssen zur Einschätzung der Risiken nicht nur ihr eigenes Geschäft genau kennen, sondern auch das des jeweiligen Partners. Neben Risiken ergeben sich allerdings vor allem Chancen für den innovativen und gut informierten Dienstleister, nicht nur für die qualitativ hochwertige Dienstleistung eine adäquate Vergütung zu erhalten, sondern durch die Beteiligung am Erfolg des Kunden weit darüber hinaus zu profitieren.

2.4.2 Risiken

Risiken können dazu führen, dass entweder der Auftragnehmer oder der Auftraggeber mit dem gewählten Modell der Leistungsbeschreibung und -vergütung unzufrieden sind. Beide Varianten gilt es zu betrachten und nach Möglichkeit die Risiken zu eliminieren oder zumindest zu minimieren. 71

2.4.2.1 Auftraggeberseitige Risiken

Ein Risiko besteht darin, dass der Auftraggeber das Gefühl entwickelt, er bezahle einen zu hohen Preis für die erhaltene Leistung. Mögliche Ursachen hierfür können z.B. ein unzureichendes Berichtswesen, eine nicht ausreichend beschriebene Qualität oder zu geringe Transparenz des Mehrwerts für den Auftraggeber in einer outputorientierten Leistungsbeschreibung sein. Dies kann dazu führen, dass eine Leistungsbeschreibung doch wieder tätigkeitsorientiert über ein Leistungsverzeichnis erfolgt. 72

An erster Stelle bei den Risiken steht die mangelnde Transparenz des Mehrwerts für den Auftraggeber. Gefordert ist in diesem Fall ein kontinuierliches Aufzeigen der Vorteile, die durch die hohe Qualität erreicht werden. Durch diese stetige Werbung für das Produkt wird die Kundenbindung gefestigt und die Nachfrage nach der Produktqualität gestärkt. 73

Eine nicht ausreichend beschriebene Qualität entspricht einer mangelhaften Beschreibung des Servicelevels. Dies führt zwangsläufig zu der vorgenannten Unzufriedenheit des Kunden. Zur Risikominimierung kann beitragen, dass sowohl die Produkte als auch die zugehörigen Service Level und Key Performance Indicator nicht jeweils im Einzelfall definiert werden, sondern diese Branchenübergreifend von einer unabhängigen Stelle definiert und fortgeschrieben werden. 74

Eine Vertrauensbasis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bedarf der kontinuierlichen Arbeit an einem von beiden Seiten akzeptierten Berichtswesen. Dieses bildet die Basis für die Key Performance Indicator. Etabliert sich ein Zweifel an der Aktualität oder Validität der Datenbasis, ist der Vertrauensverlust meist so groß, dass das gesamte System in Frage gestellt wird. Zur Risikovermeidung sollte daher hohe Priorität auf die gemeinsame Definition des Berichtswesens zu Beginn des Prozesses gelegt werden und eine regelmäßige Qualitätssicherung erfolgen. 75

2.4.2.2 Auftragnehmerseitige Risiken

Das Risiko, welches durch den Auftragnehmer am wenigsten gesteuert werden kann existiert nur bei der Orientierung der Leistungsmessung am Output des Kunden. Hier gelten die beiden vorgenannten Risiken mit umgekehrten Vorzeichen. Zweifel an den Zahlen, die als Indikator für die Entwicklung des Kerngeschäfts dienen oder eine ungenaue Definition und Beschreibung dieser führen dann dazu, dass der Auftragnehmer dem System nicht vertraut. 76

Zusätzlich besteht in diesem Fall das Risiko, dass sich trotz aller positiven Beiträge durch die Produkte des Facility Management das Kerngeschäft negativ entwickelt. Dieses Risiko 77

lässt sich nicht eliminieren. In erster Linie muss sich der Dienstleister bei der Bindung an den Output des Kerngeschäfts des Kunden diesem Risiko bewusst sein. Bei der Kalkulation des Modells müssen diese Risiken mit berücksichtigt werden. Die Herausforderung besteht hier vor allem in der zu Anfang geringen Datenbasis zur Einschätzung der Risiken. Hinzu kommt, dass erst ab einer Mindestanzahl an Aufträgen auf dieser Basis sich die Risiken gegenseitig absichern können. Reduziert werden kann das Risiko durch eine Mindestvergütung, die den Verlust des Auftragnehmers limitiert. Eine Möglichkeit sich den Zuspruch des Auftraggebers zu dieser Risikominimierung zu sichern ist die sich stetig reduzierende Steigerung der Vergütung im positiven bis zu einer maximalen Obergrenze und eine umgekehrt sich stetig reduzierende Minderung der Vergütung bis zu der Mindestvergütung im negativen Fall. Schematisch ist dies in Abbildung 2.4 dargestellt.

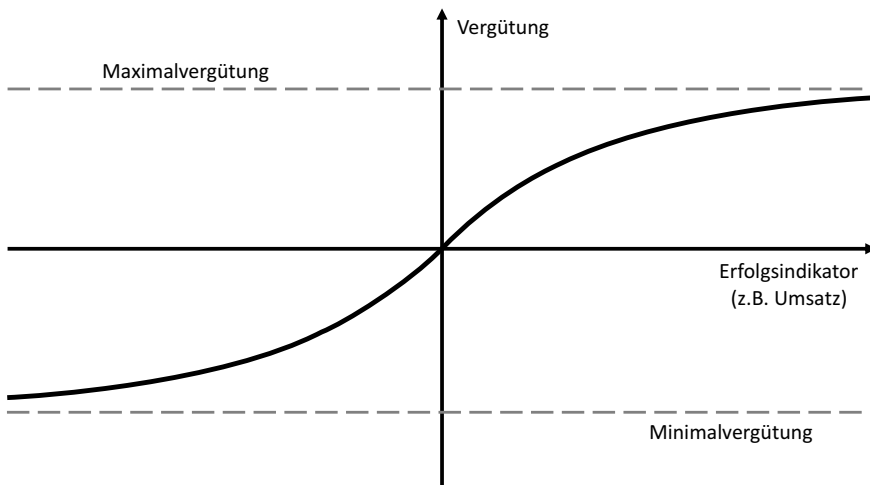


Abb. 2.4 Mögliche Begrenzung der Vergütung zur Risikominimierung



Der Facility Management-Vertrag

3.1 Einführung – 143

- 3.1.1 Facility Management nach GEFMA – 143
- 3.1.2 Das Lebenszyklusmodell einer Immobilie – 145
- 3.1.3 Das Drei-Säulen-Modell des Facility Managements – 146
- 3.1.4 Rechtsverhältnisse der beteiligten Personengruppen – 147

3.2 Rechtliche Grundlagen des Facility Management-Vertrages – 149

- 3.2.1 Rechtsquellen – 149
- 3.2.2 Die rechtliche Qualifikation des Facility Management-Vertrages – 152

3.3 Der Vertragsschluss bei Facility Management-Vertrag – 155

- 3.3.1 Angebot und Annahme – 155
- 3.3.2 Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) – 158
- 3.3.3 Vertretungsmacht – 162

3.4 Leistungspflichten im Facility Management-Vertrag – 164

- 3.4.1 Das technische Facility Management – 165
- 3.4.2 Das infrastrukturelle Facility Management – 170
- 3.4.3 Das kaufmännische Facility Management – 177

3.5 Vertragsgestaltung – 183

- 3.5.1 Vertragsgegenstand einschließlich Leistungspflichten und Definition der Vertragsobjekte – 185
- 3.5.2 Vertragsbestandteile und Rangfolgenregelung – 188
- 3.5.3 Regelungen zu sonstigen Nebenpflichten – 190
- 3.5.4 Wahrnehmung der Betreiberverantwortung bzw. von Verkehrssicherungspflichten – 192
- 3.5.5 Personaleinsatz inklusive Nachunternehmerleistungen – 224
- 3.5.6 Vertragsdauer und Beendigung / Kündigung – 225
- 3.5.7 Vergütung einschließlich Vergütung von Leistungsänderungen / Zusätzlichen Leistungen – 229
- 3.5.8 Fristen / Termine – 233
- 3.5.9 Abrechnungs- / Zahlungsmodalitäten – 233

- 3.5.10 Leistungscontrolling – 234
- 3.5.11 Mängelrechte – 234
- 3.5.12 Sicherheiten – 236
- 3.5.13 Vertragsstrafenansprüche – 237
- 3.5.14 Sonstiges wie z.B. Vollmachten, Aufrechnungsverbote, Gerichtsstand, Rechtsweg, etc. – 239

3.1 Einführung

Der Facility Management-Vertrag als **gemischter Vertrag** mit Bestandteilen verschiedener Vertragstypen – zumeist Werk-, Bau- und Dienstvertragsrecht – bedarf aus rechtlicher Sicht besonderer Sorgfalt und Differenzierung. Als **Dauerschuldverhältnis** über längere Zeiträume sind bereits Details von wirtschaftlicher Bedeutung. 1

Mit einer Bruttowertschöpfung von 130 Milliarden Euro tragen Facility Services und Dienstleistungen im Gebäudemanagement exakt 5,42 Prozent zum deutschen Bruttoinlandsprodukt bei (2014). 2

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass ausgehend von dieser betriebswirtschaftlichen Bedeutung das Facility Management auch unter rechtlichen Gesichtspunkten an die Rechtsgestaltung und –anwendung (Vertragsgestaltung, etc.) enorme Anforderungen stellt. 3

Das Facility Management stellt in rechtlicher Hinsicht eine Querschnittsdisziplin und ein **eigenständiges Rechtsgebiet** dar, obwohl sich hierzu in den gesetzlichen Grundlagen, wie z.B. dem BGB, keine eigenständigen Regelungen finden. Die jeweiligen rechtlichen Regelungen sind dem Dienstvertragsrecht, Mietrecht, Werk- bzw. Bauvertragsrecht zu entnehmen, insbesondere auch dem neuen Bauvertragsrecht (ab 01.01.2018). 4

3.1.1 Facility Management nach GEFMA

Die GEFMA – Richtlinie 100 – 1 als Basisrichtlinie der German Facility Management Association (GEFMA) definiert das Facility Management als eine Managementdisziplin, die durch eine ergebnisorientierte Handhabung von facilities (Objekte) und services (Dienstleistungen) im Rahmen geplanter, gesteuerter und beherrschter Facility Prozesse die Befriedigung der Grundbedürfnisse von Menschen am Arbeitsplatz, die Unterstützung der Unternehmens-Kernprozesse und die Erhöhung der Kapitalrentabilität bewirkt. Hierzu dient die permanente Betrachtung, Analyse und Optimierung aller kostenrelevanten Vorgänge rund um bauliche und technische Anlagen, Einrichtungen und im Unternehmen erbrachte (Dienst-)Leistungen, die nicht zum Kerngeschäft gehören.¹ 5

Aus dieser Definition ergibt sich, dass das Facility Management als Teil des Sekundärprozesses eines Unternehmens einzuordnen ist, der in direktem Zusammenhang mit Aufgabenstellungen rund um die Immobilie oder sonstige technische Anlagen steht. So ist z.B. die Einrichtung und Pflege eines Arbeitsplatzes in einer Immobilie Gegenstand des Facility Management, 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. 6

Auf Grundlage der GEFMA – Richtlinie 100 -1 lassen sich die Eckpunkte des aktuellen betriebswirtschaftlichen Facility Management-Verständnisses im Rahmen eines prozessorientierten Ansatzes wie folgt zusammenfassen: 7

- Unterscheidung zwischen facilities (Objekte wie z.B. Gebäude und Anlagen) und services (Dienstleistungen),

¹ GEFMA-Richtlinie 100-1, Ziff. 3.1.

- 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 und
 - Etablierung eines Facility Management-Systems als Gesamtheit aller Facility Prozesse und deren Management.²
- 8 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.³ 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 Facility Management nicht nur ein erheblicher Nutzwert, sondern auch eine signifikante Kostenreduktion verbunden ist. Im Einzelnen:⁴
- 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, etc.) und
 - Nutzen für die Umwelt (sparsamer Umgang mit Ressourcen).
- 9 Grundsätze des Facility Management sind dabei:⁵
- Kunden- und Serviceorientierung,
 - Prozessorientierung,
 - Produktorientierung (Ergebnis),
 - Lebenszyklusorientierung,
 - Ganzheitlichkeit,
 - Marktorientierung und
 - Partnerschaftlichkeit.
- 10 Der Facility Management-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

2 Vgl. auch Glauche, in: Zehrer/Sasse, Bd. 1 Kap. 2.1.2 S. 14 f.

3 Siehe Rdn. 4.

4 GEFMA-Richtlinie 100-1, Ziff. 2.1.

5 GEFMA-Richtlinie 100-1, Ziff. 2.2.

Immobilie bedeutet dies, dass der gesamte Lebenszyklus des Gebäudes vom Facility Management umfasst ist.

Ausgehend von diesen vorstehend aufgeführten, in betriebswirtschaftlicher Hinsicht definierten Zielen und Grundsätzen des Facility Management ergeben sich für die Rechtsanwendung insbesondere folgende Konsequenzen: 11

- Es ist vertragsrechtlich eine klare und unmissverständliche Definition der Anforderungen an das Facility Management vorzunehmen. Im Interesse der Produktorientierung hat dies nicht anhand zu erbringender (Dienst-)Leistungen, sondern anhand der geforderten Ergebnisse zu erfolgen.
- Hierfür ist die Vereinbarung von Service Levels und Messgrößen zweckmäßig. Die Definition und Vereinbarung von Service Levels ist also geradezu ein wesentliches Kriterium im Rahmen der Vertragsgestaltung im Facility Management.⁶

3.1.2 Das Lebenszyklusmodell einer Immobilie

Der Lebenszyklus einer Immobilie umfasst unterschiedliche Wertschöpfungsbereiche und Teilaufgaben. Im Einzelnen sind dies: 12

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

Aus dieser Lebenszyklusbetrachtung ergibt sich in rechtlicher Hinsicht, dass das Facility Management z.B. anders als das zivile Baurecht, welches seinen Schwerpunkt eindeutig im Werk- bzw. Bauvertragsrecht hat, zahlreiche Rechtsgebiete betrifft (Werk-, Dienst-, Miet-, Kaufvertragsrecht, etc.) und darüber hinaus seine Schwerpunkte nicht nur im Zivil-, sondern auch im Öffentlichen Recht hat. Dies gilt z.B. für den Bereich der Betreiberverantwortung, in welchem zahlreiche öffentlich-rechtliche Vorschriften zu beachten sind.⁷ Umso differenzierter sind die Anforderungen an die Vertragsgestaltung. 13

Demgegenüber bezeichnet der Begriff „**Gebäudemanagement**“ lediglich einen Teilbereich der Gesamtleistung des Facility Management. Das Gebäudemanagement umfasst nur die Leistungen während des Betriebs und der Nutzung bzw. des Umbaus und der Sanierung von Immobilien. Facility und Gebäudemanagement lassen sich daher gem. nachfolgender Tab. 3.1 Abgrenzung Facility Management – Gebäudemanagement anhand folgender Kriterien unterscheiden: 14

⁶ Glauche, in: Zehrer/Sasse, Bd. 1 Kap. 2.1.2 S. 18 f.

⁷ Siehe Rdn. 199 ff.

Tab. 3.1 Abgrenzung Facility Management - Gebäudemanagement

Zeithorizont	Objekthorizont	Organisationshorizont
Das Facility Management ist phasenübergreifend, umfasst also den gesamten Lebenszyklus von facilities.	Das Facility Management ist objekt- und standortübergreifend.	Das Facility Management umfasst auch die Bedarfsplanung.
Das Gebäudemanagement beschränkt sich demgegenüber auf die Betriebs- und Nutzungsphase/Umbau- und Sanierungsphase.	Das Gebäudemanagement ist objektbezogen.	Das Gebäudemanagement umfasst neben der eigentlichen Dienstleistungserbringung nur die darauf ausgerichtete operative Führung.

3.1.3 Das Drei-Säulen-Modell des Facility Managements

- 15 Grundsätzlich untergliedert sich das Facility Management in drei Teilbereiche mit unterschiedlichen Leistungsinhalten (Tab. 3.2 Drei-Säulen-Modell), die ihrerseits den jeweiligen Phasen im Lebenszyklusmodell zugeordnet werden können. Auch wenn dieses Modell durchaus umstritten ist⁸, weil es dem ganzheitlichen und interdisziplinären Charakter des Facility Management zuwider läuft, gibt es doch einen Überblick über mögliche Leistungsprofile und -anforderungen, die im Rahmen der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen und umzusetzen sind.

Tab. 3.2 Drei-Säulen-Modell

Technisches Facility Management	Kaufmännisches Facility Management	Infrastrukturelles Facility Management
Energiemanagement Modernisierung Optimierung Sanierung Umbau Wartung Instandhaltung Instandsetzung.	Verwaltung Vermietung Rechnungswesen Vertragsmanagement Einkaufsmanagement Materialbeschaffung Inventarverwaltung Budgetverwaltung Controlling Berichtswesen Mängelverfolgung	Flächenmanagement Reinigung Catering Automatenversorgung Sicherheitsdienste Hausmeisterdienste Bürodienstleistungen Pförtnerdienste Postdienste Fuhrparkmanagement EDV-Dienste Telefondienste

- 16 Mitunter wird das Flächenmanagement als vierter Teilbereich des Facility Management qualifiziert (vgl. DIN 32 736: Flächenmanagement als „Querschnittsebene“ im Drei-Säu-

8 Glauche, in: Zehrer/Sasse, Bd. 1 Kap. 2.1.2 S. 16.

len-Modell). Allerdings kann es systematisch dem infrastrukturellen Facility Management zugeordnet werden, denn das Flächenmanagement definiert sich über seine Zielsetzung, insbesondere Büroflächen einer möglichst effektiven und kosteneffizienten Nutzung zuzuführen. Die hierzu konkret notwendigen (Dienst-)Leistungen gehören wiederum zum Bereich des infrastrukturellen Facility Management, auch wenn sich mitunter Überschneidungen mit dem technischen Facility Management (z.B. 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.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund der Verschiedenartigkeit der Leistungsprofile und der denkbaren Kombinationen auf die Erstellung einer Leistungsbeschreibung im Rahmen der Vertragsgestaltung größter Wert zu legen ist. Insoweit ist eine interdisziplinäre Zusammenarbeit erforderlich, weil der Jurist dabei auf die Mitarbeit der technischen Fachleute angewiesen ist. 17

3.1.4 Rechtsverhältnisse der beteiligten Personengruppen

Bei einer strukturellen Betrachtung des Facility Management sind vier Personengruppen zu unterscheiden, die in Rechtsbeziehungen zueinander treten bzw. stehen: 18

- Kunde (Eigentümer, Vermieter, Mieter)
- Systemanbieter (von Facility Management-Leistungen)
- Dienstleister (z.B. einzelne Reinigungs- und Wachschutzdienstleister)
- Dritte.

Unter dem Facility Management-Kunden (Anwender) ist derjenige zu verstehen, welcher die Potenziale des Facility Management ausschöpft. Dabei kann es sich um den (selbstnutzenden) Eigentümer oder auch um gewerbliche Mieter bzw. Vermieter handeln. Insbesondere werden die Kunden in der Wohnungswirtschaft, der Industrie und der öffentlichen Hand zu finden sein. 19

Der Eigentümer kann den Nutzwert des Facility Management voll ausschöpfen, insbesondere wenn er selbstnutzender Eigentümer ist. Für gewerbliche Vermieter, also nicht selbstnutzende Eigentümer, sind insbesondere diejenigen Teilaspekte des Facility Management interessant, die auf Werterhalt und/oder -erhöhung abzielen, sowie diejenigen Facility Management-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.⁹ Für gewerbliche Mieter ist durch das Facility Management ein Nutzen für das Kerngeschäft sowie für Kunden und Mitarbeiter zu erwarten. 20

Demgegenüber steht der Systemanbieter, der eine umfassende Facility Management-Dienstleistung gegenüber dem Eigentümer, dem Vermieter oder dem Mieter erbringt und seinerseits gegebenenfalls Dienstleister mit der Erbringung einzelner Teilleistungen beauf- 21

9 GEFMA-Richtlinie 100-1, Ziff. 6.2.

tragt. Unter der umfassenden systematischen Facility Management-Dienstleistung ist dabei all das zu verstehen, was in die Kategorien technisches, kaufmännisches und infrastrukturelles Facility Management einzuordnen ist. Dabei kann die Dienstleistung auch auf eine „Säule“ beschränkt sein. Beispiel hierfür ist das TGM (Technisches Gebäudemanagement).

- 22 In Abgrenzung dazu bieten Dienstleister lediglich einzelne ausgesuchte Facility Management-Dienstleistungen an, wie z.B. Reinigungs- oder Wachdienstleistungen. Im Regelfall wird der Dienstleister in einem Vertragsverhältnis mit dem Systemanbieter stehen. Er kann aber auch in einer direkten Vertragsbeziehung zum Kunden stehen, wobei in diesem Fall die Gefahr erheblicher Schnittstellenprobleme insbesondere in Bezug auf die Abgrenzung von Verantwortlichkeiten besteht.
- 23 Schließlich kommen in vielfältiger Weise Dritte mit der Facility Management-Dienstleistung in Berührung. Dabei handelt es sich z.B. um die Mitarbeiter des Kunden, da das Facility Management 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.
- 24 Zwischen den Mitarbeitern bzw. sonstigen Dritten besteht keine vertragliche Beziehung zum Systemanbieter und/oder Dienstleister. Allerdings ist denkbar, dass der Facility Management-Vertrag Schutzwirkungen gegenüber diesen Dritten entfaltet, was sich insbesondere in Schutz- und Verhaltenspflichten des Systemanbieters/Dienstleisters gegenüber diesen Dritten manifestiert (**Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter**). Eine besondere Rolle spielen diese Überlegungen im Rahmen der Betreiberverantwortung.¹⁰ Entfaltet ein Vertrag Schutzwirkungen zu Gunsten eines Dritten, bedeutet dies, dass im Fall einer Pflichtverletzung und eines dadurch an den Rechtsgütern des Dritten entstehenden Schadens dem Schädiger das Verschulden von Hilfspersonen gemäß § 278 BGB zugerechnet wird.
- 25 Kumulative Voraussetzungen für eine solche Einbeziehung eines Dritten in den Vertrag sind:
 - Der Dritte muss bestimmungsgemäß mit der vertraglich geschuldeten Leistung des Facility Managers in Berührung kommen und in gleicher Weise wie der Gläubiger (Kunde) den Gefahren von Schutzpflichtverletzungen ausgesetzt sein (Leistungsnahe).¹¹
 - Es muss ein entsprechender Parteiwille erkennbar sein. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Gläubiger (Kunde) ein besonderes Interesse an der Einbeziehung des Dritten hat und der Vertrag dahingehend ausgelegt werden kann, dass der Vertragsschutz auf den Dritten ausgedehnt werden soll.¹²
 - Für den Facility Manager als Schuldner muss die Drittbezogenheit der Leistung und die Gläubignähe des Dritten erkennbar sein.¹³
 - Der Dritte muss schutzbedürftig sein.¹⁴

10 Siehe Rdn. 199 ff.

11 Palandt/Grüneberg, § 328 Rn. 17 m.w.N.

12 Palandt/Grüneberg, § 328 Rn. 17a m.w.N.

13 Palandt/Grüneberg, § 328 Rn. 18 m.w.N.

14 Palandt/Grüneberg, § 328 Rn. 18 m.w.N.

Beispiel für einen solchen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten eines Dritten ist die Haftung einer Wartungsfirma gegenüber den Mietern seines Auftraggebers (Vermieters) für Schäden, die dem Mieter infolge des Ausfalls der von der Wartungsfirma zu wartenden Ölheizung entstanden sind.¹⁵ Denkbar sind solche Ansprüche z.B. auch im Rahmen von Gebäudereinigungsverträgen, wenn Mitarbeiter des Anwenders oder Besucher als Dritte infolge einer nicht hinreichend sichtbaren Warnung vor infolge der Reinigung noch feuchten Flächen ausrutschen und sich entsprechende Schäden zuziehen. Relevant ist dies also immer in den Fällen, in welchen sich auch rechtliche Beziehungen im Zusammenhang mit den Verkehrssicherungspflichten des Betreibers einer Immobilie oder technischen Anlage ergeben. Mangels vertraglicher Ansprüche kann in diesen Fällen ein Dritter Schadenersatzansprüche grundsätzlich nur nach Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) geltend machen. Im Deliktsrecht ist der Schädiger jedoch nach § 831 BGB privilegiert, weil das Verschulden Dritter grundsätzlich nicht zugerechnet wird, sondern ihn, also den Schädiger selbst ein eigenes Verschulden im Sinne eines **Organisationsverschuldens** treffen muss. Für diese Fälle stellt der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten eines Dritten einen Schutzmechanismus zu Gunsten des Dritten als Geschädigten dar.

Darüber hinaus bestehen zwischen den Mitarbeitern und dem Facility Management-Kunden u.U. Arbeitsverträge, aus denen sich Verpflichtungen des Facility Management-Kunden als Arbeitgeber in arbeitsschutzrechtlicher Hinsicht ergeben. Das Facility Management dient in diesem Fall dazu, die Einhaltung dieser Vorschriften zu gewährleisten.

3.2 Rechtliche Grundlagen des Facility Management-Vertrages

Aus der Begriffsdefinition des Facility Management und dessen Systematisierung und Untergliederung in Leistungsphasen (Lebenszyklusbetrachtung) und Leistungsinhalte (3-Säulen-Modell) unter Berücksichtigung des partnerschaftlichen Ansatzes und der Vielzahl der Beteiligten ergeben sich in rechtlicher Hinsicht **zahlreiche**, vor allem auch im Rahmen der Vertragsgestaltung zu beachtende **Rechtsquellen**.

3.2.1 Rechtsquellen

Spezielle Regelungen zum Recht des Facility Management finden sich im BGB nicht. Der Facility Management-Vertrag ist im BGB als **Vertragstyp nicht** definiert und normiert.

Jedoch unterliegen alle Teilgebiete des Facility Management Gesetzen, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, technischen Regelwerken wie z.B. DIN-Normen. Dabei ist zwischen den Normen, die die zivil-, insbesondere die vertragsrechtliche Beziehung der Beteiligten regeln, und den öffentlich-rechtlichen Normen wie z.B. den Arbeitsschutzvor-

15 OLG Köln, Urt. v. 10.03.1976 – 2 U 135/75, VersR 1976, 1182; weitergehend Najork, in: Rechts-handbuch Facility Management, S. 5 f.

schriften oder umweltrechtlichen Vorschriften zu unterscheiden, die allerdings auch im Rahmen der zivilrechtlichen Vertragsgestaltung z.B. im Hinblick auf die Betreiberverantwortung¹⁶ zu beachten sind. Gem. Tab. 3.3 wichtigste Rechtsgrundlagen seien einführend beispielhaft genannt:

Tab. 3.3 Wichtigste Rechtsgrundlagen

Technisches Facility Management	Kaufmännisches Facility Management	Infrastrukturelles Facility Management
Reparatur/Instandhaltung/ Instandsetzung/Sanierung inkl. Planung (Werk-, Bau- und Architektenvertrags- recht, HOAI, §§ 631 ff. BGB, VOL/B, VOB/B, VOB/C und sonstige allgemeinen tech- nischen Regelwerke wie z.B. DIN-Normen)	Vermietung (Mietvertrags- recht: §§ 535 ff. BGB, Be- triebs- und HeizkostenVO) Steuern (EStG, UStG)	Flächenmanagement (DIN 283, GiF-Richtlinien) Arbeitsschutz (ArbSchG) Reinigungs- und Wachdienste (Werk- oder Dienstvertrags- recht: §§ 611, 631 ff. BGB)
Energie und Umwelt (EnEG und EnEV)		

- 31 Ergänzend sei erwähnt, dass es sich bei der VOB/B und VOL/B um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, deren Einbeziehung vertraglich vereinbart werden muss, anderenfalls sie nicht Vertragsbestandteil werden.
- 32 Hinzu kommen vergaberechtliche Vorschriften, die bei der Vergabe von Facility Management-Leistungen durch die öffentliche Hand zu beachten sind (GWB, VOL/A, VOB/A, SektVO, etc.), und Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung haben können.
- 33 Daneben gibt es Regelwerke, die zur Strukturierung und Systematisierung des Facility Management, der Schaffung einer „gemeinsamen Sprache“, der Vereinheitlichung und Standardisierung und der Formulierung eines „Standes der Technik“ dienen. Beispielhaft seien hierfür folgende Regelwerke aufgeführt:

- **DIN EN 15 221:**

Dabei handelt es sich um eine Normenreihe aus mehreren Teilen, welche sich umfangreich mit dem Thema Facility Management auseinandersetzt. Dabei dient die DIN EN 15 221-1 insbesondere der Definition und Strukturierung der Inhalte des Facility Management. Die DIN EN 15 221-2 ist ein Leitfaden für die Ausarbeitung von vertraglichen Vereinbarungen in Bezug auf Facility Management-Leistungen (weiterhin: DIN EN 15 221-3: Leitfaden für Qualität im Facility Management; DIN EN 15 221-4: Taxonomie, Klassifikation und Strukturen im Facility Management; DIN EN 15 221-5: Leitfaden für Facility Management-Prozesse; DIN EN 15 221-6: Flächenbemessung im Facility Management).

¹⁶ Siehe Rdn. 99 ff.

- **DIN EN ISO 9000:**

Diese Norm definiert qualitäts-, management-, organisations-, prozess- und produktbezogene Begriffe.

- **DIN 32736:**

Diese Norm definiert Begriffe und Leistungen des Gebäudemanagements.

- **GEFMA – Richtlinie 100-1:**

Die Richtlinie definiert den Begriff „Facility Management“ und nimmt eine systematische Einordnung vor.

- **GEFMA – Richtlinie 100-2:**

Die Richtlinie stellt anhand eines Leistungsspektrums alle möglichen Facility Management-Leistungen aus allen Lebenszyklusphasen dar. Dies soll dem Kunden die Möglichkeit geben, das Profil des von ihm gewünschten Facility Management-Spektrums zusammenzustellen und auf dieser Grundlage eine seinen Bedürfnissen entsprechende vertragliche Vereinbarung zu treffen.

Daneben sei auch auf die weitergehenden GEFMA-Richtlinien verwiesen (z.B. auch zur Betreiberverantwortung, GEFMA-Richtlinie 190). 34

Problematisch ist, dass sich aus den einschlägigen Gesetzen, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, etc. auf der einen und dem Facility Management-spezifischen Richtlinienwerk auf der anderen Seite Differenzen im Verständnis wichtiger Begriffe und Inhalte ergeben können. Diese Differenzen sind mitursächlich darin begründet, dass es weder eine Facility Management-bezogene Gesetzgebung noch eine normierte Begriffsdefinition gibt. 35

Beispielhaft sei der Begriff der Instandhaltung angeführt. DIN 31051 erläutert diesen Begriff hinsichtlich seiner technischen Inhalte und definiert ihn als Oberbegriff für die Teilleistungen Inspektion, Wartung, Instandsetzung und Verbesserung. Demgegenüber kennen das Handelsgesetzbuch (§ 255 HGB) und die Steuergesetzgebung (EStG und 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. Ähnliches gilt für den Begriff „Betriebskosten“. Unterschiede ergeben sich diesbezüglich aus der DIN 18 960 und der Betriebskostenverordnung.¹⁷ 36

Solche unterschiedlichen Begrifflichkeiten, aber auch Lücken im gesetzlichen Regelwerk sind insbesondere bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen. Es ist im Rahmen der Vertragsgestaltung also sicherzustellen, dass etwaig unterschiedliche Definitionen und fehlende gesetzliche Grundlagen durch vertragsrechtliche Regelungen klargestellt bzw. geschaffen werden, so dass das tatsächlich Gewollte auch rechtlich durchgesetzt und eingefordert werden kann. 37

¹⁷ Weitergehend Glauche, in: Zehrer/Sasse, Bd. 1 Kap. 2.1.2 S. 10.

3.2.2 Die rechtliche Qualifikation des Facility Management-Vertrages

- 38 Selbst wenn das Facility Management als Managementdisziplin angesehen¹⁸ und dabei in betriebswirtschaftlicher Hinsicht auf deren Kunden-, Service- und Prozessorientierung verwiesen wird, sagt dies nichts darüber aus, um welchen Vertragstyp es sich beim Facility Management-Vertrag in rechtlicher Hinsicht handelt. Dies ist vielmehr für jeden Einzelfall anhand der konkreten Leistungspflichten zu bestimmen.¹⁹ Alleine aus dem Umstand, dass das Facility Management nach seinem Selbstverständnis dienstleistungsorientiert ist, folgt jedenfalls nicht, dass es sich bei Facility Management-Verträgen zwingend um Dienstverträge im Sinne der §§ 611 BGB ff. handelt. Darüber hinaus ist für die rechtliche Qualifizierung nicht entscheidend, wie die Vertragsparteien den Vertrag bezeichnen. Die Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp erfolgt im Rahmen der Auslegung des Vertragswerkes ausschließlich anhand objektiv zu bestimmender Kriterien.

3.2.2.1 Geschäftsbesorgung (§ 675 Abs. 1 BGB)

- 39 Geschäftsbesorgung ist jede selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Interessen, vor allem Vermögensinteressen.²⁰ Der Facility Management-Vertrag ist jedenfalls in der Ausprägung des vollumfänglichen Facility Management-Vertrages, welcher zahlreiche Leistungsbilder aus dem Drei-Säulen-Modell zum Gegenstand hat, als **Geschäftsbesorgungsvertrag** anzusehen, zumal der Facility Manager im Regelfall selbstständig tätig wird, weil er z.B. im Rahmen des Technischen Gebäudemanagement die technischen Anlagen eigenverantwortlich betreibt und hierzu die notwendigen Wartungen eigenständig plant und durchführt.²¹ Die rechtliche Qualifizierung als Geschäftsbesorgungsvertrag ist in Bezug auf den insoweit vergleichbaren Hausverwaltervertrag höchst richterlich entschieden.²²
- 40 Da § 675 Abs. 1 BGB sowohl auf Dienst- wie Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, Anwendung findet und für diesen Fall die jeweiligen Dienst- oder Werkvertragsvorschriften lediglich um einige weniger ins Gewicht fallende Regelungen ergänzt, ist letztendlich aber entscheidend, ob im konkreten Fall das dienst- oder werkvertragliche Element vertragsbestimmend ist, da hiervon z.B. abhängt, ob der Facility Manager verschuldensabhängig (Dienstvertrag) oder verschuldensunabhängig (Werkvertrag) haftet.
- 41 Im Regelfall wird es sich beim Facility Management-Vertrag um einen sog. gemischten Vertrag handeln. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Facility Management-Vertrag Leistungen aus mehreren Bereichen des Facility Management zum Gegenstand hat. Bei einem solchen **gemischten Vertrag** sind verschiedene Vertragstypen derart miteinander

18 GEFMA-Richtlinie 100-1.

19 Palandt/Grüneberg, § 241 Rn. 1.

20 Palandt/Sprau, § 675 Rn. 2 m.w.N.

21 Forster/Schielein, Rechtliche Aspekte des Facility Managements, ZfIR 2016, 213 (219); Najork, Der Facility Management-Vertrag, NJW 2006, 2881, 2882.

22 BGH, Urt. v. 20.11.1997 – III ZR 310/95, NJW 1998, 680, 681.

der verbunden, dass sie nur in ihrer Gesamtheit ein sinnvolles Ganzes ergeben (z.B. im Rahmen des Technischen Gebäudemanagement Wartung, Reparatur, Instandsetzung und Instandhaltung als werkvertragliche Elemente und Inspektion als dienstvertragliches Element).

Die rechtliche Behandlung eines solchen Vertrages ist zwar umstritten. Jedoch erscheint es zweckmäßig, für jede Leistung die Vorschriften des entsprechenden Vertragstyps heranzuziehen. Kollidieren die Vorschriften des jeweiligen Vertragstyps, ist das Recht des Vertragstyps heranzuziehen, der den rechtlichen oder wirtschaftlichen Schwerpunkt bildet.²³ Letztendlich kommt es auf eine Einzelfallbetrachtung an, wobei sich aus Sicht des Auftraggebers eine vertragliche Regelung empfiehlt, dass die Parteien im Zweifel davon ausgehen, dass ein werkvertraglicher Erfolg geschuldet ist. 42

3.2.2.2 Werk- und Bauvertrag (§§ 631 BGB ff., §§ 650a BGB n.F. ff.)

Im Werk- und Bauvertragsrecht ist gemäß § 631 Abs. 1 BGB anders als im Dienstvertragsrecht keine Dienstleistung, sondern ein Erfolg geschuldet. In einem Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung und Verschaffung des versprochenen individuellen Werkes. Das Besondere am Werk- und Bauvertrag ist also seine **Erfolgsbezogenheit**. Dies bedeutet, dass seitens des Unternehmers der vertraglich versprochene Leistungserfolg geschuldet wird. Die Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages bedeutet, dass der Unternehmer den vertraglich versprochenen Leistungserfolg herbeiführen muss, ohne dass es darauf ankommt, welchen (zeitlichen und/oder finanziellen) Aufwand er für die Herbeiführung des Werkerfolges betreiben muss. Da jeder Werkvertrag ein Leistungsversprechen beinhaltet, ist es ebenfalls ohne Bedeutung, ob der Unternehmer ohne sein Verschulden daran gehindert ist, diesen Leistungserfolg herbeizuführen. 43

Gemäß § 631 Abs. 2 BGB ist Gegenstand des Werkvertrags weiterhin sowohl die Herstellung und Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg. In diesem Sinne werkvertraglich zu qualifizierende Facility Management-Leistungen sind z.B. **Reparatur**-²⁴ wie auch **Instandsetzungs-** und **Instandhaltungsleistungen** vor allem im Bereich des Technischen Gebäudemanagement. Dies gilt wohl auch für die Einordnung von **Wartungsleistungen**, da diese im Werkvertragsrecht ausdrücklich unter § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB erwähnt sind.²⁵ Darüber hinaus wird im Rahmen der Wartung nicht nur eine reine Dienstleistung im Sinne der Durchführung ordnungsgemäßer Wartungsarbeiten, sondern auch ein Erfolg in Form der Sicherstellung der Soll-Beschaffenheit geschuldet. Ein anderes Ergebnis wird regelmäßig nur dann vertretbar sein, wenn sich aus dem Vertrag selbst hinreichend deutlich ergibt, dass der Wartungsunternehmer ausnahmsweise nur die Durchführung von Maßnahmen, nicht aber deren Erfolg schuldet. Anderer Ansicht ist insoweit Najorks. Nach seiner Auffassung bezwecke die Wartung gebäudetechnischer Anlagen lediglich den Erhalt des Soll-Zustands. Der maßgebliche Erfolg liege nach seiner Auffassung darin, dass die gewartete Anlage weiter- 44

²³ Palandt/Grüneberg, Überbl v § 311 Rn. 25 f. m.w.N.

²⁴ Palandt/Sprau, Einf v § 631 Rn. 26 m.w.N.

²⁵ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 26.03.1973 – 18 U 139/72, VersR 1974, 392 (Ls).

hin störungsfrei betrieben werden kann. Dieser Soll-Zustand bestehe bereits zu Beginn der Wartung. Der Erfolg solle demnach lediglich erhalten und nicht erst durch die Wartungsleistung hergestellt werden.²⁶ Dagegen spricht jedoch, dass die Wartung nicht nur der Aufrechterhaltung des Soll-Zustands, sondern auch dessen Verlängerung dient und gerade darin der eigenständige Erfolg einer Wartungsleistung zu sehen ist. Folgerichtig werden als Wartung gemäß DIN 31 051 (Stand 2003) alle Maßnahmen zur Verzögerung des Abbaus des vorhandenen Abnutzungsvorrates der Betrachtungseinheit verstanden. Sie ist daher Teil der Instandhaltung.

- 45 Eine Facility Management-Leistung ist als bauvertragliche Leistung anzusehen, die im Zusammenhang mit der Realisierung einer Bauleistung stehen. Dies gilt insbesondere für bauliche Instandsetzungs- und Instandhaltungsleistungen. Für FM-Bauleistungen gilt ab dem 01.01.2018 das neue Bauvertragsrecht (§§ 650a ff. BGB).

3.2.2.3 Dienstvertrag (§§ 611 BGB ff.)

- 46 Soweit kein Erfolg geschuldet ist, ist lediglich die Erbringung von (Dienst-)Leistungen gemäß § 611 Abs. 1 BGB geschuldet. Gegenstand des infrastrukturellen Facility Managements sind vor allem Dienstleistungen, also solche Leistungen, die nicht auf einen (Werk-) Erfolg ausgerichtet sind, sondern lediglich die Erbringung der Arbeitsleistung erfordern. Hierunter fallen Dienste aller denkbaren Art wie z.B. **Hausverwaltungs-, Gartenpflegeleistungen, 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). Maßgebliches Kriterium ist insoweit, dass sich das Werkvertragsrecht durch seine Erfolgsbezogenheit auszeichnet, also ein konkreter Erfolg geschuldet ist, während sich das Dienstvertragsrecht leistungsbezogen darstellt. Arbeitsverträge sind vertragsrechtlich als Dienstverträge zu qualifizieren, auf welche Sondervorschriften wie z.B. das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) anwendbar sind.
- 47 Der **Gebäudereinigungsvertrag** ist, auch wenn Tätigkeiten im Sinne von Leistungen geschuldet sind, demgegenüber in aller Regel als **Werkvertrag** zu qualifizieren, da der Verpflichtete mit von ihm auszusuchendem Personal die Sauberkeit von Räumen schuldet, ohne dabei den Weisungen des Auftraggebers zu unterliegen.²⁷ Dies entspricht auch der üblichen Interessenlage der Vertragsparteien, wonach üblicherweise ein bestimmter Reinigungserfolg geschuldet sein soll. Eine bloße Tätigkeit ohne konkreten Erfolg (und damit Dienstvertragsrecht) wird nur in Einzelfällen von den Vertragsparteien gewollt und damit vereinbart sein. Die Qualifizierung als Werkvertrag ergibt sich im Einzelfall aus der Vertragsauslegung, insbesondere der Leistungsbeschreibung, welche über Ort, Häufigkeit und Art und Umfang der Reinigungsmaßnahmen den Reinigungserfolg definiert. Dass ein bestimmter Erfolg (und nicht bloß eine Tätigkeit) geschuldet ist, kann insbesondere daraus folgen, dass der Vertrag mehrmals auf die Qualität der Reinigung Bezug nimmt. Selbst

26 Najork, Der Facility Management-Vertrag, NJW 2006, 2881, 2882.

27 OLG Köln, Beschl. v. 12.04.2012 – 19 U 215/11, IBR 2012, 676 (Stemmer und Schrammel) m.w.N.

wenn sich aus der Vereinbarung die Verpflichtung des Auftragnehmers ergibt, neben dem Reinigungserfolg eine bestimmte Anzahl von Monatsarbeitsstunden zu erbringen, ergibt sich nichts anderes. Allenfalls kommt in Betracht, dass die Unterschreitung der vereinbarten Monatsarbeitsstundenzahl eine Beweiserleichterung für die Mangelhaftigkeit der Reinigungsleistung darstellt.

Fraglich ist im Rahmen des Technischen Gebäudemanagements vor allem, ob **Inspektionen** dienst- oder werkvertraglich zu qualifizieren sind. Die Inspektion dient der Feststellung des ordnungsgemäßen Zustandes eines Gegenstandes, eines Sachverhaltes oder einer Einrichtung. Bei technischen Systemen ist die Inspektion ein Bestandteil der Instandhaltung. Gemäß DIN 31 051 umfasst die Inspektion Maßnahmen zur Beurteilung des Ist-Zustandes von technischen Mitteln eines Systems. Die Inspektion an sich ist daher auf Grundlage der vorstehenden Definition als reine Überprüfungshandlung dienstvertraglich zu beurteilen, auch wenn sie funktional als erster Schritt der Instandsetzung oder Verbesserung betrachtet werden kann.²⁸ 48

Ebenso dienstvertraglich zu qualifizieren ist die Verpflichtung zum **Betrieb** von Anlagen, weil der Auftraggeber nicht ohne ausdrückliche Verpflichtung des Auftragnehmers davon ausgehen kann, dass der Auftragnehmer für die ständige Verfügbarkeit der betriebenen Anlagen eintreten will.²⁹ 49

3.3 Der Vertragsschluss bei Facility Management-Vertrag

Mit Vertragsschluss legen die Vertragsparteien den Vertragsgegenstand und somit insbesondere auch den vertraglich geschuldeten Leistungsinhalt und -umfang fest. Änderungen des Leistungsgegenstandes sowie des Leistungsinhalts und -umfangs sind nach Vertragsschluss nur noch über nachträgliche Ergänzungsvereinbarungen oder z.B. vertraglich vereinbarte Anordnungsrechte der VOB/B und VOL/B oder gesetzliche Anordnungsrechte (z.B. § 650 b BGB n. F.) möglich. Da die Ausübung des Anordnungsrechts mit finanziellen Folgen verbunden ist, ist auf eine rechtssichere Vertragsgestaltung größte Sorgfalt zu verwenden. 50

3.3.1 Angebot und Annahme

Der Facility Management-Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen – **Angebot** und **Annahme** – zu Stande. Denkbar ist auch, dass das Verhandlungsstadium dadurch eingeleitet wird, dass zunächst der Auftraggeber einen oder mehrere Bieter zur Abgabe eines Angebotes auffordert. 51

28 Najork, Der Facility Management-Vertrag, NJW 2006, 2881, 2882.

29 Najork, Der Facility Management-Vertrag, NJW 2006, 2881, 2882.

- 52 Diese Aufforderung ist weder für den Auftraggeber noch den Bieter verbindlich. Erst wenn der Bieter sein Angebot abgibt, ist er gemäß § 145 BGB daran gebunden. Werden Angebote nicht rechtzeitig angenommen, so erlöschen sie (vgl. §§ 146 ff. BGB). Die verspätete, also nicht rechtzeitige Annahme stellt ein neues Angebot dar, welches wiederum anzunehmen ist (§ 150 Abs. 1 BGB). Deshalb ist es dringend zu empfehlen, bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe (oder falls dort nicht bestimmt, im Angebot selbst) eine Bindefrist zu erklären.
- 53 Häufig, aber rechtlich problematisch ist die Fallkonstellation, dass ein Angebot mit Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen mit der Annahmeerklärung angenommen wird. Eine solche Annahme gilt gemäß § 150 Abs. 2 BGB in rechtlicher Hinsicht als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag. Dieses neue Angebot ist im Hinblick auf das Zustandekommen eines wirksamen Vertrages vom ursprünglichen Anbieter anzunehmen.
- 54 Daher sollte die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes dahingehend ausgestaltet sein, dass das Angebot einen eindeutigen Inhalt hat und nur noch mit einem „Ja“ angenommen werden muss. Werden trotzdem noch Verhandlungen geführt, welche zu Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen des Angebotes führen, so kommt der Vertrag mit dem verhandelten oder später erklärten Inhalt zu Stande. Hierüber ist zu Beweis- und Dokumentationsfunktion ein Verhandlungsprotokoll zu erstellen und von den Vertragsparteien zu unterzeichnen. Dieses sollte vorrangiger Vertragsbestandteil werden.

3.3.1.1 Formfreiheit des Facility Management-Vertrages

- 55 Der Facility Management-Vertrag unterliegt grundsätzlich keinen Formvorschriften. Er kann somit auch mündlich geschlossen werden. Dennoch ist dringend anzuraten, Facility Management-Verträge in jedem Fall schriftlich abzuschließen. Dies empfiehlt sich vor allem zu Beweis Zwecken vor dem Hintergrund der Komplexität der im Facility Management-Vertrag begründeten Leistungspflichten.
- 56 Aufgrund des Umstandes, dass für Facility Management-Verträge dem Grundsatz nach keine bestimmte Form vorgesehen ist, können vertragliche Bindungen sogar durch konkludente Handlungen entstehen. So kann ein Vertragsangebot alleine dadurch angenommen werden, dass mit der Leistungserbringung begonnen wird bzw. die Leistungen des Facility Managers unwidersprochen entgegengenommen werden. Dies sollte im Hinblick auf eine rechtssichere Abwicklung des Vertragsverhältnisses für beide Seiten in jedem Fall vermieden werden, anderenfalls Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Vertragsinhalts vorprogrammiert sind.
- 57 Weiterhin sollte vertragsrelevanter Schriftverkehr nach abgeschlossenen Vertragsverhandlungen vermieden werden. (Bestätigungs-)Schreiben, die den Inhalt der Verhandlungen zusammenfassen oder wiedergeben, sind in jedem Fall inhaltlich genau zu prüfen. Widerspricht nämlich der Vertragspartner einem solchen Schreiben nicht unverzüglich, kann es sein, dass ein Vertrag mit dem darin behaupteten Inhalt zu Stande kommt, selbst wenn bei den Vertragsverhandlungen tatsächlich keine Einigung erzielt wurde und in dem Schreiben das Ergebnis der Vertragsverhandlungen nicht korrekt wiedergegeben wird. Daher

sollten sich die Vertragsparteien bei Vertragsverhandlungen stets eine schriftliche Abfassung vorbehalten.

3.3.1.2 Bestimmung des Leistungssolls

Das **Leistungssoll** ist die Definition des durch die Gesamtheit der Vertragsunterlagen nach Leistungsinhalt und den Leistungsumständen festgelegten, vom Facility Manager zur Erreichung des geschuldeten Erfolges zu erstellenden Werkes bzw. der zu erbringenden Leistung. Der Leistungsinhalt bestimmt das „Was“ der geschuldeten Leistungserbringung, die Leistungsumstände bestimmen das „Wie“ der Leistungsausführung.³⁰ 58

Das Leistungssoll wird durch die Willenserklärungen (Angebot, Annahme) der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestimmt. Sind diese Erklärungen, also der Vertragstext nebst seinen Anlagen nicht vollständig, klar, eindeutig und unmissverständlich formuliert oder geben diese das von den Vertragsparteien Gewollte nicht oder nicht vollständig wieder, wird die Wirksamkeit des Vertragsschlusses hierdurch grundsätzlich nicht berührt. Allerdings ist das Leistungssoll in diesen Fällen durch Auslegung des Vertrages und seiner kompletten Anlagen zu ermitteln. 59

Bei der Auslegung des Vertrags ist in erster Linie von dem von den Vertragsparteien gewählten Wortlaut auszugehen. Dabei ist vor allem der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille, so wie ihn der Vertragspartner verstehen musste/durfte, entscheidend (grammatikalische Auslegung). Gemäß §§ 133, 157 BGB beschränkt sich die Auslegung aber nicht nur auf den Wortlaut, selbst wenn dieser klar und eindeutig ist. Vielmehr ist der Vertrag darüber hinaus als sinnvolles Ganzes auszulegen (systematische Auslegung). Schließlich spielen im Rahmen der Auslegung auch die außerhalb der Erklärung liegenden Begleitumstände sowie die Interessenlage der Vertragsparteien eine Rolle. Dies gilt vor allem für die Auslegung eines widersprüchlichen oder lückenhaften Vertragstextes.³¹ Bei Streitigkeiten erfolgt die Auslegung durch einen „objektiven Dritten“ (ordentliches Gericht, Schiedsgericht, etc. ggf. mit sachverständiger Hilfe). Da das Auslegungsergebnis nur schwerlich vorhergesehen werden kann, ist bei der Vertragsgestaltung größtmögliche Sorgfalt auf eine eindeutige Beschreibung des Leistungssolls zu legen. 60

3.3.1.3 Abbruch von Vertragsverhandlungen

Im Rahmen von Vertragsverhandlungen ist jede Partei grundsätzlich frei, ob sie den angestrebten Vertrag tatsächlich abschließt. Daher kann jede Partei die Vertragsverhandlungen bis zu einem bestimmten Punkt jederzeit abbrechen, auch wenn die andere Partei bereits erhebliche Aufwendungen im Hinblick auf den Vertragsschluss (z.B. Erstellung der Vertragsunterlagen, Objektbegehung, etc.) getätigt hat. Etwaige Kosten für Angebotserstellung und Verhandlungen sind in der Regel nicht zu erstatten. 61

Für den Abbruch von Vertragsverhandlungen sind alle vernünftigen Erwägungen ausreichend. Hierzu gehören z.B. auch die Vorlage eines wirtschaftlicheren Angebots durch ei- 62

30 In Anlehnung an das private Baurecht, vgl. Kapellmann/Schiffers, Bd. 1 Rn. 4.

31 Palandt/Ellenberger, § 133 Rn. 14 ff.

nen Dritten oder die etwaige Verschlechterung von Geschäftschancen. Die Grenzen, bei der sich eine Partei unredlich verhält und damit Ersatzansprüche entstehen können, werden in der Praxis kaum erreicht, obwohl § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB regelt, dass ein Schuldverhältnis bereits mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründet wird und alleine dadurch wechselseitige Rücksichtspflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB entstehen. Daraus resultierende Konsequenzen für den Fall der Verletzung dieser Rücksichtspflichten im Falle eines Abbruchs der Vertragsverhandlungen sind in der Regel aber nur dann anzunehmen, wenn eine Partei in zurechenbarer Weise ein qualifiziertes Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages geweckt hat,³² gleichwohl aber z.B. ihre Abschlussbereitschaft nur vortäuscht oder sich bereits anderweitig entschieden hat und dies dem Verhandlungspartner gleichwohl nicht mitteilt. Somit ist der Vertragspartei, die im Verhandlungsstadium erhebliche Aufwendungen tätigt, anzuraten, zumindest ihre Aufwendungen nachvollziehbar zu dokumentieren. Auch der Abschluss eines Vorvertrages kann bei Facility Management-Verträgen mit erheblicher Laufzeit bzw. Vergütungsvolumen unter diesem Gesichtspunkt sinnvoll sein.

3.3.2 Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

- 63 Die Standardisierung und Formalisierung von Vertragswerken sind auch im Facility Management der Regelfall. Allerdings geht damit zwingend einher, dass die Vertragsparteien vielfach **Allgemeine Geschäftsbedingungen** (AGB) verwenden, auch wenn ihnen dieser Umstand oftmals nicht bewusst sein wird. AGB sind alle Vertragsbedingungen, die für eine Verwendung in einer Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und die bei Abschluss eines Vertrages eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei stellt (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). Hierunter fallen auch die VOB/B und VOL/B. Vor dem Hintergrund dieser Definition sind standardisierte Verhandlungsprotokolle oder Vertragstexte wie auch Formulierungen z.B. in Bestellschreiben oder in Anschreiben zur Angebotslegung und Allgemeine Einkaufsbedingungen, etc. AGB in diesem Sinne.
- 64 AGB unterliegen gemäß §§ 307 ff. BGB der sog. Klauselkontrolle. Diese inhaltliche Kontrolle von AGB anhand des gesetzlichen Leitbildes kann zu einer Unwirksamkeit der Klauseln im Einzelfall führen. Vereinfacht ausgedrückt müssen AGB die vom Gesetz gewollte Ausgewogenheit vertraglicher Beziehungen berücksichtigen, anderenfalls sind sie unwirksam. Eine geltungserhaltende Reduktion einer Klausel auf das gerade noch zulässige Maß scheidet hingegen aus. Der Regelungsgehalt einer unwirksamen Klausel kann demgemäß nicht auf das gerade noch zulässige Maß reduziert werden. Etwas anderes kommt allenfalls nur in Betracht, wenn sich die Klausel inhaltlich teilen lässt und ein wirksamer Rest verbleibt, dem noch ein eigenständiger Sinn zukommt (sog. blue-pencil-Test). Die Unwirksamkeit einer Klausel wirkt sich jedoch nicht auf den Bestand, also die Wirksamkeit des Vertrags im Gesamten aus. An die Stelle einer unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche Regelung. Gibt es eine solche gesetzliche Regelung nicht, ist die entstandene Vertragslücke durch Auslegung des Vertrages zu schließen (vgl. § 306 BGB).

32 Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 31.

Individualvertraglich vereinbarte Regelungen sind dagegen nicht für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert. Vielmehr werden diese von den Parteien gemeinsam ausgehandelt (vgl. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). Ein **Aushandeln** in diesem Sinne liegt allerdings nur vor, wenn die Regelung vom Verwender zwar vorgeschlagen, aber dennoch ernsthaft zur Disposition gestellt wird. Hierzu reicht ein irgendwie geartetes Verhandeln oder Erörtern nicht aus.³³ Hierzu wird es in der Regel auch nicht ausreichend sein, wenn z.B. Vertragswerke elektronisch mit der Möglichkeit zur Änderung an die Gegenseite übersendet werden. Der Verwender einer Vertragsklausel hat das Aushandeln darzulegen und zu beweisen. 65

Aufgrund der Möglichkeit der Unwirksamkeit von Klauseln und der daraus resultierenden Auswirkungen auf das gesamte Vertragswerk ist bei der Vertragsgestaltung Vorsicht geboten. Es ist daher deutlich Wert darauf zu legen, dass AGB rechtssicher sind. Zumindest hat sich der Verwender darüber im Klaren zu sein, welche Auswirkungen eine etwaige Unwirksamkeit auf den Vertrag hat. Zu beachten ist dabei, dass individuelle Abreden stets Vorrang vor AGB genießen (§ 305b BGB). Dieser Grundsatz kann durch AGB nicht ausgeschlossen werden. 66

3.3.2.1 Erscheinungsbild von AGB

Für die Einordnung als AGB kommt es auf deren äußeres Erscheinungsbild nicht zwingend an. Dementsprechend können AGB selbst dann vorliegen, wenn sie handschriftlich verfasst sind. Liegt ein Vertrag mit zahlreichen formelhaften Klauseln vor, so spricht der Anschein dafür, dass es sich im Ganzen um AGB handelt, selbst wenn in einzelnen Abschnitten die Möglichkeit handschriftlicher Eintragungen vorgesehen ist. Woher die vorformulierten Klauseln stammen, ist unerheblich. AGB liegen auch vor, wenn die Regelungen aus einer Textsammlung oder einem anderen Vertragstext übernommen wurden. Gleichgültig ist auch, von wem die vorformulierten Klauseln stammen. Greift ein Auftraggeber auf Mustervertragswerke z.B. der GEFMA oder eines Anwalts zurück, so liegen AGB vor und er wird Verwender der Klauseln. Sein Vertragspartner kann sich somit ggf. auf deren Unwirksamkeit berufen. 67

3.3.2.2 Einbeziehung von AGB

AGB werden nur dann Vertragsbestandteil, wenn sie gemäß § 305 Abs. 2 BGB wirksam einbezogen werden. Anders als bei Verträgen mit Verbrauchern müssen die AGB bei Verträgen zwischen Unternehmern gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB dem Vertragsangebot nicht beigelegt sein. Es genügt insoweit jede auch stillschweigend erklärte Willensübereinstimmung.³⁴ 68

Probleme ergeben sich vor allem, wenn die beiden Vertragspartner einander widersprechende AGB verwenden. Die Rechtsfolgen in dieser Konstellation sind in Rechtsprechung 69

33 Forster/Schielein, Rechtliche Aspekte des Facility Managements, ZfR 2016, 213 (219); Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 20 m.w.N.

34 Palandt/Grüneberg, § 310 Rn. 4.

und Literatur nicht abschließend geklärt. Vertreten wird, dass die AGB beider Vertragspartner nur insoweit Vertragsbestandteil werden, als diese übereinstimmen. Anderenfalls liegt ein Dissens vor.³⁵ Letztendlich besteht daher die Gefahr der Unwirksamkeit der eigenen Regelungen. Kommt es also einer Seite unbedingt auf die Einbeziehung ihrer AGB an, so sollte sie ihre AGB ausdrücklich in den Vertrag einbeziehen und somit zum Vertragsbestandteil machen und die Geltung der AGB des Vertragspartners ausdrücklich ausschließen.

3.3.2.3 Unwirksamkeit von AGB

- 70 AGB sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB), insbesondere indem sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sind (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, derart einschränken, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Daneben kann sich eine unangemessene Benachteiligung und damit Unwirksamkeit der AGB auch daraus ergeben, dass diese nicht klar und verständlich sind (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB: Verstoß gegen das Transparenzgebot). § 307 BGB stellt die Generalklausel dar. In §§ 308, 309 BGB sind darüber hinaus konkrete Unwirksamkeitsgründe aufgeführt. Sie finden zwar gegenüber Unternehmern keine unmittelbare Anwendung, ihnen kommt aber hinsichtlich der Prüfung einer unangemessenen Benachteiligung im Rahmen des § 307 BGB eine Indizwirkung zu. Die Rechtsfolge einer etwaigen Unwirksamkeit ergibt sich aus § 306 BGB.
- 71 Daneben finden sich in § 305c BGB Sonderregeln zu überraschenden und mehrdeutigen Klauseln.

a) Überraschende Klauseln

- 72 Gemäß § 305c Abs. 1 BGB dürfen AGB nicht überraschend oder mehrdeutig sein. Sie dürfen nach den Umständen, insbesondere dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages nicht so ungewöhnlich sein, dass der Vertragspartner nicht mit ihnen zu rechnen braucht (Überraschungsmoment).
- 73 Dadurch soll vermieden werden, dass AGB in Widerspruch zur berechtigten Erwartungshaltung des Vertragspartners stehen und ihn überrumpeln. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn die Klausel im Vertragstext kaum auffindbar oder thematisch falsch eingeordnet ist.³⁶
- 74 Dem kann bei der Vertragsgestaltung entgegen gewirkt werden. Nicht überraschend ist eine Klausel regelmäßig, wenn
- sie drucktechnisch so angeordnet wird, dass eine Kenntnisnahme zu erwarten ist oder
 - der Vertragspartner sie kennt oder mit einer solchen rechnen muss.

35 Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 54.

36 Palandt/Grüneberg, § 305c Rn. 4.

b) Mehrdeutige Klauseln

AGB müssen transparent und verständlich sein. Alleine die Unverständlichkeit einer Klausel kann gemäß § 307 BGB zu deren Unwirksamkeit führen. AGB müssen verständlich und bestimmt formuliert und nicht zur Irreführung geeignet sein. Ein durchschnittlicher Vertragspartner, d.h. ein aufmerksamer und sorgfältiger Vertragspartner muss die Nachteile und Belastungen einer Klausel erkennen können. 75

Keine Intransparenz liegt vor, wenn eine Bestimmung zwar verständlich formuliert ist, aber mehrere Deutungsmöglichkeiten zulässt. In diesem Fall bleibt die Klausel wirksam. Die Zweifel bei der Auslegung der Klausel gehen gemäß § 305c BGB aber in jedem Fall zu Lasten des Verwenders. Führt die kundenfeindlichste Auslegung nicht zur Unwirksamkeit der AGB, gilt die kundenfreundlichste Auslegung.³⁷ 76

c) Beispiele für wirksame und unwirksame Klauseln

Die Rechtsprechung zur (Un-)Wirksamkeit von AGB ist ständig im Fluss. Es gibt eine nahezu unüberschaubare Kasuistik. Daher ist die rechtliche Unterstützung bei der Gestaltung von Musterverträgen oder sonstigen Vertragsbedingungen unumgänglich. Beispielfhaft sei nachfolgend auf folgende Spezialprobleme eingegangen, die in der Praxis eine erhebliche Rolle spielen können. 77

aa) VOB/B und VOL/B

Sowohl VOB/B als auch VOL/B stellen Allgemeine Geschäftsbedingungen dar, die einer Klauselkontrolle unterliegen können. Gegenüber einem Unternehmer kann die VOB/B gemäß § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB ohne inhaltliche Abweichungen in den Vertrag einbezogen werden, ohne dass eine Klauselkontrolle gemäß § 307 BGB stattfindet. Voraussetzung ist aber, dass die VOB/B als Ganzes vereinbart wird. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB gilt dies nicht für die VOL/B. Diese unterliegt also in jedem Fall einer Klauselkontrolle. 78

Vereinbaren die Vertragsparteien jedoch Abweichungen von der VOB/B, führt dies zu einer Klauselkontrolle in Bezug auf die gesamte VOB/B, also auch in Bezug auf die nicht veränderten Vorschriften und zwar unabhängig davon, welches Gewicht die vereinbarten Änderungen haben.³⁸ Ob die VOB/B noch als Ganzes vereinbart ist, wenn von einzelnen „Kann“-Bestimmungen (sog. Öffnungsklauseln) abgewichen wird, ist umstritten.³⁹ 79

Problematisch ist, dass zahlreiche Klauseln der VOB/B sowie der VOL/B einer Klauselkontrolle nicht standhalten, also unwirksam sind (z.B. § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B: Ausschlusswirkung bei Schlusszahlungshinweisen).⁴⁰ 80

³⁷ Palandt/Grüneberg, § 305c Rn. 18 m.w.N.

³⁸ BGH, Urt. v. 10.05.2007 – VII ZR 226/05, NJW-RR 1317, 1318.

³⁹ Zum Streitstand in Bezug auf § 16 Abs. 4 Nr. 1 Satz 1 VOB/B: OLG Dresden, Beschl. v. 13.12.2007 – 12 U 1498/07, IBR 2008, 94; OLG Brandenburg, Urt. v. 08.11.2007 – 12 U 30/07, IBR 2008, 320 m.w.N. (Wronna).

⁴⁰ Vgl. hierzu Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 144 m.w.N.

bb) Vertragsstrafe

- 81 AGB-rechtlich problematisch sind Klauseln, die Regelungen zur Vertragsstrafe enthalten. Sie sind zwar grundsätzlich zulässig, können aber je nach inhaltlicher Ausgestaltung unwirksam sein. Unwirksam sind insbesondere Bestimmungen, die keine (oder eine zu hohe) Obergrenze enthalten oder die zu einer Verwirkung der gesamten Vertragsstrafe auch bei nur geringen Verzögerungen führen. Unwirksam sind auch Vertragsstrafenklauseln oder Klauseln, die eine Kumulation von Vertragsstrafen für nur einen Verstoß enthalten.⁴¹
- 82 Von Bedeutung im Facility Management ist die rechtssichere und damit unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten wirksame Ausgestaltung von Vertragsstrafenklauseln insbesondere deshalb, weil **Service Level Agreements (SLA)** in rechtlicher Hinsicht Vertragsstrafenklauseln darstellen.

cc) Sicherheitsleistung

- 83 Bestimmungen, die den Inhalt von Sicherheiten regeln, sind unter zwei Gesichtspunkten problematisch. Sie können bereits gemäß § 138 BGB sittenwidrig und aus diesem Grund nichtig sein, wenn die Bestimmungen zur Übersicherung des Gläubigers führen. Zum anderen können sie AGB-rechtlich unwirksam sein. So sind Bestimmungen, die einen Verzicht auf sämtliche Einreden des § 768 BGB vorsehen, bei der Vereinbarung einer Mängelansprüche- sowie Vertragserfüllungsbürgschaft unwirksam.⁴² Ebenso können Regelungen problematisch sein, wenn sie die Ablösemöglichkeiten von Sicherheiten beschränken.⁴³

dd) Funktionalklauseln

- 84 Regelungen, die lediglich die Leistung bestimmen sollen oder ausschließlich Preise vereinbaren (regelmäßig die Leistungsbeschreibung oder Positionstexte des Leistungsverzeichnisses), unterliegen keiner AGB-rechtlichen Klauselkontrolle (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB).⁴⁴ Bei der Gestaltung/Verwendung von Funktionalklauseln ist jedoch Vorsicht geboten. Die Wirksamkeit von sog. „Full-Service-Klauseln“, die z.B. dem Auftragnehmer auf der Leistungsseite „alles zur Leistungserbringung Erforderliche“ auferlegen, hängt insbesondere von der sonstigen Gestaltung des Vertrages ab (z.B. sind solche Klauseln unterschiedlich zu bewerten, je nachdem, ob es sich um einen Funktionalvertrag handelt und wer die Planungsverantwortung trägt).⁴⁵

3.3.3 Vertretungsmacht

3.3.3.1 Allgemeines

- 85 Jede Vertragspartei kann sich bei ihren Rechtsgeschäften durch Dritte vertreten lassen. Juristische Personen (GmbH, AG, etc.) werden durch ihre Organe (Geschäftsführer, Vor-

41 Instrukativ für das Baurecht: Markus, in: Markus/Kaiser/Kapellmann, S. 422 ff.

42 BGH, Urt. v. 16.06.2009 – XI ZR 145/08, IBR 2009, 515 (Vogel).

43 OLG Hamm, Urt. v. 02.03.2010 – 21 U 139/09, IBR 2010, 268 (Ripke).

44 Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 44 und 46.

45 Instrukativ für das Baurecht: Markus, in: Markus/Kaiser/Kapellmann, S. 162 ff.

stand, etc.) vertreten (vgl. §§ 35 GmbHG, 78 AktG); Personengesellschaften wie GbR, oHG und KG durch ihre geschäftsführenden Gesellschafter. Zudem können aber auch rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte bestellt werden.

Bei der Vertragsabwicklung kommt es regelmäßig vor, dass die Parteien Ansprechpartner benennen. Ob und inwieweit sie für die Vertragsparteien tätig werden dürfen, hängt von ihrer Bevollmächtigung ab. Vertragsrechtlich sind also die Ansprechpartner zu benennen sowie Inhalt und Umfang deren Vollmacht zu regeln. 86

Der Vertragsschluss durch einen Vertreter setzt gemäß § 164 BGB eine wirksame Bevollmächtigung und das Handeln des Vertreters im Namen des Vertretenen voraus. Die Bevollmächtigung eines rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters ist an keine bestimmte Form gebunden. Sowohl die Bevollmächtigung eines Vertreters als auch die Erklärung des Vertreters, er handele für den Vertretenen, können durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Ausnahmen gelten für formbedürftige Rechtsgeschäfte (z.B. Grundstückskaufverträge). Fehlt eine wirksame Bevollmächtigung des Vertreters, kann das Rechtsgeschäft durch den Vertretenen nachträglich genehmigt werden. 87

Muss sich eine Vertragspartei das Handeln des Vertreters nicht zurechnen lassen, treffen die Rechtsfolgen den Vertreter, der in den Vertrag anstelle der Vertragspartei eintritt. Tritt der Vertreter im eigenen Namen auf, kommt der Vertrag mit ihm zustande. 88

3.3.3.2 Zurechnung durch gesetzten Rechtsschein

Darüber hinaus sind Fallkonstellationen denkbar, in welchen sich der Vertretene das Handeln eines – nicht bevollmächtigten – Dritten nach Rechtsscheingrundsätzen zurechnen lassen muss. Die Bindungswirkung einer Vollmacht kraft Rechtsschein steht der rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht gleich. 89

Der Vertretene muss sich das Handeln eines Dritten zurechnen lassen, wenn er es wesentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt und der Vertragspartner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist (**Duldungsvollmacht**),⁴⁶ oder er das Handeln des Scheinvertreters zwar nicht kennt, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können und der andere Teil annehmen durfte, dass der Vertretene das Handeln des Vertreters dulde und billige (**Anscheinsvollmacht**)⁴⁷. Eine Anscheinsvollmacht kann vor allem in Betracht kommen, wenn der Vertragspartner einen mit der Sache befassten und sachkundigen Mitarbeiter oder einen sonstigen Dritten zu Vertragsverhandlungen entsendet. Der Paradefall für das Setzen eines Rechtsscheins, an den der Vertretene gebunden ist, ist z.B. auch die im Rahmen der Vertragsdurchführung ständig wiederholte Anordnung von geänderten/zusätzlichen Leistungen durch eine nicht bevollmächtigte Person. Dies gilt erst recht, wenn die aus diesen Leistungen resultierende zusätzliche Vergütung geleistet wird. 90

⁴⁶ Palandt/Ellenberger, § 172 Rn. 8 m.w.N.

⁴⁷ Palandt/Ellenberger, § 172 Rn. 11 m.w.N.

3.3.3.3 Vertretungsmacht in der Vertragsgestaltung und bei der Vertragsdurchführung

- 91 Um Unsicherheiten im Rahmen der Vertragsdurchführung zu vermeiden, bedarf es der rechtssicheren Vertragsgestaltung. Dabei ist der Inhalt und Umfang der Bevollmächtigung oder deren Ausschluss vertraglich explizit zu regeln. Allerdings können solche Regelungen die Setzung eines Rechtsscheins nicht in jedem Fall verhindern. Die Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht können auch dann anwendbar sein, wenn der handelnden Person im Vertrag ausdrücklich keine Vollmacht erteilt wird.
- 92 Sollte ein Vertreter rechtsgeschäftliche Handlungen vornehmen, ohne hierfür bevollmächtigt zu sein, ist zudem mit der Genehmigung ausdrücklichen klarzustellen, dass der Vertreter nicht berechtigt war und ist, rechtsgeschäftliche Handlungen vorzunehmen und solche Handlungen stets der Zustimmung bedürfen.

3.4 Leistungspflichten im Facility Management-Vertrag

- 93 Die Vertragsinhalte eines Facility Management-Vertrages und damit die jeweils den Facility Manager treffenden Pflichten sind in jedem Einzelfall exakt zu definieren. Zum einen ist denkbar, dass Vertragsgegenstand alle Leistungen des Drei-Säulen-Modells oder die Leistungen einer Säule des Drei-Säulen-Modells sind, zum anderen können innerhalb einer Säule nur bestimmte Teilleistungen beauftragt werden und dies auch begrenzt auf einzelnen Gewerke.
- 94 Ein Facility Management-Vertrag mit einem Systemanbieter kann sämtliche Einzelleistungen aus dem technischen, kaufmännischen und infrastrukturellen Facility Management beinhalten, wie z.B.
- Objektmanagement,
 - Dokumentation und Berichtswesen,
 - Betriebsführung/Objektbetrieb,
 - Wartung,
 - Instandhaltung/Instandsetzung,
 - Verfolgung von Mängelansprüchen,
 - Energiemanagement,
 - Reinigung,
 - Pflege der Außenanlagen,
 - Gebäudeservice,
 - Gebäude-/Werkschutz,
 - IT-Dienstleistungen,
 - Entsorgung,

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

Die vorstehende Aufzählung ist nur beispielhaft und keinesfalls abschließend. Nachstehend seien die wichtigsten Leistungspflichten im Facility Management und deren vertragliche Grundlagen dargestellt. **95**

3.4.1 Das technische Facility Management

Das technische Facility Management umfasst zumeist werk- bzw. bauvertraglich einzuordnende Leistungspflichten. **96**

3.4.1.1 Grundsätze des Werk- und Bauvertragsrechts

Im Rahmen eines Werkvertrages verpflichtet sich der Facility Manager zur Herstellung des versprochenen Werkes, während sich der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet (§ 631 Abs. 1 BGB). **97**

a) Werkerfolg

Der Unternehmer verpflichtet sich 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, der nur zur Erbringung der versprochenen Dienste verpflichtet. Die Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages bedeutet, dass der Unternehmer den vertraglich versprochenen Leistungserfolg herbeiführen muss, ohne dass es darauf ankommt, welchen (zeitlichen und/oder finanziellen) Aufwand er für die Herbeiführung des Werkerfolges betreiben muss. Da jeder Werkvertrag ein Leistungsversprechen beinhaltet, ist es ebenfalls ohne Bedeutung, ob der Unternehmer ohne sein Verschulden daran gehindert ist, den Leistungserfolg herbeizuführen. **98**

b) Vergütung

Als Gegenleistung für das versprochene Werk schuldet der Auftraggeber gemäß § 632 BGB eine Vergütung. Das Gesetz geht als Regelfall davon aus, dass die Parteien die geschuldete **99**

Vergütung auch der Höhe nach vereinbaren. Sollten die Parteien insoweit keine Vergütung vereinbaren, regelt § 632 Abs. 1 BGB, 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 Facility Management abgeschlossen werden, regelmäßig der Fall sein. Haben sich die Parteien auf eine Vergütung nicht geeinigt, so bestimmt § 632 Abs. 2 BGB, dass die taxmäßige Vergütung anzusetzen bzw. – falls es eine solche nicht gibt – die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist.

c) Leistungsbeschreibung

- 100** Von entscheidender Bedeutung für die Bestimmung des vertraglich geschuldeten Werkerfolgs ist die Leistungsbeschreibung. Aufgrund der Erfolgsbezogenheit hat der Werkunternehmer den beschriebenen und damit geschuldeten Erfolg herbeizuführen. Ein Werkunternehmer kann sich bspw. nicht auf die Angaben in einem Leistungsverzeichnis für ein Dach berufen, wenn das Dach später nicht dicht ist. Der BGH hat insoweit unmissverständlich klargestellt: *„Im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen schuldet der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk“*.⁴⁸ Entscheidend ist also die Funktionalität des Werkes, obwohl sich im entschiedenen Fall kein expliziter Hinweis in der Leistungsbeschreibung auf die notwendige Dichtigkeit des Daches findet. Daher muss bei der Erstellung einer Leistungsbeschreibung nicht nur auf die technischen Angaben, sondern vor allem auch auf die Beschreibung des vertraglich geschuldeten (Gesamt-)Erfolgs Wert gelegt werden. Folgerichtig ist bei einem Werkvertrag grundsätzlich zwischen der technischen und der juristischen Leistungsbeschreibung zu unterscheiden. Während die technische Leistungsbeschreibung lediglich Angaben zu den technisch zu erbringenden Leistungsinhalten macht, ergibt sich aus der juristischen Leistungsbeschreibung, welchen (Gesamt-)Werkerfolg der Werkunternehmer tatsächlich schuldet.⁴⁹ Dies kann im Einzelfall über die technische Leistungsbeschreibung hinausgehen.

d) Kündigung

- 101** Eine Besonderheit des Werkvertragsrechts ist das freie Kündigungsrecht des Bestellers, welches in § 649 BGB (a.F.) bzw. § 648 BGB (n. F.: ab 01.01.2018) bzw. § 8 Abs. 1 VOB/B geregelt ist. Demgemäß darf der Besteller den Vertrag bis zur Vollendung des Werkes jederzeit und ohne wichtigen Grund kündigen. Dies hat zur Folge, dass der Unternehmer die vereinbarte Vergütung verlangen kann.⁵⁰ Allerdings muss sich der Unternehmer anrechnen lassen, was er infolge der Kündigung des Vertrages an Aufwendungen/Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Neben der freien Kündigung gibt es das Recht der Vertragsparteien zur Kündigung aus wichtigem Grund (§ 648a BGB n.F.).

⁴⁸ BGH, Urt. v. 11.11.2009 – VII ZR 403/98, BauR 2000, 411, 412 f.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 05.12.2002 – VII ZR 342/01, IBR 2003, 117.

⁵⁰ OLG Brandenburg, Urt. v. 25.04.2007 – 4 U 190/03, IBR 2008, 204.

3.4.1.2 Das Technische Gebäudemanagement (TGM)

Im Rahmen des technischen Facility Management ist einer der klassischen Anwendungsfälle das **Technische Gebäudemanagement**. Folgende Gewerke sind im Regelfall Vertragsbestandteil:

102

- Durchführung aller (wiederkehrenden) Prüfungen,
- Türen, Fenster, Tore,
- Elektrotechnik,
- Befahranlagen,
- Sicherheitsüberwachungsanlagen,
- Küchentechnik,
- Personal- und Güterbeförderungsanlagen,
- Heizung, Lüftung, Sanitär und Klima,
- Gebäudeautomation und
- Sicherheitsleitsystem und Zutrittskontrollanlagen.

Hauptpflichten des Facility Managers in diesen Gewerken sind neben dem Betrieb der Anlagen im Regelfall:

103

- **Instandhaltung:** Gemäß § 2 Nr. 10 HOAI sind Instandhaltungen Maßnahmen zur Erhaltung des Soll-Zustandes. Dem gegenüber fasst die Rechtsprechung die Instandhaltung unter den Oberbegriff der „Erhaltung“ und versteht hierunter alle Arbeiten, mit denen auftretende Mängel, die auf Abnutzung, Alterung oder sonstige Umwelteinflüsse zurückzuführen sind, vermieden oder behoben werden.⁵¹ Die DIN 31 051 versteht dagegen die Instandhaltung als Oberbegriff für die Wartung, Inspektion, Instandsetzung und Verbesserung. Mangels gesetzlicher Definition und inhaltlicher Unterschiede der vorstehend aufgeführten Definitionen ist vertraglich exakt zu definieren, was unter diesem Begriff verstanden werden soll.
- **Wartung:** Gemäß Ziffer 4.1.2 DIN 31 051 sind von diesem Begriff alle Maßnahmen zur **Verzögerung des Abbaus des vorhandenen Abnutzungsvorrats** umfasst. Anlage 1 zu Ziffer 4.1.2 DIN 31 051 führt denkbare Maßnahmen der Wartung auf, ohne diese jedoch zwingend dem Wartungsbegriff zuzuordnen. Insbesondere kann sich der einzuhaltende Standard einer Wartung aus sonstigen technischen Normen oder speziellen Herstellervorschriften ergeben. Insbesondere ist die letzte Fallgestaltung von Bedeutung: Über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehende Anforderungen eines Herstellers für die Grundüberholung und Wartung einer technischen Anlage sind jedenfalls dann zu beachten, wenn sie die Sicherheit des Betriebs einer technischen Anlage betreffen. Stellt der Hersteller aus Sicherheitsgründen Anforderungen an die Grundüberholung, die die Anforderungen übertreffen, die allgemein üblich sind oder den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, darf der Facility Manager nicht eigenmächtig entscheiden, ob das

51 BGH, Urt. v. 04.12.1992 – LwZR 10/91, NJW-RR 1993, 521.

bei einer abweichenden Ausführung bestehende Risiko eingegangen werden soll. Eine solche Entscheidung steht nach entsprechender Aufklärung über das Risiko allein dem Besteller zu. Als Fachmann muss der Facility Manager wissen, dass es für den – im vorliegenden Fall entscheidungserheblichen – Gasmotor bei einer Grundüberholung zu beachtende Wartungsvorschriften des Herstellers gibt. Er kann sich nicht darauf berufen, dass ihm diese Wartungsvorschriften als vom Hersteller nicht autorisierte Firma nicht zugänglich gewesen seien. Das daraus entstehende Haftungsrisiko hätte der Facility Manager nur durch eine entsprechende Aufklärung vermeiden können.⁵²

Wartungsarbeiten dienen der Gewährleistung eines möglichst störungsfreien Betriebs der Anlagen oder Gewerke und somit der Aufrechterhaltung des Sollzustands. Auch Software bedarf der Wartung, wobei in diesem Fall häufig von einem Pflegevertrag gesprochen wird. Wie bei allen Verträgen ist auch bei der rechtssicheren Gestaltung eines Wartungsvertrags von Bedeutung, dass der Vertragsgegenstand exakt 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 umfasst. Insofern können Wartungsverträge die Instandhaltung als vorbeugende Wartung sowie die Instandsetzung nach einem aufgetretenen Fehler beinhalten. Hierzu müssen die Vertragsparteien vertraglich exakt definieren, welcher Leistungsumfang letztendlich geschuldet ist. Folgende (Teil-)Leistungen sind denkbar:

- 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 oder
- Minimalleistung zur Erlangung einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist.

Häufig werden Wartungsverträge in erster Linie abgeschlossen, um nach einer Neuerrichtung in den Genuss der verlängerten Gewährleistungsfrist des § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B zu gelangen. Danach beträgt die Verjährungsfrist für Teile von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf die 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, dass bei VOB/B-Verträgen die Gewährleistungsfrist von vier auf zwei Jahre verkürzt wird, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer nicht mit der Wartung beauftragt. In Fällen, in denen die VOB/B vereinbart wird, ist also darauf zu achten, dass der Auftragnehmer hinsichtlich maschineller oder elektrotechnischer/elektronischer Anlagen mit der Wartung beauftragt wird, da sich ansonsten seine Gewährleistungsfrist auf zwei Jahre verkürzt. Vorsicht geboten ist in diesem Zusammenhang bei einer vorzeitigen Beendigung eines Wartungsvertrages. Dadurch kann sich die verlängerte Gewährleistungsfrist wieder verkürzen.⁵³ Die Verknüpfung von Gewährleistungsfrist und Wartungsvertrag führt in der Praxis häufig dazu, dass diejenigen Werkunternehmer, die die Wartungsleistung erbringen, die teuersten Anbieter sind, da sie im Falle

52 BGH, Urt. v. 23.07.2009 – VII ZR 164/08, IBR 2009, 511 (Seibel).

53 OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.05.2003 – 5 U 13/01, NJW-RR 2004, 636, 637.

ihrer Beauftragung mit einer verlängerten Mängelhaftungsverpflichtung belastet sind. Auch andere Werkunternehmer machen die Verlängerung ihrer Gewährleistungsfrist häufig vom Abschluss eines Wartungsvertrages abhängig. Zu nennen sind hier bspw. Flachdachhersteller oder Fassadenbauer.

Bei Abschluss von Werkverträgen ist darüber hinaus darauf zu achten, dass auch ein Dritter Auftraggeber der Wartung sein kann. Beispielhaft sei genannt, dass das Bauwerk von einem Projektentwickler realisiert wird, der seinerseits die Bauleistung beauftragt (z.B. GU-Auftrag). In dieser Konstellation werden der spätere Eigentümer oder Nutzer ein Interesse daran haben, die Wartungsverträge zu beauftragen. Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B erfolgt die Verlängerung der Gewährleistung allerdings nur, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer mit der Wartung beauftragt. Insofern ist bei Vertragsschluss werkvertraglich zu regeln, dass auch der Nutzer oder ein sonstiger Dritter den Auftragnehmer mit der Wartung beauftragen kann und dies die Verlängerung der Gewährleistungsfrist gemäß § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B zur Folge hat.

Wesentlicher Inhalt des Wartungsvertrages ist schließlich 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 Gewährleistungsfrist (in der Regel BGB: fünf Jahre, VOB/B vier Jahre) befristen. In allen anderen Fällen ist die Dauer des Wartungsvertrages Gegenstand der Preisverhandlungen, da der Wartungsunternehmer Preisnachlässe von einer bestimmten Laufzeit abhängig machen wird.⁵⁴

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

- **Inspektion:** Gemäß Ziffer 4.1.3 DIN 31 051 sind Inspektionen definiert als Maßnahmen zur Feststellung und Beurteilung des Ist-Zustandes einer Betrachtungseinheit einschließlich der Bestimmung der Ursachen der Abnutzung und dem Ableiten der notwendigen Konsequenzen für eine zukünftige Nutzung. Der Inhalt und Umfang der vertraglich geschuldeten Inspektion ist vertraglich zu definieren und umfasst Sichtprüfungen bis hin zu Test- und Kontrollprüfungen inkl. des schriftlichen Niederlegens des Testergebnisses. Abzugrenzen ist der Begriff der Inspektion vom Begriff der **Prüfung**. Unter diesen Begriff fallen in Abgrenzung zur Inspektion zumeist die gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungen von Anlagen. Beispielhaft seien hier die Vorgaben aus der BetrSichV genannt. Diese Verordnung gilt gemäß § 1 Abs. 1 für die Bereitstellung von Arbeitsmitteln durch Arbeitgeber sowie für die Benutzung von Arbeitsmitteln durch Beschäftigte bei der Arbeit sowie gemäß § 1 Abs. 2 für weitere dort explizit aufgeführte Anlagen. Gemäß § 14 Abs. 1 BetrSichV darf eine überwachungsbedürftige Anlage erstmalig und nach einer wesentlichen Veränderung nur in Betrieb genommen werden, wenn die Anlage unter Berücksichtigung der vorgesehenen Betriebsweise durch eine zugelassene Überwachungsstelle auf ihren ordnungsgemäßen Zustand hinsichtlich der Montage, der Installation, den Aufstellungsbedingungen und der sicheren Funktion geprüft worden ist. Eine

54 OLG München, Urt. v. 08.11.1990 – 29 U 3410/90, IBR 1991, 376.

überwachungsbedürftige Anlage und ihre Anlagenteile sind gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 BetrSichV innerhalb bestimmter Fristen wiederkehrend auf ihren ordnungsgemäßen Zustand hinsichtlich des Betriebs durch eine zugelassene Überwachungsstelle zu prüfen.

- **Instandsetzung:** Gemäß Ziffer 4.1.3 DIN 31 051 sind Instandsetzungen Maßnahmen zur Rückführung einer Betrachtungseinheit in den funktionsfähigen Zustand. Die Rechtsprechung setzt den Begriff der Instandsetzung oftmals mit dem Begriff der Reparatur gleich.⁵⁵ Ausgenommen hiervon sind **Verbesserungen** gemäß Ziffer 4.1.5 DIN 31 051. Hierbei handelt es sich um die Kombination aller technischen und administrativen Maßnahmen sowie Maßnahmen des Managements zur Steigerung der Funktionsicherheit einer Betrachtungseinheit, ohne die von ihr geforderte Funktion zu ändern. Auch insoweit ist eine vertragliche Definition des Inhalts der Verbesserung im Einzelfall vorzunehmen, zumal dieser Begriff von dem Begriff der **Störungsbeseitigung** abzugrenzen ist. Zwar gibt es insoweit keine Definition, jedoch kann die Störungsbeseitigung im Einzelfall weiter gehen als die Instandsetzung. Im Facility Management ist insbesondere das Störungsmanagement von großer Bedeutung, welches auch die systematische Aufnahme der Störungsmeldungen umfasst.⁵⁶

3.4.2 Das infrastrukturelle Facility Management

- 104 Im Gegensatz zum Technischen Gebäudemanagement umfasst das infrastrukturelle Facility Management zumeist, aber nicht zwingend dienstvertraglich einzuordnende Leistungspflichten.

3.4.2.1 Grundsätze des Dienstvertragsrechts

- 105 Im Rahmen eines **Dienstvertrags** verpflichtet sich eine Vertragspartei zur Erbringung bestimmter Dienste, während sich die andere Vertragspartei zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet (§ 611 Abs. 1 BGB).

a) Abschluss des Dienstvertrages

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

b) Vertragliche Pflichten

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

⁵⁵ BGH, Urt. v. 26.09.2007 – VIII ZR 17/07, NZM 2008, 56, 57.

⁵⁶ Najork, Rechtshandbuch Facility Management, S. 66.

wahren. Insbesondere besteht bei einer besonderen Vertrauensstellung die Pflicht zur Verschwiegenheit.⁵⁷ Der Dienstverpflichtete hat darüber hinaus dafür Sorge zu tragen, dass es in seinem Pflichtenkreis nicht zu Verletzungen von Rechtsgütern des Dienstherrn kommt.

Der Dienstherr ist im Gegenzug verpflichtet, die vertraglich vereinbarte Vergütung zu entrichten. Soweit der Vertrag selbst keine besondere Abrede hierzu trifft, richtet sich der Zeitpunkt der Fälligkeit der Vergütung nach dem Gesetz (§ 614 BGB). Dementsprechend ist die Vergütung nach der Erbringung der Dienste zu entrichten bzw., wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist (z.B. monatlich oder quartalsweise), nach Ablauf des jeweiligen Zeitabschnitts. Der Dienstverpflichtete tritt also, soweit vertraglich nicht abweichend geregelt, in Vorleistung. 108

Auch den Dienstherrn treffen Nebenpflichten. So hat er zum einen auf die Interessen des Dienstverpflichteten Rücksicht zu nehmen oder unterstützend mitzuwirken, soweit die Erbringung der Dienstleistung ohne sein Zutun nicht möglich ist. Zum anderen hat er Aktivitäten, die vermeidbare Behinderungen des Dienstverpflichteten zur Folge haben, zu unterlassen. 109

c) Beendigung des Dienstvertrages

Der Dienstvertrag endet mit Ablauf der vertraglich vereinbarten Zeit, ohne dass es hierfür einer besonderen Erklärung bedarf (§ 620 Abs. 1 BGB). 110

Wird der Dienstvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen, kann er – vorbehaltlich anderer vertraglich vereinbarter Fristen – unter Einhaltung der in § 621 BGB genannten gesetzlichen Fristen ordentlich gekündigt werden. Allerdings kann das ordentliche Kündigungsrecht vertraglich wirksam für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen werden. 111

Jeder Dienstvertrag, gleichgültig ob auf befristete oder unbefristete Zeit geschlossen, kann aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden (§ 626 Abs. 1 BGB). Voraussetzung hierfür ist, 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 zur vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. 112

Ob eine fristlose Kündigung im Einzelfall erfolgen kann, ist somit immer eine Frage der konkreten Umstände und bedarf der sorgfältigen Prüfung und Abwägung im Einzelfall. 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. Es ist anzuraten, einzelne wichtige Gründe im Vertrag beispielhaft, jedoch nicht abschließend aufzuführen. Diese beispielhaft aufgeführten Gründe können als Maßstab für das Vorliegen eines wichtigen Grundes auch für Fallgestaltungen, die nicht in der beispielhaften Aufzählung enthalten sind, herangezogen werden. 113

d) Haftung bei Vertragsverletzungen

Im Rahmen eines Dienstvertrages sind vielgestaltige Vertragsverletzungen denkbar, z.B. Verzug mit der Leistungserbringung oder Nicht- oder Schlechterfüllung. 114

⁵⁷ LG Leipzig, Urt. v. 12.10.2001 – 02 O 6496/01, IBR 2002, 80.

- 115 Das Dienstvertragsrecht selbst regelt dabei in § 628 BGB nur den besonderen Fall, dass das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt wird und danach der Dienstverpflichtete unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf (Teil-) Vergütung der erbrachten Leistungen hat. Zudem besteht ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 628 Abs. 2 BGB, wenn die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten der anderen Vertragspartei veranlasst ist.
- 116 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 nach der Art des Schadens und der Pflichtverletzung unterschieden werden.
- 117 Ein Lohnminderungsanspruch wegen Schlechtleistung besteht – anders, als etwa im Werkvertragsrecht – grundsätzlich nicht. Die Vergütungsreduzierung muss vielmehr im Wege eines Schadensersatzanspruchs, also unter den vorstehend genannten Voraussetzungen (insbesondere Verschulden) geltend gemacht werden, es sei denn, dass bestimmte Service Levels definiert sind und diesen eine Minderung der Vergütung zugeordnet ist.⁵⁸

3.4.2.2 Einzelne Vertragstypen

- 118 Beispielhaft sei nachfolgend auf den Reinigungs- und Wachdienstvertrag sowie das Flächenmanagement eingegangen, wobei streitig ist, ob Letzteres tatsächlich dem infrastrukturellen Facility Management zuzuordnen ist (vgl. Rdn. 15).

a) Der Reinigungsvertrag

- 119 Der **Reinigungsvertrag**, insbesondere der Vertrag über die Gebäudereinigung, ist als **Werkvertrag** zu qualifizieren (vgl. Rdn. 46). Von erheblicher Bedeutung ist der Reinigungsvertrag, weil für die meisten Nutzer aufgrund der hohen Publikumswirksamkeit der Reinigungsleistung ein besonderes Interesse an einer optimalen Reinigungsqualität und einem reibungslosen Ablauf ohne negative Auswirkungen auf Besucher und die dort beschäftigten Mitarbeiter besteht.
- 120 Inhalt und Umfang der zu erbringenden Reinigungsleistung sind gesetzlich nicht definiert, weshalb der Vertragsgestaltung vor allem auch hinsichtlich des Leistungsinhalts und -umfangs große Bedeutung zukommt. Es ist je nach Objektart (Krankenhaus, Bürogebäude, etc.) zu regeln, dass die Reinigung pünktlich, gründlich, nach aktuellem Stand der Technik und umweltschonend unter besonderer Berücksichtigung ökologischer Erkenntnisse dergestalt auszuführen ist, dass ein mangelfreier Reinigungszustand erreicht wird. Für die **Unterhaltsreinigung** sind die genauen Zeitfenster und -intervalle zu vereinbaren, die zwingend einzuhalten sind. Darüber hinaus sollte vereinbart werden, dass der Dienstleister nach Durchführung der Arbeiten zur Unterhaltsreinigung verpflichtet ist, einen Kontrollrundgang zu absolvieren. Dies dient der Qualitätskontrolle.

58 BGH, Urt. v. 07.03.2002 – III ZR 12/01, NJW 2002, 1571, 1572.

- Gesetzliche Grundlagen wie z.B. Infektionsschutzgesetz, Arbeitsstättenrichtlinie, Arbeitsstättenverordnung, Chemikaliengesetz und Gefahrstoffverordnung sind zwingend einzuhalten. 121
- Neben der Unterhaltsreinigung sind auch Inhalt und Umfang von außergewöhnlichen Reinigungsleistungen z.B. bei größeren Renovierungs- und/oder Bauarbeiten vertraglich zu regeln. Weiterhin ist festzulegen, wer die erforderlichen Reinigungsmittel und sonstigen Gerätschaften stellt. 122
- 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 (vgl. Kap. 7, B.II.). 123
- Gegenstand des Reinigungsvertrages sollten zudem Regelungen zur Vertraulichkeit und zum Datenschutz sein, da die Reinigungskräfte Zugang zu den Büroflächen erhalten. Das Reinigungsunternehmen hat sicherzustellen, 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. Zusätzlich sind die Mitarbeiter des Nutzers arbeitsvertraglich zu verpflichten, an den Tagen der Reinigung die Arbeitsflächen frei zu räumen. 124
- Der Reinigungsvertrag ist ein Musterbeispiel für die Vereinbarung von Service Levels. Dabei sollten Qualitätsstandards festgelegt werden, anhand derer die Regelvergütung bestimmt werden kann. Werden diese Standards unterschritten, verringert sich die Vergütung. 125

b) Der Wachdienstvertrag

- Der **Wachdienstvertrag** umfasst im Wesentlichen den Werkschutz und stellt einen **Dienstleistungsvertrag** dar. Generalauftrag des Werkschutzes ist es, durch Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung Gefahren und Schäden vom Betrieb, der Anlage und dessen Mitarbeitern abzuwenden. Das Bewachungsunternehmen treffen zahlreiche öffentlich-rechtliche Pflichten (Gewerbeordnung, Bewachungsverordnung). Bei der Vertragsgestaltung sind diese öffentlich-rechtlichen Vorschriften zivilrechtlich umzusetzen. 126
- Es bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde gemäß § 34a Abs. 1 Satz 1 GewO. Die Erlaubnis ist gemäß § 34a Abs. 1 Satz 3 GewO zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass das Bewachungsunternehmen die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, es die für den Gewerbebetrieb erforderlichen Mittel oder entsprechende Sicherheiten nicht nachweist oder es nicht durch eine Bescheinigung einer Industrie- und Handelskammer nachweist, dass es über die für die Ausübung des Gewerbes notwendigen rechtlichen Vorschriften unterrichtet worden und mit ihnen vertraut ist. Die Beschäftigung einer Person, die in einem Bewachungsunternehmen mit Bewachungsaufgaben beschäftigt ist, kann dem Gewerbetreibenden gemäß § 34a Abs. 4 GewO untersagt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person die für ihre Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. 127

- 128** In der BewachungsV sind insbesondere die Vorschriften über die Haftpflichtversicherung und Haftungsbeschränkungen (§§ 6 f.) und die Verpflichtungen bei der Ausübung des Gewerbes (§§ 8 bis 15) von Bedeutung. Der Gewerbetreibende hat gemäß § 6 Abs. 1 BewachungsV für sich und die in seinem Gewerbebetrieb beschäftigten Personen zur Deckung der Schäden, die seinen Auftraggebern oder Dritten bei der Durchführung des Bewachungsvertrages entstehen, bei einem im Geltungsbereich dieser Verordnung zum Geschäftsbetrieb befugten Versicherer eine Haftpflichtversicherung nach den in der BewachungsV vorgegebenen Maßgaben abzuschließen und aufrechtzuerhalten. Der Gewerbetreibende darf die Haftung aus der Bewachungstätigkeit gemäß § 7 Satz 1 BewachungsV nur bis zur Mindesthöhe der Versicherungssumme (§ 6 Abs. 2 Satz 1 BewachungsV) beschränken, soweit dies auf Grund anderer Rechtsvorschriften zulässig ist. Der Auftraggeber soll also in jedem Fall in Höhe der Mindesthöhe abgesichert sein. Insoweit sind also der Vertragsgestaltung sowohl individualvertraglich wie auch AGB-rechtlich Grenzen gesetzt.
- 129** Folgende weitere Pflichten ergeben sich aus der BewachungsV:
- Datenschutz, Wahrung von Geschäftsgeheimnissen (§ 8),
 - Anforderungen an die Beschäftigten (§ 9),
 - Pflicht zur Erstellung einer Dienstanweisung (§ 10),
 - Pflicht zur Erstellung von Ausweisen (§ 11),
 - Anforderungen an die Dienstkleidung (§ 12),
 - Behandlung der Waffen und Anzeigepflicht nach Waffengebrauch (§ 13),
 - Buchführung und Aufbewahrung (§ 14).
- 130** Der Werkschutz nimmt die ihm übertragenen Rechte und gegebenenfalls Pflichten des Besitzers wahr und wendet durch seine Arbeit Gefahren und Schaden vom Unternehmen des Nutzers ab. Er ist durch die vereinbarte Aufgabenübertragung berechtigt, das Hausrecht für den Eigentümer auszuüben. Zu den Aufgaben des Werkschutzes gehören je nach Vereinbarung:
- Gebäude-Werkschutz (Dienstplanung, Melde- und Berichtswesen, Notfallplanung, Koordination der Alarmverfolgung, Konzeptionierung, Sicherheitspersonalführung, permanentes Personaltraining, Planung und Durchführung von Sonderschutzmaßnahmen, Pfortentätigkeit),
 - Revier-/Streifenschutz (Zustands-, Aufenthalts- und 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 der Lagerung von Einsatzschlüsseln),
- Baustellen- oder Geländebewachung (regelmäßige Streifengänge, Funktionskontrolle technischer Reparaturen, Früherkennung von Wasserrohrbrüchen, Kontrolle der Unfallverhütungsvorschriften, Zutrittskontrollen, Materiallieferungen, Verhinderung von Sachbeschädigungen und Diebstählen),
- Diebstahl -/Einbruchverfolgung,
- Ordnungsdienste (Einlassdienst/-kontrolle, 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.

131

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

132

c) Das Flächenmanagement

Der Begriff der „**Fläche**“ ist nicht einheitlich definiert. Vielmehr existieren verschiedene rechtliche Grundlagen. Beispielhaft sind zu nennen:

133

- DIN 277 („Grundflächen und Rauminhalten von Bauwerken im Hochbau“): Die DIN 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“): Die DIN erstreckt sich auf die Kosten für den Neubau, den Umbau und die Modernisierung von Bauwerken sowie die damit zusammenhängenden projektbezogenen Kosten und dient der Ermittlung und Gliederung dieser Kosten.
- GiF: Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für gewerblichen Raum (Mf-G) der Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung e.V.

- WoFlV (Wohnflächenverordnung): Die WoFlV ist zwingend anzuwenden, soweit das Wohnraumförderungsgesetz Anwendung findet; sie kann aber auch anderweitig als Grundlage vereinbart bzw. bezeichnet werden.
- 134** Da der Begriff der „Fläche“ nicht einheitlich definiert ist, muss bei Flächenangaben zwingend angegeben werden, auf welcher Grundlage die Flächenberechnung im konkreten Fall erfolgt. Wichtig ist dabei, dass in (Miet-)Verträgen die Flächen auf einer Rechtsgrundlage einheitlich definiert sind. Problematisch ist demgegenüber, wenn Mietverträge für Einheiten in einem Objekt verschiedene Flächenberechnungen vorsehen. Dies führt nicht zuletzt zu erheblichen Problemen bei der Nebenkostenabrechnung. Die im Rahmen des systematischen Flächenmanagement zu erhebenden Daten sind zwingend mit den rechtlichen Vorgaben abzugleichen und zu vereinheitlichen. Bei fehlenden oder sich widersprechenden Angaben in Bezug auf die Berechnungsgrundlage besteht die Gefahr, dass die für den Vermieter ungünstigste Berechnung zugrunde gelegt wird. Zu beachten ist dabei, dass Flächenabweichungen von mehr als 10 % zu Lasten des Mieters einen Mangel begründen und zur Minderung und ggf. Kündigung berechtigen.⁵⁹
- 135** Es empfiehlt sich, die relevanten Daten in einem CAD-gestützten Informationssystem zu erfassen. Dadurch können diese – insbesondere in größeren Unternehmen – vielfältigen Nutzungsmöglichkeiten zugeführt werden:
- Analyse und Optimierung der vorhandenen Flächennutzung (z.B. Ermittlung des Flächenbedarfs, Ermittlung von Mitarbeiterbelegungszahlen/Fläche pro Mitarbeiter, etc.),
 - Selbstregulierung des Flächenbedarfs aufgrund eines infolge der Kostenstellenzuordnung geschaffenen Kostenbewusstseins und
 - Ermöglichung einer systematischen Umzugsplanung.
- 136** Ein einmal systematisch erfasster Datenbestand kann im Übrigen in effizienter Weise auch für die Immobilienverwaltung nutzbar gemacht werden. Erfolgt eine detaillierte Aufnahme des vorhandenen Bestands – z.B. durch ein Raumbuch – können diese Daten als Grundlage für die Leistungsbeschreibung im Hinblick auf die Beauftragung von Dienstleistungsfirmen (z.B. Reinigung, Instandhaltungsarbeiten, etc.) Verwendung finden. Die Daten können weiterhin als Grundlage für den Abschluss und die Abwicklung von Mietverträgen herangezogen werden.
- 137** Weiterhin ist vertraglich darauf zu achten, dass die Software des Facility Managers mit der Software des Nutzers übereinstimmt oder zumindest kompatibel ist. Ein fehlerfreier Datentransfer ist in jedem Fall zu gewährleisten. Es ist im Rahmen der Vertragsgestaltung daher sicherzustellen, dass zwischen Facility Manager und Nutzer geregelt wird, dass im Falle einer Vertragsbeendigung die Daten im Eigentum des Nutzers verbleiben.
- 138** Schließlich dient das Flächenmanagement der konsequenten Umsetzung der Lebenszyklusbetrachtung im Facility Management. So sollten bei einem Neubauvorhaben oder einer Sanierung im Bestand bereits im Bauvertrag die Weichen für ein effektives Flächenmanagement gestellt werden.

59 BGH, Urt. v. 04.05.2005 – XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152, 2153.

Ein optimiertes und strukturiertes Flächenmanagement ist nicht zuletzt Grundlage einer unverzichtbaren Flexibilität. Eigentümer haben ein Interesse an größtmöglicher Flexibilität in Bezug auf die Nutzungsmöglichkeiten der Immobilie. Denn schnell ergeben sich aufgrund innerbetrieblicher Gründe aus dem Kerngeschäft Veränderungen im Produktionsablauf, die auch Änderungen bei der Nutzung der Immobilie zur Folge haben. Diese gilt es schnellstmöglich umzusetzen. **139**

3.4.3 Das kaufmännische Facility Management

3.4.3.1 Management der Mietflächen

Gegenstand des kaufmännischen Facility Managements ist insbesondere die Verwaltung der Mietflächen und der bestehenden Mietverträge (vgl. Kap. 4). **140**

3.4.3.2 Mängelverfolgung

Daneben ist Schwerpunkt der Tätigkeit des Facility Managers in diesem Bereich die Mängelverfolgung. Insoweit bedarf es der exakten Bestimmung der Leistungspflichten des Facility Managers im Facility Management-Vertrag, wobei man sich hier an der Anlage 11 zu §§ 33 und 38 Abs. 2 HOAI (Leistungen im Leistungsbild Gebäude und raumbildende Ausbauten sowie im Leistungsbild Freianlagen) orientieren kann. Dort finden sich in der Leistungsphase 9 (Objektbetreuung und Dokumentation) folgende Grundleistungen: **141**

- Objektbegehung zur Mängelfeststellung vor Ablauf der Verjährungsfristen für Mängelansprüche gegenüber den bauausführenden Unternehmer,
- Überwachen der Beseitigung von Mängeln, die innerhalb der Verjährungsfristen für Mängelansprüche, längstens jedoch bis zum Ablauf von vier Jahren seit Abnahme der Bauleistungen auftreten,
- Mitwirken bei der Freigabe von Sicherheitsleistungen und
- systematische Zusammenstellung der zeichnerischen Darstellungen und rechnerischen Ergebnisse des Objekts.

Auf die Besonderen Leistungen in diesem Zusammenhang gemäß Ziffer 2.6.9 der Anlage 2 (Besondere Leistungen) zur HOAI sei ergänzend verwiesen. **142**

Die HOAI regelt gemäß § 1 die Berechnung der Entgelte für die Leistungen der Architekten und Ingenieure mit Sitz im Inland, stellt also nur Preisrecht dar. Will man also im Facility Management-Vertrag diese Pflichten dem Facility Manager auferlegen, sind diese im Einzelnen im Vertrag zu benennen. Ein Verweis auf die HOAI dürfte insoweit nicht ausreichend sein. **143**

Orientiert man sich am Leistungskatalog der HOAI, muss der Facility Manager im Rahmen der Mängelverfolgung insbesondere über folgende (Rechts-)Kenntnisse verfügen: **144**

- Arten und Rechtsfolgen der Abnahme,
- Mangelbegriff,

- Mängelansprüche (vor allem nach Abnahme) und
- Verjährung.

a) Abnahme

- 145** Hat der Auftragnehmer die vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht, hat der Auftraggeber diese abzunehmen. Der Facility Manager tritt insoweit als Stellvertreter des Auftraggebers auf, bedarf insoweit also einer entsprechenden Vollmacht. Die Erklärung der **Abnahme** ist Hauptpflicht des Auftraggebers. Die Abnahme ist die körperliche Entgegennahme der fertiggestellten Leistung mit deren Billigung als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung.⁶⁰ Geringfügige Restarbeiten stehen der Abnahme nicht entgegen.
- 146** Die Abnahme zeitigt folgende Rechtswirkungen:
- Ende des Erfüllungsstadiums,
 - Gefahrübergang auf den Auftraggeber,
 - Umkehr der Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf das Vorliegen eines Mangels,
 - Fälligkeit der Vergütung und
 - Beginn des Laufs der Verjährungsfristen für Mängelansprüche.
- 147** Der Facility Manager muss im Rahmen der Abnahme darauf achten, dass er sich die Geltendmachung von Mängelansprüchen in Bezug auf ihm im Zeitpunkt der Abnahme bekannte Mängel bzw. Restleistungen und die Geltendmachung etwaiger Vertragsstrafenansprüche ausdrücklich vorbehält, anderenfalls verliert der Auftraggeber seine Ansprüche auf Nacherfüllung und Minderung bzw. Vertragsstrafe. Dies gilt nicht für etwaige Schadensersatzansprüche.
- 148** Es sind drei Abnahmearten zu unterscheiden:
- Die ausdrückliche Abnahme
Sie kann formlos oder förmlich erfolgen. Bei der förmlichen Abnahme sind bestimmte Formerfordernisse zu beachten. Es ist insbesondere ein Abnahmeprotokoll (vgl. § 12 Abs. 4 VOB/B) zu fertigen.
 - Die fiktive Abnahme
Voraussetzung der fiktiven Abnahme ist, dass die fertiggestellte Leistung keine wesentlichen Mängel aufweist und die Abnahme nicht verweigert wird. Der Auftragnehmer hat die Fertigstellung der Leistung dem Auftraggeber anzuzeigen. Nach Ablauf von 12 Werktagen gilt die Leistung als abgenommen (vgl. § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B). Als weitere Möglichkeit kommt in Betracht, dass die Leistung in Benutzung genommen wird, so dass die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt gilt (vgl. § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B).
Problematisch ist, dass auch hier der Rechtsverlust in Bezug auf etwaige Mängel- und Vertragsstrafenansprüche in Betracht kommt, wenn dieser Vorbehalt nicht innerhalb der 6- bzw. 12-tägigen Frist erklärt wird.
Die fiktive Abnahme kommt weiterhin gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB in Betracht, wenn die erbrachte Leistung abnahmereif ist, der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine

⁶⁰ Palandt/Sprau, § 640 Rn. 1 m.w.N.

angemessene Frist setzt und der Auftraggeber die Abnahme gleichwohl, also unberechtigt nicht erklärt.

- Die konkludente/schlüssige Abnahme

Hierfür ist ein schlüssiges Verhalten mit der Folge ausreichend, dass der Auftraggeber die Leistung als im Wesentlichen mangelfrei anerkennt und entgegennimmt.

Der Facility Manager sollte in der Praxis in jedem Fall darauf achten, dass die Abnahme ausdrücklich erklärt wird, um Meinungsverschiedenheiten über den Zeitpunkt des Eintritts der Abnahmewirkung zu vermeiden. 149

b) Der Mangel

Gemäß § 633 Abs. 1 BGB bzw. § 13 Abs. 1 Satz 1 VOB/B hat der Unternehmer dem Besteller das Werk frei von **Sach- und Rechtsmängeln** zu verschaffen. Im Rahmen der VOL/B ist auf den Mangelbegriff des BGB abzustellen; die Ausführungen hierzu gelten also sinngemäß für den Mangelbegriff der VOL/B. Gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB bzw. § 13 Abs. 1 Satz 2 VOB/B 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 (§ 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB bzw. § 13 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 VOB/B), 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 (§ 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB bzw. § 13 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 VOB/B). 150

Bauleistungen und andere Leistungen haben zudem den allgemein anerkannten Regeln der Technik zu entsprechen, auch wenn diese nicht ausdrücklich vertraglich vereinbart sind. Ist die VOB/B Vertragsbestandteil, ergibt sich aus § 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B, dass die allgemein anerkannten Regeln der Technik (VOB/C) ohne Weiteres Vertragsbestandteil sind. Im BGB-Werkvertragsrecht wird dies in den § 633 Abs. 2 BGB hineingelesen. 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). Im Rahmen der Vertragsgestaltung ist daher darauf zu achten, dass die jeweils passenden Vorschriften ausdrücklich Vertragsbestandteil sind. 151

Von den allgemein anerkannten Regeln der Technik zu unterscheiden ist der Stand der Technik, der möglicherweise einen höheren, aber noch nicht derart grundlegend erprobten Leistungsinhalt berücksichtigt. Der Stand der Technik wird erfahrungsgemäß erst nachlaufend in einem Regelwerk umgesetzt, das dann jedoch zu beachten ist, da andernfalls ein Mangel vorliegt. 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.⁶¹ 152

61 OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.05.1998 – 22 U 245/96, IBR 1998, 437.

c) Mängelrechte

- 153** Im Falle der Mangelhaftigkeit des Werkes, d.h. bei Vorliegen etwaiger Sach- und/oder Rechtsmängel gibt es verschiedene Rechte bzw. Handlungsmöglichkeiten. Die maßgeblichen Regelungen finden sich in §§ 633 ff. BGB bzw. § 4 Abs. 7 VOB/B (vor Abnahme)/§ 13 VOB/B bzw. § 14 VOL/B (nach Abnahme).
- 154** 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), in der Regel ein (zusätzlicher) Vergütungsanspruch zuerkannt werden. Es empfiehlt sich jedoch, vertraglich eine Hinweispflicht des Facility Managers vor allem in Bezug auf daraus resultierende Mehrkosten für diese Fälle zu begründen.

aa) Herstellungsanspruch vor Abnahme

- 155** Vor Abnahme hat der Auftraggeber einen auf Herstellung des mangelfreien Werks gerichteten Herstellungsanspruch gem. § 632 Abs. 1 BGB. Dem Auftraggeber stehen daneben das allgemeine Leistungsstörungenrecht (§§ 280 ff. BGB) zur Seite. Bei wesentlichen Mängeln kann die Abnahme verweigert und die Herstellung eines mangelfreien Werkes verlangt werden. Die Mängelrechte nach § 634 BGB kann der Besteller grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen. Der Besteller kann allerdings in bestimmten Fällen berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2–4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen. Das ist zu bejahen, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.⁶²
- 156** Beim VOB-Vertrag besteht nach § 4 Abs. 7 VOB/B die Besonderheit, dass der Auftraggeber, wenn der Auftragnehmer seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung vor Abnahme nicht nachkommt, nach schriftlicher Mängelrüge und angemessener Fristsetzung mit Kündigungsandrohung den Auftrag nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B kündigen kann, um den noch nicht vollendeten Teil der Leistung auf Kosten des Auftragnehmers durch eine Drittfirma ausführen zu lassen.
- 157** Von einer ordnungsgemäßen Mängelrüge ist auszugehen, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer vor Ablauf der Verjährungsfrist eindeutig und konkret auffordert, einen bestimmten Mangel zu beseitigen. Hierfür ist das äußere Erscheinungsbild und die Lage des Mangels so präzise wie möglich zu beschreiben. Der Auftragnehmer muss auf Grundlage der Mängelrüge erkennen können, was ihm vorgehalten und welche Abhilfe von ihm erwartet wird.⁶³ Dabei genügt es, wenn der Auftraggeber das äußere Erscheinungsbild des Mangels (Symptom) hinlänglich deutlich beschreibt.⁶⁴ Die Mangelursache muss der Auftraggeber nicht kennen oder ermitteln. Vielmehr ist ausreichend, dass der Mangel erkenn-

⁶² BGH, Urt. vom 19.01.2017 – VII ZR 301/13, BeckRS 2017, 10177.

⁶³ BGH, Urt. v. 12.06.1980 – VII ZR 270/79, BauR 1980, 574.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 115/97, BauR 1999, 899.

bar auf eine etwaige im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers liegende mangelhafte Werkleistung zurückzuführen ist.⁶⁵

bb) Mängelrechte nach Abnahme

Tritt ein Mangel nach Abnahme auf, muss der Auftraggeber diesen zur Wahrung seiner Rechte gegenüber dem Auftragnehmer – nach § 13 Abs. 5 VOB/B schriftlich – rügen. Dazu ist nur die Angabe der Mangelsymptome und der genauen Örtlichkeiten notwendig, Ursachen müssen dagegen nicht genannt werden. **158**

Kommt der Auftragnehmer trotz Mängelrüge seiner Mängelbeseitigungspflicht nicht nach, sind die weiteren Rechte von der Setzung einer angemessenen Nacherfüllungsfrist (meist zusammen mit der Mängelrüge) abhängig, soweit diese nicht aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist. Nach Ablauf der Frist kann der Auftraggeber nach § 637 BGB bzw. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen. **159**

Nach erfolglosem Ablauf der Nacherfüllungsfrist besteht auch das Recht auf Rücktritt, Minderung und (bei Verschulden) Schadensersatz. Beim VOB-Vertrag ist zu beachten, dass die Minderung nach § 13 Abs. 6 VOB/B nur möglich ist, wenn die Nacherfüllung vom Auftragnehmer wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit verweigert wird. Zum Schadensersatz enthält § 13 Abs. 7 VOB/B Sonderregelungen, die u.a. einen solchen Anspruch von der Wesentlichkeit des Mangels abhängig machen. **160**

Auch in der VOL/B ist dem Auftragnehmer zunächst das Recht zur Nacherfüllung gemäß § 14 Nr. 2 lit. a) zu geben. Nach Ablauf der Frist zur Nacherfüllung kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers selbst oder durch einen Dritten beseitigen lassen. Daneben kann er die Vergütung mindern, vom Vertrag zurücktreten, Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. § 14 Nr. 2 lit. b) VOL/B enthält Sonderregelungen zum Schadensersatz, die die gesetzlichen Regelungen hierzu modifizieren. **161**

d) Verjährung

Über welchen Zeitraum Mängelrechte ab Abnahme durchgesetzt werden können, hängt von der vereinbarten Verjährungsfrist ab. Wird keine Vereinbarung getroffen, gelten im BGB-Vertrag gemäß § 634a BGB für Leistungen bei einem Bauwerk fünf Jahre, für die Herstellung, Veränderung und Wartung einer sonstigen Sache (nicht Bauwerk) zwei Jahre und für alle sonstigen Leistungen drei Jahre. Im VOB-Vertrag beträgt die Verjährungsfrist, soweit nichts Abweichendes geregelt ist, nach § 13 Abs. 4 VOB/B für Bauwerke vier Jahre, für andere Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht, und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen zwei Jahre. Die Verjährungsfrist für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen beträgt ein Jahr. Ist für Teile von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, nichts anderes vereinbart, beträgt für diese Anlagenteile die Verjährungsfrist zwei Jahre, wenn der Auftraggeber sich dafür entschieden hat, dem Auftragnehmer die Wartung für **162**

⁶⁵ BGH, Urt. v. 04.07.1996 – VII ZR 125/95, BauR 1997, 133; BGH, Urt. v. 06.12.2001 – VII ZR 241/00, BauR 2002, 613, 617.

die Dauer der Verjährungsfrist nicht zu übertragen. Andernfalls beträgt sie vier Jahre. § 14 Nr. 3 VOL/B verweist auf die gesetzlichen Regelungen, wobei auch hier ausdrücklich vorgesehen ist, dass die Parteien etwas Abweichendes vereinbaren können.

- 163** Erkennt der Auftragnehmer den Mangel an, beginnt die Verjährungsfrist erneut (§ 212 BGB). Die Verjährungsfrist verlängert sich auch unter den folgenden Voraussetzungen: Nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B verjährt der Anspruch auf Beseitigung eines konkreten Mangels zwei Jahre nach Zugang der ersten schriftlichen Mängelrüge zu diesem Mangel, nicht jedoch vor Ablauf der vereinbarten/regulären Verjährungsfrist. Wird bspw. kurz vor Ablauf der vereinbarten Verjährungsfrist ein Mangel wegen Undichtigkeit gerügt, verlängert sich die Verjährungsfrist für diesen konkreten Mangel um weitere zwei Jahre ab schriftlicher Rüge. Zudem wird die Verjährung gemäß §§ 203, 204 BGB unter anderem durch Verhandlungen über den Mangel und die Geltendmachung im Rahmen einer Klage oder eines selbständigen Beweisverfahrens gehemmt, d.h., der Zeitraum der Hemmung wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet.

- 164** Beispielhaft seien zwei Fallgestaltungen erläutert:

Hemmungstatbestand über den Verjährungsbeginn hinaus:

31.11.2011: Abnahme

20.09.2014: schriftliche Mängelrüge

31.11.2015: Ende der Verjährungsfrist gemäß § 13 Abs. 4 VOB/B (vier Jahre mangels abweichender vertraglicher Vereinbarung)

20.09.2016: Ende der (verlängerten) Verjährungsfrist (vgl. § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B: 2 Jahre nach Zugang der Mängelrüge)

Hemmungstatbestand innerhalb der laufenden Verjährungsfrist:

31.11.2011: Abnahme

31.01.2012: schriftliche Mängelrüge als Beginn von Verhandlungen der Vertragsparteien über den gerügten Mangel

31.01.2013: Auftragnehmer lehnt Mangelbeseitigung endgültig ab; Ende der Verhandlungen über den gerügten Mangel (nur ein Jahr Hemmung)

31.11.2015: Ende der Verjährungsfrist gemäß § 13 Abs. 4 VOB/B (vier Jahre mangels abweichender vertraglicher Vereinbarung)

31.11.2016: Ende der wegen der Verhandlungen (verlängerten) Verjährungsfrist (Verjährung ein Jahr nach hinten verschoben)

- 165** Grundsätzlich gilt, dass die Verjährung aufgrund der dargestellten Hemmungstatbestände für jeden Mangel einzeln zu betrachten ist.⁶⁶ Die Verjährungshemmung tritt also nicht pauschal für die gesamte Leistung ein, sondern immer nur mangelbezogen. Es bedarf also eines systematischen Verjährungsmanagements durch den Facility Manager, wenn die Überwachung von Gewährleistungsfristen in seinem Aufgabenbereich liegt.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 03.12.1992 – VII ZR 86/92, IBR 1993, 142; OLG München, Urt. v. 13.02.2007 – 9 U 4100/06, IBR 2007, 1127; OLG Hamm, Urt. v. 16.12.2008 – 21 U 117/08, IBR 2009, 188.

e) Verjährung bei Mängelbürgschaften

Besondere Vorsicht ist bei Mängelbürgschaften geboten. Dem Facility Manager ist daher in jedem Fall zu empfehlen, dass er für die vertraglichen Mängelhaftungsfristen und die dafür erhaltenen Bürgschaften getrennte Verjährungskalendarien führt, um jederzeit die zutreffende Verjährungsfrist abrufen zu können.

166

Ansprüche gegen den Bürgen verjähren unabhängig von Ansprüchen gegenüber dem Schuldner (Auftragnehmer) in drei Jahren nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld, d.h., wenn der Auftraggeber nach fruchtloser Fristsetzung gegenüber dem Auftragnehmer auf Geldzahlung gerichtete Mängelansprüche geltend machen kann und damit der bürgschaftsrechtliche Sicherungsfall eingetreten ist.⁶⁷ Teile der Rechtsprechung tendieren jedoch dazu, die Entstehung des Bürgschaftsanspruchs erst dann anzunehmen, wenn der Auftraggeber seinen Geldanspruch gegenüber dem Auftragnehmer geltend macht.⁶⁸ Insofern ist jedoch Vorsicht geboten.

167

3.5 Vertragsgestaltung

Der Facility Management-Vertrag stellt an die Vertragsgestaltung im Einzelfall hohe Anforderungen, da zumeist verschiedene Leistungsbilder und damit Vertragstypen in ein Vertragswerk zu integrieren sind. Darüber hinaus sind folgende Aspekte zu berücksichtigen:

168

- Der Facility Management-Vertrag ist ein **gemischter Vertrag**. Die Bestandteile verschiedener Vertragstypen – wie zumeist Werk- und Dienstvertragsrecht – sind derart in das Vertragswerk einzubinden, dass sie ein sinnvolles Ganzes ergeben.

Regelungstechnisch ist zu berücksichtigen, dass im Vertrag die wechselseitigen Rechte und Pflichten in Bezug auf jeden einzelnen Vertragstypus zu regeln sind. Dabei muss z.B. berücksichtigt werden, dass die im Leistungskatalog aufgeführten Einzelleistungen, die rechtlich als Werk- bzw. Bauleistungen im Sinne der §§ 631 ff. BGB zu qualifizieren sind, gemäß § 640 BGB der Abnahme bedürfen. Dies gilt demgegenüber nicht für Dienstleistungen, hinsichtlich derer das Dienstvertragsrecht keine Abnahme vorsieht. Diese Differenzierung ist auch in Bezug auf Sekundäransprüche zu beachten, insbesondere in Bezug auf Ansprüche wegen Pflichtverletzung oder Schlechtleistung. Soweit eine Einzelleistung als werkvertragliche Leistung zu qualifizieren ist, so findet diesbezüglich das Gewährleistungsrecht des Werkvertragsrechts und die dort geregelte erfolgsbezogene, verschuldensunabhängige Haftung Anwendung. Für als Dienstleistung zu qualifizierende Einzelleistungen gilt das allgemeine Schuldrecht. Dies bedeutet, dass Sekundäransprüche wie z.B. Schadensersatzansprüche nur in Betracht kommen, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten (verschuldet) hat und dadurch ein Schaden entsteht.

67 BGH, Urt. v. 08.07.2008 – XI ZR 230/07, BauR 2008, 1885, 1886; OLG Schleswig, Urt. v. 11.06.2009 – 5 U 148/08, IBR 2009, 453; OLG Celle, Urt. v. 10.09.2008 – 14 U 2/08, IBR 2008, 1282.

68 OLG Frankfurt, Urt. v. 04.01.2011 – 8 U 47/10, IBR 2011, 83.

- Der Facility Management-Vertrag ist in der Regel 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. Er ist also durch seine zeitliche Dimension gekennzeichnet. Dementsprechend setzt er voraus, dass ein zeitlich andauerndes Verhalten oder wiederkehrende Leistungen geschuldet werden und der Gesamtumfang der Leistung von der Dauer der Rechtsbeziehung abhängt. Sowohl Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB und als auch Dienstvertrag gemäß §§ 611 ff. BGB treten mithin häufig in der Form des Dauerschuldverhältnisses auf. Die Bestimmung eines Vertragsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis ist insbesondere auch für die Frage der Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB von Bedeutung. Gemäß § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB kann jeder Vertragsteil ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist kündigen, wenn dem Kündigenden die Fortführung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Ein wichtiger Grund liegt gemäß § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB vor, wenn 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. 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, bringt er durch sein Verhalten zum Ausdruck, dass es für ihn nicht unzumutbar ist, das Vertragsverhältnis fortzuführen.

§ 314 BGB ist AGB-rechtlich nicht abdingbar und kann individualvertraglich nur in gewissen Grenzen eingeschränkt, aber nicht ausgeschlossen werden.⁶⁹

- Der Facility Management-Vertrag ist ein **gegenseitiger Vertrag**. Die Hauptpflichten des Vertrages (Vergütung gegen Leistungserbringung) stehen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis, so dass die §§ 320 ff. BGB Anwendung finden. Dies gilt insbesondere für die §§ 320 bis 322 BGB, welche zwar individualvertraglich, aber AGB-rechtlich nur in engen Grenzen ausgeschlossen werden können.⁷⁰ Von Bedeutung ist insbesondere § 320 BGB, welcher regelt, dass derjenige, der aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern kann, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Dienst- und werkvertraglich zu beurteilende Verträge stellen gegenseitige Verträge in diesem Sinne dar, so dass dieser Regelung im Facility Management große Bedeutung zukommt. Allerdings besteht sowohl dienst- wie werkvertraglich eine Vorleistungspflicht des Dienstverpflichteten bzw. des Werkunternehmers (im Werkvertragsrecht bis zur Abnahme), so dass die Einrede des nichterfüllten Vertrages je nach Vertragsgestaltung nur in bestimmten Fällen greift.

⁶⁹ Palandt/Grüneberg, § 314 Rn. 3 m.w.N.

⁷⁰ Palandt/Grüneberg, Einf v § 320 Rn. 18.

Generell empfiehlt es sich, bei der Vertragsgestaltung in jedem Fall folgende Regelungskomplexe aufzunehmen, wobei die nachfolgende Aufzählung nicht abschließend ist und im Einzelfall der Inhalt der Vereinbarung angepasst werden muss:

169

- Vertragsgegenstand einschließlich Leistungspflichten und Definition der Vertragsobjekte,
- Vertragsbestandteile und Rangfolgenregelung,
- Regelungen zu sonstigen Nebenpflichten wie z.B. wechselseitige Informationspflichten, Dokumentationspflichten, Pflichten zum Datenschutz, etc.,
- Wahrnehmung der Betreiberverantwortung/Verkehrssicherungspflichten,
- Personaleinsatz inklusive Nachunternehmerleistungen,
- Vertragsdauer und Beendigung/Kündigung,
- Vergütung einschließlich Vergütung von Leistungsänderungen/Zusätzlichen Leistungen,
- Fristen/Termine,
- Abrechnungs-/Zahlungsmodalitäten,
- Leistungscontrolling,
- Ansprüche wegen Pflichtverletzung, insbesondere Gewährleistung und Haftung,
- Sicherheiten,
- Vertragsstrafenansprüche und
- Sonstiges wie z.B. Vollmachten, Aufrechnungsverbote, Gerichtsstand, Rechtsweg, etc.

3.5.1 Vertragsgegenstand einschließlich Leistungspflichten und Definition der Vertragsobjekte

Bei der Regelung des Vertragsgegenstandes sind

170

- die vertraglich geschuldeten (Haupt-)Leistungspflichten und
- die vertragsgegenständlichen Vertragsobjekte

zu definieren. Dies dient der Bestimmung des geschuldeten Leistungsinhalts und -umfangs, des sog. „Leistungs-Solls“.

3.5.1.1 (Haupt-)Leistungspflichten

Bezüglich der (Haupt-)Leistungspflichten des Facility Managers sei auf die Ausführungen unter Kapitel D verwiesen. Die (Haupt-)Leistungspflichten sind detailliert zu beschreiben. Dies erfolgt zumeist ergänzend zum Vertrag in der Leistungsbeschreibung, die Vertragsbestandteil ist.

171

Auf der anderen Seite treffen aber auch den Kunden zahlreiche Leistungspflichten. Es ist vertraglich zu regeln, welche Ressourcen (z.B. Räumlichkeiten, Wasser, Geräte, Materialien) er dem Facility Manager zur Verfügung zu stellen hat und ob und – wenn ja – in welcher Form hierfür seitens des Facility Managers eine Vergütung zu leisten ist. Vor dem

172

Hintergrund der Betreiberverantwortung sollte es der Kunde jedoch in seinem eigenen Interesse weitgehend vermeiden, Geräte, etc. zur Verfügung zu stellen.

3.5.1.2 Implementierung

- 173 Im Rahmen der **Implementierung** wird die Grundlage für die fachliche und organisatorische Umsetzung des Vertrages und der darin enthaltenen Leistungspflichten gelegt. Es ist denkbar, dass die Implementierungsphase bereits vor Auftragserteilung oder unmittelbar danach durchgeführt wird. Die Implementierung hat mehrere Ziele:
- Die Größe und Komplexität der Aufgabenstellung erfordert eine vorübergehende Unterstützung des objektgebundenen Personals des Facility Managers. Der Facility Manager soll mit den örtlichen Gegebenheiten und den vorhandenen Anlagen, etc. vertraut gemacht werden.
 - Der Facility Manager bekommt dadurch die Möglichkeit, seine Leistungserbringung aufgrund der im Rahmen der Implementierung gewonnenen Erkenntnisse zu organisieren und im Rahmen der Angebotsabgabe zu kalkulieren.
 - Gefährdungsbeurteilungen werden durchgeführt und ebenso wie die vorhandene Dokumentation auf Vollständigkeit, Richtigkeit, etc. geprüft. Diese Gefährdungsanalyse dient wiederum als Grundlage für die Definition der weiteren Arbeitsschritte.
- 174 Es ist also vertraglich sicherzustellen, dass im Rahmen der Implementierung entweder Mitarbeiter des Kunden oder des vormaligen Dienstleisters zur Verfügung stehen. Dies bedeutet aber auch, dass in jedem Facility Management-Vertrag eine Regelung aufzunehmen ist, wonach auch nach Vertragsbeendigung Mitarbeiter des vormaligen Facility Managers, die über ausreichend Kenntnisse über das Vertragsobjekt verfügen, auf Anforderung des Kunden zur Auskunft, Einweisung, etc. zur Verfügung stehen. Die Frage nach der Vergütung der Vorhaltung von Personal auch nach Vertragsbeendigung sorgt regelmäßig für Zündstoff. Denkbar ist daher, dass ein bestimmtes Stundenkontingent in der Vergütung enthalten ist und darüber hinausgehender Aufwand – soweit erforderlich – auf Nachweis nach zu vereinbarenden Stundensätzen vergütet wird.
- 175 Der Facility Manager sollte zu Beginn der Implementierung eine terminliche Darstellung über den Ablauf und die Gestaltung der Implementierungsphase sowie ein Personalorganigramm der hierzu beteiligten Mitarbeiter übergeben. Zeitplan und Personalorganigramm sollten nach Abstimmung mit dem Kunden Vertragsbestandteil werden.
- 176 Regelmäßig sind folgende Leistungen Bestandteil der Implementierung:
- Bestandsaufnahme hinsichtlich der Ausrüstung der in den Gebäuden zur Verfügung gestellten Flächen (Büro, Lager, etc.),
 - Ermittlung der benötigten technischen Dokumentationen,
 - Unterweisung der Mitarbeiter des Facility Managers zur Schaffung fundierter Anlagen- und Ortskenntnisse,
 - Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung,
 - Ermittlung der Notwendigkeit regelmäßiger Mitarbeiterunterweisungen bzw. -schulungen,

- Erstellen notwendiger Arbeitsanweisungen,
- Ermittlung, Beschaffung und Einlagerung aller notwendigen Ersatz- und Verschleißteile sowie der Verbrauchsmaterialien,
- Ermittlung und Beschaffung aller notwendigen Werkzeuge und Hilfsmittel,
- Abstimmung etwaiger Schnittstellen und
- Abstimmung der vertraglich vereinbarten Dokumentationsaufgaben.

Der AN hat die Startphase in ausreichendem Maße zu dokumentieren und dem AG die Dokumentation in aktueller Form zu überlassen. 177

Um dem Facility Manager einen hinreichenden Anreiz zu schaffen, empfiehlt es sich, dass die Implementierungsphase vergütet wird. Die Vereinbarung einer Pauschale dürfte sich insoweit anbieten. 178

3.5.1.3 Vertragsobjekte

Ebenso sind die Vertragsobjekte zu definieren. Sinnvoll sind in diesem Zusammenhang Gebäudesteckbriefe als Anlage zum Vertrag. Daraus sollen nicht nur die Lage des jeweiligen Objekts, sondern auch die für die Leistungserbringung relevanten Daten der Objekte (z.B. Gebädestammdaten, Flächeninformationen wie Anzahl der Geschosse, Hauptnutzfläche, Nebennutzfläche, Brutto-/Nettogrundfläche, Konstruktionsfläche, Verkehrsfläche, Technikfläche, Beschreibung des Gebäudekörpers anhand der einschlägigen Kostengruppen, etc.) zu entnehmen sein. 179

Von Bedeutung in diesem Zusammenhang ist, dass sich der Facility Management-Vertrag auf mehrere Objekte des Auftraggebers beziehen kann (**Portfoliovergabe**). In diesem Fall kann der Facility Management-Vertrag auf die Leistungserbringung für jedes einzelne Objekt individuell zugeschnitten werden. Demgegenüber können auch mehrere bis auf die Objektanschrift und andere Einzelheiten identische Einzelverträge vereinbart werden. Diese Vorgehensweise empfiehlt sich jedoch im Regelfall nicht. 180

Sinnvoller ist es, bei einer solchen Portfoliovergabe nur einen **Rahmenvertrag** abzuschließen, unter welchen die einzelnen Objekte mittels Einzelverträgen (ggf. jeweils mit individuellem Leistungsverzeichnis) fallen. Dies hat den Vorteil, dass die übergeordneten Regelungen des Rahmenvertrags nur einmal verhandelt und niedergelegt werden müssen. Darüber hinaus sind individuelle Laufzeiten und Möglichkeiten zur Kündigung bzw. Vertragsbeendigung für die einzelnen Objekte möglich. 181

Sollten die Parteien einen Rahmenvertrag schließen, ist sicherzustellen, dass auf den Rahmenvertrag hinreichend Bezug genommen wird. Für jedes Objekt vereinbaren die Parteien in diesem Fall gesondert nach den dem Rahmenvertrag als Anlage beiliegenden Formular Einzelverträge, welche insbesondere die Vertragslaufzeit und die jeweils geschuldeten Leistungen individuell regeln. Eine detaillierte Beschreibung der vom AN geschuldeten Leistungen ergibt sich aus dem für jedes Objekt gesondert zu vereinbarenden Leistungsverzeichnis, das Vertragsbestandteil des Einzelvertrags ist. Über den Abschluss von Einzelverträgen können die Parteien beliebig weitere Objekte aufnehmen oder entfallen lassen, ohne dass hiervon der Rahmenvertrag berührt würde. 182

- 183 Bei Beendigung des Rahmenvertrags enden automatisch auch die auf seiner Basis abgeschlossenen Einzelverträge. Im umgekehrten Fall, nämlich der Beendigung eines Einzelvertrages, gilt der Rahmenvertrag unverändert fort.

3.5.2 Vertragsbestandteile und Rangfolgenregelung

3.5.2.1 Vertragsbestandteile

- 184 Als Vertragsbestandteile kommen im Regelfall in Betracht:
- Leistungsverzeichnis (ggf. unter Beifügung von Tätigkeitskatalogen und Massenzusammenstellungen) zur Beschreibung der Leistungspflichten und zur Preisabfrage,
 - Gebäudesteckbriefe zur Beschreibung der Objekte,
 - Formulare (z.B. Bürgschaftsmuster, Musteraufträge für Leistungen auf Abruf, etc.) und
 - sonstige Angaben (z.B. definierte Reaktionszeiten, Anmeldeprozesse, etc.).
- 185 Weiterhin sollten die dem Vertragszweck dienenden gesetzlichen Vorschriften, Unfallverhütungsvorschriften, behördlichen Bestimmungen sowie Normen, Richtlinien und verbindlichen Herstellerspezifikationen in ihrer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Leistungserbringung gültigen Fassung eingezogen werden. Aus Sicht des Kunden sollte die zweite Variante (Zeitpunkt der Leistungserbringung) gewählt werden. Auf deren vertragliche Geltung als Vertragsbestandteil ist im Vertrag explizit hinzuweisen.
- 186 Beispielfhaft empfehlen sich folgende Vertragsbestandteile:
- Sämtliche einschlägigen Errichtungs-, Verarbeitungs-, Instandhaltungs-, Betriebs- und Anwendungsvorschriften der Hersteller, sofern sie nicht hinter den Anforderungen aus dem Vertrag, insbesondere dem Leistungsverzeichnis und seinen Anlagen, zurückbleiben,
 - alle allgemein gültigen Vorschriften zur Verhütung von Unfällen (insbesondere die berufsgenossenschaftlichen Unfallverhütungs- und sonstigen Vorschriften) und sonstigen Vorschriften über die Verkehrssicherheit und Arbeitssicherheit,
 - sämtliche für die vertraglichen Leistungen jeweils relevanten gewerberechtlichen Vorschriften,
 - sämtliche einschlägigen Gesetze (einschließlich der ergangenen Verordnungen, Anordnungen oder Bestimmungen), Erlasse, Verordnungen und Richtlinien (auch europäische Richtlinien) der staatlichen Körperschaften (Europäische Union, Bundesrepublik Deutschland, Bundesländer und Kommunen), Aufsichtsbehörden, öffentlichen Versorgungsbetriebe, Bau-, Gewerbe-, Verkehrs- und Gesundheitspolizei und Feuerwehr sowie des TÜV sowie alle in Betracht kommenden Behördenvorschriften und örtlichen Satzungen,
 - sämtliche allgemein anerkannten Regeln der Technik (insbesondere, aber nicht ausschließlich: alle einschlägigen jeweils aktuellen technischen Vorschriften, DIN-Normen einschließlich etwaiger Gelbdrucke und EN-Normen in ihrer neuesten Fassung, VDI-

und VDE-Vorschriften und -Bestimmungen, die Bestimmungen des Deutschen Vereins für das Gas- und Wasserfach (DVGW), die technischen Vorschriften, Auflagen und Bestimmungen der in Deutschland allgemein anerkannten Fach-, Sicherheits- und Aufsichtsbehörden, Gütegemeinschaften, Verbände und Innungen) und

- die Bestimmungen der VOL/B bzw. VOB/B.

Die VOL/B ist nach ihrer Präambel bestimmt für Verträge über Leistungen, insbesondere für Dienst-, Kauf- und Werkverträge sowie für Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen (Werklieferungsverträge gemäß § 650 BGB n.F.). Dabei ist der Begriff der „Leistungen“ weit gefasst. Eine Einengung auf die explizit genannten Vertragstypen ist damit nicht verbunden. Dem gegenüber bezieht sich die VOB/B ausschließlich auf Bauleistungen. Da es sich insoweit auch um werkvertragliche Leistungen handelt, die VOL/B und VOB/B aber durchaus abweichende Regelungsinhalte aufweisen, ist für jeden Einzelfall zu überlegen, ob die VOL/B oder VOB/B als Vertragsbestandteil einbezogen wird.

187

3.5.2.2 Rangfolgenregelungen

a) Auslegungsgrundsatz „Speziell vor Allgemein“

Facility Management-Verträge bestehen regelmäßig aus einer Vielzahl von (Vertrags-)Bestandteilen. Dabei kann es naturgemäß vorkommen, dass sich einzelne Bestimmungen (scheinbar) widersprechen.

188

Sollte keine Rangfolgenregelung vereinbart sein oder die Widersprüche innerhalb einer Ebene auftreten, sind etwaige Widersprüche durch Auslegung des Vertrags aufzulösen. Hierzu können zumeist folgende Grundsätze herangezogen werden, wobei sich eine schematische Anwendung verbietet:

189

- zwingende gesetzliche Regelungen genießen stets Vorrang,
- vorrangig vor anderen Vertragsbestandteilen gelten die Bestimmungen des verhandelten und unterzeichneten Vertragstextes sowie (einbezogener) Verhandlungsprotokolle,
- Individualvereinbarungen gehen AGB vor (§ 305b BGB),
- speziellere Regelungen gehen den allgemeinen Regelungen vor.

b) Auslegung unter Anwendung von Rangfolgeregelungen

Rangfolgeregelungen erleichtern die Arbeit mit dem Vertragstext. Eine solche Rangfolgenregelung enthält z.B. § 1 Abs. 2 VOB/B bzw. § 1 Nr. 2 VOL/B. Mit ihnen bestimmen die Parteien, in welcher Reihenfolge die Elemente des Vertragstextes bei der Bestimmung des Vertragsinhalts heranzuziehen sind. Entscheidend ist aber, dass sich eine Rangfolgeproblematik erst ergeben kann, wenn sich zwei Vertragsbestandteile widersprechen.

190

Bei zwei Bestimmungen, die sich einander widersprechen, genießt diejenige den Vorrang, der die Parteien eine höhere Bedeutung beigemessen haben. Die nachrangige Klausel wird dadurch entweder nicht zum Vertragsbestandteil oder kann nur ergänzend hinzugezogen werden. Eine Auslegung des Vertrags ist dann nur noch bei gleichrangigen Vertragsbestandteilen – und bei echten Widersprüchen – erforderlich.

191

- 192 Mit Rangfolgeregelungen können die Parteien auch bestimmen, ob Zeichnungen Vorrang vor der Leistungsbeschreibung genießen sollen. Ein Grundsatz, wonach die zeichnerische Darstellung Vorrang vor einer Beschreibung genießt, existiert nicht. In § 1 Abs. 2 VOB/B werden Zeichnungen als Teil der Leistungsbeschreibung angesehen und stehen gleichwertig neben der Baubeschreibung und dem Leistungsverzeichnis. Bilden Zeichnungen die Leistung genauer ab als das Leistungsverzeichnis, kann ihnen nach den obigen Grundsätzen Vorrang eingeräumt werden. Etwas anderes kann gelten, wenn das Leistungsverzeichnis die Leistung erschöpfend beschreibt oder Zeichnungen die Gegebenheiten nicht zutreffend wiedergeben. Auch Widersprüche zwischen Zeichnungen können nach den oben genannten Grundsätzen aufgelöst werden.

3.5.3 Regelungen zu sonstigen Nebenpflichten

- 193 Neben (Haupt-)Leistungspflichten treffen die Vertragsparteien in Facility Management-Verträgen regelmäßig auch Nebenpflichten.

3.5.3.1 Auftraggeberseitige Nebenpflichten

- 194 Rechtsfolge der Verletzung auftraggeberseitiger Nebenpflichten sind Schadensersatzansprüche nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 280 BGB). Darüber hinaus kommen Ansprüche gegen den Auftraggeber aus Verzug gemäß § 642 BGB bzw. § 6 VOB/B bzw. § 5 VOL/B in Betracht. Diese Ansprüche führen zum einen zu einer Verlängerung der Ausführungszeit und zum anderen zu Schadensersatz-/Entschädigungsansprüchen.
- 195 Folgende Nebenpflichten des Auftraggebers kommen in Betracht:
- Der Auftraggeber ist (neben dem Auftragnehmer) zur wechselseitigen Kooperation verpflichtet. Dies gilt für Facility Management-Verträge im technischen Facility Management vor allem dann, wenn sie nicht ganz unbedeutende oder auf simpelste Vorgänge reduzierte Bauleistungen zum Gegenstand haben, zumal es sich beim Facility Management-Vertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt und zwischen Kunde und Facility Manager im Regelfalle eine enge Abstimmung erforderlich ist. Ohne ein enges Ineinandergreifen von Auftraggeber- und Auftragnehmerpflichten ist ein geordneter, zeitlich planbarer und koordinierter Ablauf (z.B. Bewirtschaftung einer Immobilie) gar nicht möglich, so dass insoweit die Grundsätze der Rechtsprechung zu den Kooperationspflichten beim Bauvertrag auf den Facility Management-Vertrag übertragbar sind.⁷¹
 - Daneben treffen den Auftraggeber weitere Nebenpflichten, die aus den allgemeinen Grundsätzen des § 242 BGB (Treu und Glauben) abgeleitet werden können. Dabei handelt es sich um (Leistungs-)Treue-, Rücksichts-, Schutz- und Aufklärungspflichten. Es empfiehlt sich allerdings, diese Pflichten im Vertrag zu konkretisieren. Im Facility Management-Vertrag können dies im Einzelfall sein: Kommunikationspflichten (vor allem

71 Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, VOB Teile A und B, 2. Aufl., München 2007, VOB/B § 6 Rn. 48.

für den Notfall), Einhaltung und Beachtung etwaiger Eskalationsregelungen, Bereitstellungspflichten (Räume, Geräte, Zugangsausweise, etc.).

3.5.3.2 Auftragnehmerseitige Nebenpflichten

Auch den Auftragnehmer treffen die aus § 242 BGB abgeleiteten Nebenpflichten. Allerdings sind auch diese im Einzelfall zu konkretisieren, um einen hinreichenden Anknüpfungspunkt für Schadensersatzansprüche gemäß § 280 BGB zu haben. Im Einzelnen: 196

- Den Auftragnehmer treffen wie den Auftraggeber Kooperations- und sonstige aus § 242 BGB abzuleitende Nebenpflichten. Da der Facility Management-Vertrag als Geschäftsbesorgung gemäß § 675 BGB einzuordnen ist, treffen den Facility Manager darüber hinaus bereits von Gesetzes wegen zahlreiche Nebenpflichten wie z.B. die Auskunft- und Rechenschaftspflicht gemäß § 666 BGB und die Herausgabepflicht gemäß § 667 BGB.
- Im Einzelfall sollten folgende Pflichten geregelt werden:
 - Gewährleistung der Betriebssicherheit
 - Werterhalt
 - Steigerung der Nutzerzufriedenheit
 - Vermeidung von etwaigen Behinderungen des Kunden; Anpassung der Leistungserbringung an die betrieblichen Abläufe des Kunden zur Vermeidung von Störungen des Betriebsablaufs
 - Nachweispflichten (z.B. im Hinblick auf die Geeignetheit des eingesetzten Personals)
 - Dokumentationspflichten
 - Einhaltung der Arbeitszeiten bzw. der Besetzung von Störmeldestellen
 - Mitwirkungspflichten
 - Kommunikations- und Informationspflichten (insbesondere Notfallkommunikation)
 - Pflicht zum pfleglichen Umgang mit den überlassenen Gegenständen/Herausgabepflichten bei Beendigung des Vertragsverhältnisses
 - Anforderungen an das eingesetzte Personal (Ausbildung, Auftreten, Dienstkleidung, etc.)
 - Pflicht zur Fortbildung bzw. Schulung des eingesetzten Personals
 - Termintreue
 - Qualitätsmanagement nach DIN EN ISO 9000, DIN EN ISO 9001:2000 oder vergleichbar
 - Geheimhaltung und Datenschutz (z.B. nach den einschlägigen Vorschriften des BDSG)

Daneben ist von großer Bedeutung, den Facility Manager zu verpflichten, die einschlägigen Bestimmungen der Arbeitssicherheit und des Umweltschutzes einzuhalten. Im Rahmen der Arbeitssicherheit bezieht sich diese Verpflichtung insbesondere auch auf die Mitarbeiter des Facility Managers sowie die Mitarbeiter seiner Nachunternehmer und die regelmäßige Durchführung von Gefährdungsbeurteilungen in Bezug auf die Arbeitsmittel und -bedingungen. Für die zu erbringenden Leistungen hat der Facility Manager die geltenden Umweltschutzbestimmungen in ihrer jeweils gültigen Fassung anzuwenden (z.B. Abfallentsorgung). 197

3.5.3.3 Kostenauslösende Maßnahmen

- 198 Es ist denkbar, dass im Zuge der Durchführung des Facility Management-Vertrages kostenauslösende Maßnahmen anfallen. Solche Maßnahmen sind kleinere Tätigkeiten, die typischer Weise anfallen und deren konkreter Inhalt, Zeitpunkt und Umfang aufgrund der Vielfalt möglicher Lebenssachverhalte nicht im Voraus bestimmt und daher auch nicht in der Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden kann. Insoweit empfiehlt es sich, entweder ein Budget zu definieren, über welches der Facility Manager über einen gewissen Zeitraum verfügen kann, oder zu regeln, dass der Facility Manager verpflichtet ist, unverzüglich die Notwendigkeit einer solchen Maßnahme schriftlich anzuzeigen und auf die daraus resultierenden finanziellen Folgen hinzuweisen. Auf dieser Grundlage kann der Kunde entscheiden, ob er eine solche Leistung durchgeführt wissen will. Für den Fall der Gefahr im Verzug ist es sinnvoll, dass der Facility Manager berechtigt ist, kostenauslösende Maßnahmen ohne vorhergehende Information/Anordnung des Kunden zu ergreifen. Eine betragsmäßige Höchstgrenze kann hierzu in den Vertrag aufgenommen werden. Allerdings sollte in jedem Fall geregelt werden, dass auch ein Ansprechpartner auf Seiten des Kunden ständig erreichbar ist, um dadurch Schäden zu vermeiden.

3.5.4 Wahrnehmung der Betreiberverantwortung bzw. von Verkehrssicherungspflichten

- 199 Die Betreiberverantwortung im Facility Management ist eine komplexe Materie.⁷² Im Einzelnen:
- Es gibt zahlreiche Rechtsgrundlagen wie Gesetze, Verordnungen, Satzungen, Unfallverhütungsvorschriften, DIN-Normen, VDE-, VDI-, VdS-Richtlinien, etc. Aus all diesen Rechtsgrundlagen ergeben sich zahlreiche Pflichten, die zu beachten sind.
 - Der Inhalt der einschlägigen Regelungen hängt vom jeweiligen Standort der Immobilie, etc. ab, da es sich bei den einschlägigen Vorschriften um Bundes-, Landes- und Gemeinderecht handelt. Daraus ergeben sich örtlich unterschiedliche Anwendungs- und Geltungsbereiche.
 - Auch bei den Unfallverhütungsvorschriften ergeben sich unterschiedliche Anwendungs- und Geltungsbereiche, da diese von den Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung stammen und als autonomes Recht daher je nach Zuständigkeit variieren.⁷³
 - Die Betreiberverantwortung kann vertraglich weitgehend delegiert bzw. übertragen werden, so dass im Einzelfall zu bestimmen ist, wen im Falle eines Schadenseintritts die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit und damit die Haftungsübernahme trifft.
 - Unter Beachtung der vorstehend aufgeführten Rechtsgrundlagen hat derjenige, der eine Gefahrenlage für Dritte z.B. durch den Betrieb von Immobilien oder technischen Anla-

72 Forster/Schielein, Rechtliche Aspekte des Facility Managements (FM-Recht), ZfIR 2016, 213 (217); instruktiv hierzu HfK kompakt Facility Management, 2. Aufl., 2011, abrufbar unter www.hfk-rechtsanwaelte.de/dient/media/221/facility_management_web.pdf.

73 Glauche, in: Zehrer/Sasse, Bd. 1 Kap. 4.3 S. 1.

gen schafft, alle erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zur Gefahrenabwehr und Vermeidung der Schädigung Dritter zu ergreifen, soweit dies möglich ist. Eine vollumfängliche Absicherung ist jedoch gleichwohl nicht möglich.

Jedem Facility Manager ist daher dringend anzuraten, die für seinen konkreten Managementbereich maßgeblichen Rechtsquellen und die sich hieraus ergebenden Pflichten systematisch zu erfassen und hieraus ein Pflichtenheft zu erstellen. Die konsequente Beachtung und Umsetzung der in einem solchen Pflichtenheft erfassten Pflichten ermöglicht die Vermeidung etwaiger Haftungsfallen. 200

Als praxisgerechter Grundstein für die Bewertung etwaig bestehender Risiken empfiehlt sich z.B. in Bezug auf Immobilien die Durchführung einer detaillierten Gebäudesubstanzanalyse. Ziel einer derartigen Analyse ist die strukturierte Erfassung des technischen und baulichen Ist-Zustands und darauf aufbauend die systematische Ermittlung etwaig notwendiger Instandsetzungsmaßnahmen, etc. sowie der hierfür notwendigen Kosten. Ergänzend können bei einer solchen Analyse weitere Gesichtspunkte wie z.B. das energetische Einsparpotenzial geprüft werden. 201

Als Arbeitshilfe kann hierbei für den Facility Manager die GEFMA Richtlinie 190 empfohlen werden.

3.5.4.1 Einführung

Die **Betreiberverantwortung** ist die Summe aller gesetzlichen/vertraglichen im konkreten Einzelfall einschlägigen Betreiberpflichten und die daraus resultierende Verantwortlichkeit im Sinne einer Haftungsübernahme für den Fall einer etwaigen schuldhaften Pflichtverletzung. 202

Den Betreiber treffen im Rahmen des Facility Management vielgestaltige Verantwortlichkeiten. Es sind dies insbesondere solche rechtlicher Art, die sich sowohl aus vertraglichen Vereinbarungen als auch aus dem Gesetz ergeben können.⁷⁴ Ausgangspunkt vieler gesetzlicher Verpflichtungen ist dabei eine durch den Verantwortlichen geschaffene Gefahrenlage. Die Rechtsprechung nimmt dabei an, dass der Verantwortliche die Verpflichtung hat, Maßnahmen zu treffen, die eine Schädigung Dritter verhindern, soweit solche Maßnahmen notwendig und zumutbar sind. Zivilrechtlich ist die Betreiberverantwortung also vor allem im Zusammenhang mit der Verletzung sogenannter Verkehrssicherungspflichten von Relevanz, die zu einer Haftung im Fall ihrer Verletzung führen können.⁷⁵ Eine für eine solche zivilrechtliche Haftung relevante Gefahrenlage besteht regelmäßig beim Betrieb von Gebäuden und Anlagen. Die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Verkehrssicherungspflichten und damit der Betreiberverantwortung dient also der Vermeidung bzw. Verringerung eines solchen Haftungsrisikos.

Hierzu tritt – nicht minder bedeutsam – die wirtschaftliche Verantwortung gegenüber dem Eigentümer, der eine möglichst optimierte Rendite aus dem vom Facility Manager betreuten Objekterzielen will. Daneben treffen das Facility Management gem. Tab. 3.4 Abgrenzung Verantwortlichkeiten auch rechtliche wie soziale Verantwortlichkeiten ge- 203

74 BGH, Urt. v. 12.11.2008 – 4 StR 252/08, IBR 2009, 118.

75 BGH, Urt. v. 16.05.2006 – VI ZR 189/05, NJW 2005, 2326.

genüber Nutzern und Dritten, wie z.B. Nachbarn (vgl. hierzu auch die vertragliche und deliktische Haftung des Streudiensstes gegenüber Mietern⁷⁶).

204 Tab. 3.4 Abgrenzung Verantwortlichkeiten

Rechtlich	Wirtschaftlich	Sozial
<i>Grundlagen</i>		
gesetzliche Regelungen vertragliche Vereinbarungen technische Vorschriften	kaufmännische Erfordernisse	gesamtgemeinschaftliche Ver- nunfterwägungen; (rechtlich nicht verbindliche) Richtlinien
<i>Ziele</i>		
Sicherheit durch Abwehr von Gefahren geschützte Rechtsgüter: Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Ei- gentum und sonstige Rechte von Per- sonen; Umwelt (Luft, Boden, Wasser)	Rendite	Sicherheit
<i>Charakter</i>		
Gesetze: gelten generell für alle (inter omnes)	Verträge: gelten speziell zw. Parteien (inter partes)	freiwillig, soweit rechtlich (noch) nicht verpflichtend (z.B. Klimaschutz)

- 205** Adressat der Betreiberverantwortung ist der Facility Manager, wenn er im Rahmen seines Facility Management-Vertrages die Betreiberverantwortung übernimmt. Die im Rahmen dieser Verantwortung bestehenden (Verkehrssicherungs-)Pflichten muss der Facility Manager – nicht zuletzt im eigenen Interesse – umfassend wahrnehmen.
- 206** Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen ist ausschließlich die in rechtlicher Hinsicht relevante Betreiberverantwortung als der Teilbereich, aus dem für die betroffenen Anwender/Nutzer und Facility Manager und die jeweils handelnden Personen existenziell bedrohliche Haftungsrisiken erwachsen können, deren Realisierung es zuverlässig zu verhindern gilt.
- 207** Infolge der beständig fortschreitenden Rechtsentwicklung (Erlass europäischen Rechts, dessen Umsetzung in nationales Recht sowie dessen laufende Aktualisierung), der Tendenz zur Deregulierung (Übertragung von bisher seitens staatlicher Überwachungsorganisationen wahrgenommenen Aufgaben auf die Beteiligten selbst) sowie der Rolle der Medien (Sensibilisierung für Gefahren, die von Anlagen ausgehen, durch detaillierte Berichterstattung über Unglücke; gesteigertes Umweltbewusstsein) ergeben sich zunehmend gesteigerte Haftungsgefahren für den Facility Manager und die für ihn verantwortlich tätigen Personen, zumal die Rechtsprechung immer strengere Maßstäbe anlegt. Besondere Verantwortlichkeiten bürdet der Gesetzgeber gem. Tab. 3.5 Verantwortlichkeit von Personengruppen folgenden Personengruppen auf:

⁷⁶ BGH, Urt. v. 22.01.2008 – VI ZR 126/07, NJW 2008, 1440.

Tab. 3.5 Verantwortlichkeit von Personengruppen

Eigentümer	Betreiber	Arbeitgeber	Bereitsteller
von Grundstücken und Gebäuden	von technischen Anlagen	von Beschäftigten	von Arbeitsplätzen und Arbeitsmitteln
Dies können sein:			
private Unternehmen	öffentliche Einrichtungen	„halböffentliche“ Unternehmen	
Personen- und Kapitalgesellschaften sowie natürliche Personen	Bund, Länder, Gemeinden; Anstalten, Körperschaften und Stiftungen öffentlichen Rechts	Messegesellschaften, Flughäfen, Post, Bahn	
Konkret betroffen von den sich aus der ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Betreiberverantwortung sind:			
Unternehmen		die natürlichen, für diese handelnden Personen	

Die Verantwortlichkeit (Haftung) gliedert sich hierbei gem. Tab. 3.6 Abgrenzung verschuldens(un-)abhängige Haftung in zwei Bereiche:

Den Bereich der Gefährdungshaftung⁷⁷ muss der Facility Manager unbedingt durch Versicherungen 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. Diese Abtrennung einer Schadensersatzpflicht von einem persönlichen Fehlverhalten führt zu einer „Unabwendbarkeit“ gewisser Schadensersatzpflichten.

208

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

209

3.5.4.2 Verantwortungsbereiche

Es bestehen zahlreiche Verantwortungsbereiche gem. Tab. 3.7 Abgrenzung Verantwortungsbereich – Geschütztes Rechtsgut, in welchen zur Konkretisierung und Bestimmung

210

77 OLG Bamberg, Urt. v. 10.12.2007 – 4 U 38/06, IMR 2008, 1047.
78 OLG Frankfurt, Urt. v. 13.03.2009 – 10 U 133/08, IBR 2009, 402; OLG München, Beschl. v. 18.02.2009 – 32 Wx 120/08 IMR 2009, 126; BGH, Urt. v. 14.06.1993 – III ZR 135/92, BB 1993, 1759; BGH, Urt. v. 15.12.1999 – IV ZR 264/98, VersR 2000, 444; BGH, Urt. v. 04.02.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366.
79 BGH, Urt. v. 14.06.1993 – III ZR 135/92, BB 1993, 1759; BGH, Urt. v. 15.12.1999 – IV ZR 264/98, VersR 2000, 444; BGH, Urt. v. 04.02.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366; OLG Frankfurt, Urt. v. 13.03.2009 – 10 U 133/08, IBR 2009, 402; OLG München Beschl. v. 18.02.2009 – 32 Wx 120/08 IMR 2009, 126.

Tab. 3.6 Abgrenzung verschuldens(un-)abhängige Haftung

verschuldensunabhängige Haftung ⁷⁸	verschuldensabhängige Haftung ⁷⁹
Gefährdungshaftung	Normalfall der gesetzlich vorgesehenen Haftung
<i>Charakter</i>	
Eine Haftung kommt alleine aufgrund der durch den Verantwortlichen geschaffenen Gefahrenverursachung auch bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt in Betracht.	Eine Haftung ist vermeidbar durch Einhaltung der den gesetzlichen/vertraglichen Vorgaben entsprechenden Sorgfalt.
<i>Folgerung</i>	
Eine Absicherung durch Versicherungsvertrag ist unbedingt empfehlenswert (vgl. Kap. 9).	Eine Absicherung durch Versicherungsvertrag ist in aller Regel empfehlenswert (vgl. Kap. 9).
<i>Beispiel</i>	<i>Voraussetzungen</i>
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
Rechtsfolge: Schadensersatzpflicht (auch ohne Verschulden)	Rechtsfolge: Schadensersatzpflicht (nur bei Verschulden)
	Die Vermeidung einer Pflichtverletzung setzt in erster Linie die Kenntnis dieser Pflicht voraus; in zweiter Linie ist die laufende und sorgfältige Einhaltung der einschlägigen Vorschriften erforderlich, um den Vorwurf des Verschuldens auszuschließen.

der Verhaltenspflichten Rechtsvorschriften existieren, von deren Existenz und etwaiger Änderung der Facility Manager zuverlässige und zeitnahe Kenntnis haben bzw. erhalten muss. Die umfassende Kenntnis dieser Regelungen ist erforderlich, um die dem Facility Manager auferlegten Pflichten ordnungsgemäß erfüllen zu können.⁸⁰

- 211** Die Verantwortlichkeit des Facility Managers beginnt nicht erst mit der Aufnahme seiner vertraglichen Leistung, sondern geht im Einzelfall deutlich weiter und kann zu einem wesentlich vorgelagerten Zeitpunkt einsetzen. So ist der Facility Manager 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. Es empfiehlt sich daher, bei Übernahme der Betreiberverantwortung eine Gebäudesubs-

⁸⁰ Vgl. hierzu GEFMA Richtlinie 190, Ziffer 3.1.1.

Tab. 3.7 Abgrenzung Verantwortungsbereich – Geschütztes Rechtsgut

Verantwortungsbereich⁸¹	Geschütztes Rechtsgut
Standortsicherheit	<i>Persönliche Rechtsgüter:</i> Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum (vgl. § 823 Abs. 1 BGB)
Blitzschutz	
Explosionsschutz	
Erschütterungsschutz	
Wärmeschutz	
Lärm-/Schallschutz	
Brandschutz	
Verkehrssicherheit	
Sicherheit elektrischer Anlagen	
Umgang mit Arbeitsmitteln	
Umgang mit gefährlichen Stoffen	
Kontakt mit schädlichen Einflüssen	
Gestaltung der Arbeit	
Hygiene	
Immissionsschutz	<i>Schutz der Umwelt:</i> Luft, Boden, Wasser
Bodenschutz	
Gewässerschutz	

tanzanalyse durchzuführen, so dass sich die aus der Bausubstanz ergebende Verantwortlichkeit – gleich zu Beginn – klar umrissen und eingeschätzt werden kann.

Dies sei am Beispiel des Brandschutzes näher erläutert: Es reicht nicht aus, wenn sich der Eigentümer einer Immobilie auf den Standpunkt stellt, er habe keine Anhaltspunkte dafür, dass den Brandschutzvorschriften zuwider laufende Nutzungen oder Umbauten vorliegen würden. Bei Übernahme des Objektes hat er vielmehr abschließend zu prüfen, ob die Brandschutzeinrichtungen, die (nach gesetzlichen Vorgaben und den Bauplänen) vorhanden sein müssten, auch tatsächlich vorhanden sind.⁸¹ Diese Verpflichtungen werden durch das Erfordernis ergänzt, während des Betriebs keine Veränderungen vorzunehmen bzw. zu erlauben, denen Bauvorschriften entgegenstehen.

81 OLG Hamm, Beschl. v. 09.01.2009 – 15 Wx 142/08, IMR 2009, 170; OLG Frankfurt, Urt. v. 11.03.2008 – 10 U 118/07, IBR 2008, 279.

- 212 Über die vorgenannten, rechtlich maßgeblichen Verantwortungsbereiche hinaus bestehen weitere Themengebiete, die gleichfalls die oben genannten Rechtsgüter (wie Leben, Körper, Eigentum etc.) betreffen, hinsichtlich derer jedoch (derzeit) keine gesetzlichen Anforderungen bestehen.
- 213 Es handelt sich zum Beispiel um
- Schutz gegen Naturgewalten (Sturm, Hagel, Überschwemmung, Erdbeben, etc.),
 - Schutz gegen Kriminalität (Vandalismus, Terrorismus, Sabotage, etc.),
 - Informationssicherheit,
 - Warensicherung und
 - Geld- und Wertsicherung.
- 214 Der Facility Manager sollte ungeachtet fehlender gesetzlicher Verpflichtungen jedoch auch diese Bereiche als Teil seines Aufgabenbereiches verstehen und mit dem Auftraggeber erörtern, zumal in aller Regel gewichtige wirtschaftliche Folgen an deren Nichtbeachtung anknüpfen können.
- 215 Im Rahmen der Betreiberverantwortung bedürfen diese Bereiche nicht der weiteren Vertiefung, soweit der Gesetzgeber zumindest derzeit keine Vorgaben macht.
- 216 Dies tangiert selbstverständlich nicht etwaige vertragliche Pflichten, die der Facility Manager zu erfüllen hat und bei deren Nichterfüllung er sich (Schadensersatz-)Ansprüchen des Anwenders/Nutzers aussetzt. Solche Regelungen sind in den nicht gesetzlich geregelten Bereichen häufig anzutreffen, so beispielsweise die Bereitstellung eines Wachdienstes (im Hinblick auf den oben genannten Schutz vor Kriminalität).
- 217 Neben den vorstehend dargestellten sachlichen Verantwortungsbereichen sind weiterhin örtliche Verantwortungsbereiche zu beachten.
- 218 Beim Facility Management dürfen die zu betreibenden Gebäude oder Anlagen nicht isoliert von ihrer Umwelt betrachtet werden. Die Verantwortlichkeit des Betreibers endet nicht zwingend an der Grundstücksgrenze. 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.
- 219 Im Fall des Facility Managements heißt dies konkret, dass sich die Verantwortung des Betreibers auf das gesamte Grundstück einschließlich der Wege- und Parkflächen bezieht. Es ist darüber hinaus möglich – und zwingend zu prüfen –, dass durch städtische Verordnungen oder Satzungen dem Betreiber auch die Verantwortung für die Verkehrssicherung angrenzender öffentlicher Flächen auferlegt ist. Eine derartige Erstreckung, etwa auf die angrenzenden Fuß- und Gehwege im Rahmen einer Räum- und Streupflicht, ist vom Betreiber unbedingt zu beachten.

3.5.4.3 Gesetzliche Pflichten des Betreibers

- 220 Bei der Überprüfung und Erfüllung der dem Facility Manager obliegenden 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 im Einzelfall bedürfen.

Hinsichtlich der gesetzlichen Betreiberpflichten ist – abgesehen von spezialgesetzlichen Sondernormen – regelmäßig der deliktische Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB Ausgangspunkt der gesetzlichen Verpflichtungen des Betreibers. Voraussetzung für einen Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB ist ein aus einer Rechtsgutverletzung resultierender kausal entstehender Schaden, welche wiederum durch eine schuldhaft Pflichtenverletzung verursacht worden ist. Als verletztes Rechtsgut werden im Kontext des Facility Managements häufig Leben, Körper, Gesundheit und Eigentum in Betracht kommen. Die bestehenden Betreiberpflichten, gegen die vorsätzlich oder fahrlässig verstoßen wird, folgen meist aus dem Betrieb einer Anlage/Immobilie. Es handelt sich also um die schon oben beschriebenen Verkehrssicherungspflichten. 221

a) Eigenverantwortung

Es ist in der Praxis tatsächlich kaum zu erwarten, dass eine lückenlos vollständige und abschließende Auflistung aller zu erbringenden Maßnahmen und Tätigkeiten des Facility Managements gelingt. Somit liegt die Beurteilung möglicher Gefahren und der zu ihrer Abwehr erforderlichen Maßnahmen sowie die Anwendung und Ausfüllung der bestehenden Vorschriften vor allem im Ermessen des Verantwortlichen selbst, der entscheiden muss, welche Maßnahmen zu ergreifen und welche Handlungen durchzuführen sind, um seinen Sorgfaltspflichten im Einzelfall zu genügen⁸². Dieser Beurteilungs- und Ermessensspielraum stellt sich mithin als elementarer Bestandteil der Betreiberverantwortung dar. 222

Im Fall eines Schadenseintritts obliegt es schließlich den staatlichen Gerichten, in rechtlicher Hinsicht zu bewerten, ob die Auffassung des Betreibers bzw. des Facility Managements von der Umsetzung und Erfüllung der Sorgfaltspflichten als ausreichend beurteilt werden kann. 223

Beispiel

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

Abhängig von den konkreten örtlichen Gegebenheiten (auch generelle Beschaffenheit des Weges; Eisbildung im Winter, etc.) wird ein Gericht die Anbringung eines einfachen Handlaufs im Einzelfall als ausreichend oder auch als nicht ausreichend beurteilen⁸³. 224

Dies zeigt deutlich, welch großer Spielraum dem Facility Manager bei der Beurteilung des Inhalts und Umfangs der zu ergreifenden Verkehrssicherungspflichten zukommt. Es ist 225

82 OLG Koblenz, Urte. v. 20.02.2008 – 5 U 101/08, NJW-RR 2008, 1331; BayVGh, Beschl. v. 11.05.2005 – 8 ZB 06.485, IMR 2006, 157; OLG Frankfurt, Urte. v. 19.02.2008 – 18 U 58/07, NJW-RR 2008, 1476; OLG Stuttgart, Urte. v. 15.08.2002 – 13 U 213/01, IBR 2003, 1030.

83 Vgl. hierzu auch OLG Stuttgart, Urte. v. 20.07.2010 – 12 U 55/10, NJW-RR 2011, 26.

für die Praxis daher eine regelmäßige kritische Begehung des Objekts zu empfehlen, bei welcher Schwachstellen aufgedeckt werden sollen. Da sich gerade bei der längeren Betreuung eines Objekts möglicherweise eine gewisse „Betriebsblindheit“ einstellen kann, sollte der Facility Manager bei dieser Begehung von Zeit zu Zeit auch technisch und rechtlich sachverständige Dritte einschalten, um eine möglichst objektive Bewertung zu erhalten.

b) Differenzierung: Unternehmenspflichten/Persönliche Pflichten

226 Zu unterscheiden ist zur Gewährleistung der Schutzzwecke – Unversehrtheit der Beschäftigten, Unversehrtheit Dritter, Schutz sonstiger Rechte, Schutz der Umwelt – zwischen Pflichten des Betreibers und Pflichten der konkret handelnden natürlichen Personen.

Tab. 3.8 Abgrenzung der Pflichten

Pflichten des Betreibers (Facility Manager)⁸⁴	Pflichten der konkret handelnden natürlichen Personen
Pflichten bestehen gegenüber:	Pflichtenkreise und der verpflichtete Personenkreis:
eigenen Beschäftigten (Arbeitsschutz)	Organisation und Überwachung: Unternehmensleitung
Dritten: Nutzer des Gebäudes, Besucher, Passanten, Anwohner/Nachbarn, etc. (Sicherheit, Gesundheitsschutz)	Führung und Überwachung: Führungskräfte
Behörden und Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung (Mitteilungen, Meldungen, Auskunft)	Durchführung: Beschäftigte
Umwelt (Umweltschutz)	spezielle Pflichten: Beauftragte

3.5.4.4 Unternehmenspflichten

227 Das betreibende Unternehmen hat einen erheblichen Pflichtenkreis. Eine grobe Gliederung dieser Pflichten kann dabei insoweit vorgenommen werden, als geklärt wird, wem gegenüber diese Pflichten bestehen. Dem Unternehmen als Betreiber kommen dabei insbesondere Verpflichtungen gegenüber den eigenen Beschäftigten, Dritten, Behörden (und Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung) sowie gegenüber der Umwelt zu. Ein – nicht abschließender – Überblick über die bestehenden Verpflichtungen soll im Folgenden gegeben werden:

a) Gegenüber Beschäftigten

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

84 Vgl. hierzu GEFMA Richtlinie 190, Ziffer 3.2.

Beispielsweise seien hier die § 618 BGB und § 62 HGB genannt. Danach hat der Dienstberechtigte die Räume, in denen seine Beschäftigten ihre Dienste erbringen, so einzurichten und zu unterhalten, dass Gefahren für Leben und Gesundheit (des Beschäftigten) soweit eingeschränkt sind, wie es die Natur der Dienstleistung zulässt. 229

So kam dem Arbeitgeber etwa in einer vom BAG⁸⁵ entschiedenen Fallgestaltung die Verpflichtung zu, seinen Beschäftigten nicht mit Arbeiten zu beauftragen, bei denen die Gefahr besteht, dass der Beschäftigte mit Asbestfasern in Kontakt kommt und folglich die Gefahr einer Gesundheitsschädigung besteht. 230

Die oben genannten Normen werden dabei auch durch öffentlich-rechtliche Vorschriften konkretisiert, wie etwa die ArbStättV. Weitere relevante Vorschriften hinsichtlich bestehender Unternehmenspflichten gegenüber den Beschäftigten ergeben sich auch aus (beispielhaft) folgenden Vorschriften: §§ 3, 4, 10, 11 ArbSchG, § 21 Abs. 1 SGB VII, § 2 UVV GUV-V A1/BGV A1 und § 17 GefStoffV. 231

b) Gegenüber Dritten

Insoweit bestehen Pflichten gemäß den allgemeinen gesetzlichen Regelungen zum Schutz von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum (vgl. § 823 Abs. 1 BGB). 232

Es handelt sich dabei im Wesentlichen um solche Regelungen, die als Verkehrssicherungspflichten bekannt sind und der grundsätzlichen Gefahrenvorbeugung und -abwehr dienen. Diese Verkehrssicherungspflichten erstrecken sich aufgrund der Absolutheit der oben genannten Rechtsgüter nicht nur auf den jeweiligen Vertragspartner oder die Personen, die sich üblicherweise in der betroffenen Immobilie aufhalten, sondern auch auf alle Dritten, wie etwa Passanten oder Personen, die sich nur einmalig im Einflussbereich des Verantwortlichen aufhalten. 233

Sie basieren auf der gesetzgeberischen Wertung, dass zwar jeder grundsätzlich selbst für seine Handlungen verantwortlich ist, aber denjenigen eine besondere Verantwortung trifft, der eine Gefahrenlage für Dritte schafft oder in seinem Verantwortungsbereich fort dauern lässt. Er hat deshalb die allgemeine Rechtspflicht, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um Dritte, die – erlaubterweise – dieser Gefahr ausgesetzt werden, vor einer Schädigung zu bewahren.⁸⁶ 234

Haftungsbegründend ist eine Gefahrenlage dann, wenn sich vorausschauend für einen sachkundig Urteilenden die naheliegende Gefahr ergibt, dass Rechtsgüter Dritter verletzt werden können.⁸⁷ Strengere Sicherheitsmaßstäbe sind hinsichtlich Kinder und ggf. Behinderten wegen deren Unerfahrenheit im einen sowie eingeschränkten Fähigkeiten zu eigenverantwortlichem Handeln im anderen Fall anzulegen.⁸⁸ Bei Gefahrenlagen, mit denen Kinder und/oder Behinderte regelmäßig in Berührung kommen (z.B. Behindertenheim) hat der Betreiber also einen strengeren Maßstab an seine Verkehrssicherungspflichten anzulegen. 235

⁸⁵ BAG, Urt. v. 28.04.2011 – 8 AZR 769/09, NZA-RR 2012, 290.

⁸⁶ BGH, Urt. v. 15.07.2003 – VI ZR 155/02, NJW-RR 2003, 1459; BGH, Urt. v. 21.01.1986 – VI ZR 208/84, NJW 1986, 1865.

⁸⁷ BGH, Urt. v. 03.02.2004 – VI ZR 95/03, NJW 2004, 1449.

⁸⁸ BGH, Urt. v. 04.05.1999 – VI ZR 379-98, NJW 1999, 2364.

- 236 Es gibt jedoch noch zahlreiche andere Kriterien, die bei der Bewertung von Verkehrssicherungspflichten eine Rolle spielen. So ist es etwa von großer Bedeutung, wer Zugang zu dem betroffenen Bereich hat. Insoweit bestehen in öffentlich zugänglichen Bereichen deutlich höhere Verkehrssicherungspflichten⁸⁹. Auch das Alter des betroffenen Gebäudes kann eine Rolle spielen⁹⁰. Weiterhin können auch bestehende Satzungsregelungen und die Ortsüblichkeit gewisser Maßnahmen Einfluss auf die Beurteilung haben⁹¹.
- 237 Behördliche Maßnahmen oder Genehmigungen befreien nicht von der eigenen Prüfung und der Notwendigkeit der Ergreifung eigener Maßnahmen. Selbst bei Bestehen etwa einer Betriebserlaubnis für eine Anlage kann sich deren Betreiber gegenüber Dritten nicht darauf berufen, alle darin enthaltenen Auflagen erfüllt zu haben, wenn er – aus anderen Normen folgende – Verkehrssicherungspflichten unterlassen hat. Dies folgt schon daraus, dass ein behördliches Handeln regelmäßig auf einen bestimmten „Regelungsbereich“ begrenzt ist und gerade nicht alle erdenklichen Pflichten des Betreibers umfasst.
- 238 Für bestimmte Berufsgruppen, Gegenstände oder Tätigkeiten wird der Inhalt der Pflichten durch Regelwerke konkretisiert. So bestehen etwa für Gewerbetreibende Unfallverhütungsvorschriften der entsprechenden Berufsgenossenschaften. Befolgt der Betreffende diese Vorschriften, dürfte er (im Regelfall) seiner Verpflichtung genügt haben, es sei denn, weitere Maßnahmen sind erkennbar erforderlich. Da diese Regelungen zumeist nur der Abwehr einer bestimmten Gefahr dienen, decken diese Vorschriften keinesfalls die Gesamtheit aller Verkehrssicherungspflichten, sondern eben nur diejenigen in einem eingegrenzten Bereich ab.
- 239 Auch DIN-Normen⁹² können zur Konkretisierung herangezogen werden. Diese spiegeln die anerkannten Regeln der Technik wider und werden daher regelmäßig das repräsentieren, was nach der Verkehrsauffassung erforderlich ist. Es bleibt aber trotzdem immer bei einer Entscheidung im Einzelfall.
- 240 Auch Satzungen können in diesem Zusammenhang relevant sein. So kann etwa daraus, dass eine Satzung eine gewisse Verpflichtung nicht enthält, im Einzelfall – aber nicht verallgemeinernd – darauf geschlossen werden, dass diese auch nicht existiert⁹³.
- 241 Die vorstehend aufgeführten Rechtsgrundlagen sind jedoch in keinem Fall abschließend⁹⁴ und stellen nur den in jedem Einzelfall einzuhaltenden Mindeststandard dar. Maßgeblich ist die Anschauung eines „objektiv, sorgfältig und sachkundig Urteilenden“. Neben spezialgesetzlich geregelten Pflichten werden die Verkehrssicherungspflichten insbesondere aus § 823 Abs. 1 BGB ab- und hergeleitet. Auf der Grundlage dieser Vorschrift hat die Rechtsprechung Fallgruppen entwickelt und eine unüberschaubare Anzahl von Einzelfällen entschieden, die einen Einblick in die Pflichtenvielfalt und den Pflichtenumfang gewähren.

89 OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.03.2011 – 7 U 43/10, NJW-RR 2012, 988.

90 LG Bochum, Urt. v. 15.05.2009 – 4 O 476/08, NJW-RR 2010, 35.

91 OLG Naumburg, Urt. v. 11.08.2011 – 2 U 34/11, SVR 2012, 22.

92 BGH, Urt. v. 03.02.2004 – VI ZR 95/03, NJW 2004, 1449.

93 Vgl. hierzu OLG Naumburg, Urt. v. 11.08.2011 – 2 U 34/11, SVR 2012, 22.

94 BGH, Urt. v. 15.07.2003 – VI ZR 155/02, NJW-RR 2003, 1459.

Beispiele (in Bezug auf Immobilien und deren Nutzung, basierend auf § 823 Abs. 1 BGB): **242**

- Beseitigung von Abfällen ohne Umweltgefährdung,⁹⁵
- regelmäßige Überprüfung der Gebäude und sonstigen Grundstücksbestandteile (auch Bäume, etc.) darauf, dass von ihnen keine Gefahren ausgehen (feste Verankerung der Dachziegel, Standfestigkeit der Bäume, rechtzeitige Entfernung morscher Äste, etc.),⁹⁶
- Sicherung eines Grundstücks gegen unbefugten Verkehr hinsichtlich des Spielens von Kindern, insbesondere wenn gefährliche Gegenstände auf dem Grundstück lagern,⁹⁷
- Anbringung von Schneefangittern gegen Dachlawinen, je nach örtlichen Verhältnissen und Zumutbarkeit für den Eigentümer⁹⁸; gegebenenfalls genügt die Aufstellung eines Warnschildes,⁹⁹
- ausreichende Kennzeichnung von Glastüren und -wänden in Fußgängerbereichen,¹⁰⁰
- Räum- und Streupflicht,¹⁰¹
- Sicherung bei Bauarbeiten auf dem Grundstück und an Gebäuden,¹⁰²
- Sicherung von Schachtabdeckungsrosten auch gegen unbefugtes Anheben,¹⁰³
- Verkehrssicherungspflicht eines Parkplatzbetreibers,¹⁰⁴
- Trittsicherheit und Rutschfestigkeit einer Treppe,¹⁰⁵
- Fehlen eines Treppengeländers,¹⁰⁶
- Fußbodenbelag in einem Großmarkt muss vom Betreiber so gewählt werden, dass für die Kunden keine Gefahren bestehen.¹⁰⁷

c) Behörden und Träger der gesetzlichen Unfallversicherung

Es bestehen insbesondere Mitteilungs-, Melde- und Auskunftspflichten, z.B. bei Stör- oder Unfällen mit Personenschaden (§ 193 Abs. 1 SGB VII; § 18 Abs. 1 BetrSichV). **243**

Der Betreiber hat 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. **244**

95 BGH, Urt. v. 07.10.1975 – VI ZR 43/74, NJW 1976, 46.

96 BGH, Urt. v. 22.10.1974 – VI ZR 149/73, NJW 1975, 108; BGH, Urt. v. 21.03.2003 – V ZR 319/02, NJW 2003, 1732; OLG Celle, Urt. v. 14.05.2009 – 8 U 191/08, IMR 2009, 1039.

97 OLG Köln, Urt. v. 28.01.1982 – 14 U 38/81, VersR 1983, 190.

98 OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.10.1977 – 4 U 194/77, VersR 1978, 545; OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.03.1983 – 15 U 280/82, NJW 1983, 2946.

99 OLG Stuttgart, Urt. v. 13.10.1971 – 4 U 77/71, VersR 1973, 356.

100 OLG Köln, Urt. v. 16.09.1993 – 7 U 93/93, NJW-RR 1994, 349.

101 OLG Koblenz, Beschl. v. 20.02.2008 – 5 U 101/08, NJW-RR 2008, 1331.

102 OLG Zweibrücken, Urt. v. 13.09.2002 – 1 U 248/01, VersR 2004, 611.

103 BGH, Urt. v. 19.12.1989 – VI ZR 182/89, NJW 1990, 1236.

104 OLG Saarbrücken, Urt. v. 09.09.2008 – 4 U 114/08, IMR 2009, 1012.

105 BGH, Urt. v. 24.01.2002 – III ZR 103/01, NJW 2002, 1265.

106 OLG Hamm, Urt. v. 28.10.1999 – 6 U 29/99, MDR 2000, 158.

107 BGH, Urt. v. 11.03.1986 – VI ZR 22/85, NJW 1986, 2757.

- 245 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) bewährt sind.
- 246 Um ein derartiges Bußgeld zu verhindern, sollte der Facility Manager nach Möglichkeit ein funktionierendes Meldesystem installieren, welches sowohl alle Mitarbeiter als auch etwaig beauftragte Einzeldienstleister umfasst, um die rechtzeitige Kenntnisnahme des Facility Manager von meldepflichtigen Personenschäden sicherzustellen.

d) Umwelt

- 247 Für Eigentümer von Grundstücken sowie Betreiber von Gebäuden und Anlagen sind insbesondere die nachfolgend aufgeführten Teilbereiche des Umweltschutzes bedeutsam, zumal sich infolge des wachsenden Umweltbewusstseins hier immer umfangreichere Verpflichtungen ergeben und sich auch bestehende Regularien, wie etwa Schadstoffgrenzwerte, stets im Wandel befinden.

aa) Immissionsschutz

- 248 Rechtsgrundlagen der immissionsschutzrechtlichen Pflichten sind das Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG), die dazugehörigen Durchführungsverordnungen (BImSchV auf Landesebene, z.B. LImSchG NRW oder BayImSchG), die Geräte- und Maschinenlärmschutzverordnung (BImSchV 32), die Verordnung über elektromagnetische Felder (BImSchV 26) sowie die allgemeinen Verwaltungsvorschriften („Technische Anleitungen“) wie TA-Luft, TA-Lärm, TA-Abfall und TA-Siedlungsabfall.
- 249 Aus den vorgenannten Rechtsgrundlagen ergeben sich die vom Betreiber der unter den Anwendungsbereich der Normen fallenden Anlagen zu beachtenden Anforderungen und Pflichten betreffend den Immissionsschutz.
- 250 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 Facility Manager sicher zu stellen hat.¹⁰⁸
- 251 Der Verstoß gegen solche Vorschriften ist zum einen als Ordnungswidrigkeit mit Bußgeld bewährt (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 führen¹⁰⁹.
- 252 Die Einhaltung bestehender immissionsrechtlicher Auflagen ist demnach von erheblicher Bedeutung, da im Ernstfall die Stilllegung des Betriebs mit ganz erheblichen nachteiligen Folgen, auch für den Facility Manager, droht. Es empfiehlt sich daher solche Auflagen in ein zu erstellendes und fortzuschreibendes „Pflichtenheft“ aufzunehmen.

108 OLG Dresden, Urt. v. 27.03.2008 – 9 U 1644/05, IBR 2009, 285.

109 OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 16.04.2003 – 8 A 11903/02, IBR 2003, 1095; OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.05.2001 – 6 U 223/00, IBR 2002, 48.

bb) Klimaschutz

Klimaschutz ist zwar erklärter politischer Wille, jedoch (bisher) weitgehend noch nicht durch konkrete gesetzliche Vorschriften geschützt und geregelt. Etwaige Maßnahmen in diesem Sinne stehen im Ermessen des Betreibers, unterfallen jedoch derzeit (noch) nicht der gesetzlichen Betreiberverantwortung. 253

Verstöße gegen Ziele des Klimaschutzes sind infolgedessen derzeit weitgehend noch nicht mit Sanktionen belegt. Hier, wie auch in vielen anderen Bereichen sollte der Facility Manager die politische Entwicklung sowie mögliche daraus folgende Gesetzesänderungen im Auge behalten. Zu seinem Pflichtenkreis gehört es gerade auch, Kenntnis über die relevanten aktuellen Rechtsnormen bzw. deren Entwicklung zu haben. (vgl. hierzu Kap. 7) 254

cc) Bodenschutz

Ziel bodenschutzrechtlicher Vorschriften ist die Abwehr schädlicher Bodenveränderungen und die Verpflichtung des Eigentümers, (aktiv) Maßnahmen gegen von seinem Grundstück ausgehende drohende Gefahren zu ergreifen. Hierunter kann auch die aktive Beseitigung möglicherweise bestehender Altlasten zählen. 255

Relevante **Rechtsgrundlagen** für bodenschutzrechtliche Verpflichtungen im Rahmen des Facility Management folgen aus dem Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG), der Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung (BBodSchV) sowie den Bodenschutzgesetzen auf Länderebene (BodSchG NRW, BayBodSchG, etc.) (vgl. hierzu Kap. 7) 256

dd) Gewässerschutz

Im Rahmen des Gewässerschutzes sollen alle Arten von Gewässern (stehende Gewässer, fließende Gewässer, Grundwasser) vor Verunreinigungen und anderen nachteiligen Veränderungen (bspw. dauerhafte Absenkung des Wasserspiegels) geschützt werden. 257

Zur Erreichung dieser Zielsetzung sehen das Wasserhaushaltsgesetz (WHG) sowie entsprechende Landesgesetze (LWG NRW, BayWasserG); Abwasserverordnung (AbwV) nebst Landes- und Kommunalvorschriften zahlreiche Verpflichtungen im Hinblick auf den Gewässerschutz vor (vgl. hierzu Kap. 7). 258

ee) Abfallentsorgung

Da aus der nicht sachgerechten Entsorgung (Verwertung und Beseitigung) schwerwiegende Folgen für die Umwelt entstehen können, existiert eine Vielzahl von Regelungen hierzu. Beispielhaft sei auf die Gewerbeabfallverordnung (GewAbfV), die Landesabfallgesetze (LAbfG NRW, BayAbfG) sowie gemeindliche Abfallverordnungen oder -satzungen verwiesen. Die Erzeuger und Besitzer von Abfällen sind demgemäß verpflichtet, diese ordnungsgemäß (also den gesetzlichen Maßgaben entsprechend) zu verwerten bzw. zu entsorgen. 259

Für den Eigentümer/Betreiber ergibt sich aus diesen Vorschriften die Pflicht, 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). 260

- 261** Fortlaufend hat das Facility Management insbesondere für die ordnungsgemäße Entsorgung von Abfällen und des Abwassers Sorge zu tragen. Hierbei hat die Verwertung von Abfällen grundsätzlich Vorrang vor deren Beseitigung, so dass Abfälle getrennt zu sammeln und getrennt zu verwerten/entsorgen sind. Hinsichtlich der Abwasserentsorgung treffen das Facility Management Pflichten zur Herstellung und Unterhaltung des Anschlusskanals bis zum öffentlichen Abwasserkanal, zu wiederkehrenden Überprüfungen, zur Einhaltung der Einleitbedingungen sowie Anzeige von Störungen (vgl. hierzu Kap. 7).
- 262** Die Einhaltung dieser Vorschriften ist durch vielfältige Sanktionen bewehrt, die von der Auferlegung der Kosten im Fall der Maßnahmenergreifung durch die öffentliche Hand (§ 24 BBodSchG), über die Verhängung von Bußgeldern (§§ 26 BBodSchG) bis zur Betriebsuntersagung reichen.¹¹⁰

3.5.4.5 Persönliche Pflichten

- 263** Die tatsächliche Erfüllung der vorstehend aufgeführten Pflichten obliegt den für die im Namen des Betreibers bzw. von diesem beauftragten Facility Management-Unternehmen handelnden Personen innerhalb der jeweiligen Hierarchieebenen. Die Organe des Unternehmens sind in ihrer Organisationshoheit grundsätzlich frei; sie müssen lediglich den Erfolg (die Wirksamkeit) der ergriffenen Maßnahmen sicherstellen.
- 264** Zu beachten ist jeweils, dass gem. Tab. 3.9 Delegierbarkeit der Pflichten einige Pflichten nicht wirksam übertragen (delegiert) werden können, sondern vom jeweiligen Organ selbst erfüllt werden müssen. Im Einzelnen:¹¹¹

¹¹⁰ BGH, Urt. v. 24.04.2008 – VII ZR 42/07, IBR 2008, 431; OLG Hamm, Urt. v. 17.10.2006 – 21 U 177/05, IBR 2007, 162, IBR 2007, 72; VG Frankfurt/Oder, Urt. v. 17.11.2008 – 5 K 1080/04, IBR 2009, 1211.

¹¹¹ Vgl. hierzu GEFMA Richtlinie 190, Ziffer 3.2.2.

Tab. 3.9 Delegierbarkeit der Pflichten

Organisationspflichten der Unternehmensleitung	Führungspflichten der Führungskräfte	Umsetzung durch die Beschäftigten	Delegierbarkeit der jeweiligen Pflichten
Aufbauorganisation umfasst die lückenlose und widerspruchsfreie Aufgabenverteilung und Vertretungsregelung im Unternehmen, so dass keine Lücken und keine Überschneidungen in den Zuständigkeiten auftreten		ja	nein
Einsatz von (hinsichtlich fachlicher und persönlicher Qualifikation) geeigneten Führungskräften sowie deren Überwachung		ja	nein
Bestellung von Betriebsbeauftragten soweit betrieblich erforderlich (siehe hierzu nachfolgendes Schaubild)		ja	ja, an Führungskräfte
Gefährdungsbeurteilung veranlassen regelmäßig und für alle Arbeitsplätze, Arbeitsmittel und Gebäudeteile	... durchführen Dokumentation und Ergreifen von Abhilfemaßnahmen sowie deren Dokumentation	ja	Pflicht der Unternehmensleitung: nein; Pflicht der Führungskräfte: ja
Sicherstellung der Durchführung gesetzlicher Prüfungen und Behebung festgestellter Mängel	Organisation der gesetzlichen Prüfungen, Durchführung und Dokumentation	ja	wie vorstehend
Auswahl der die Pflichten Erfüllenden (Eigenpersonal oder Fremdfirmen in ausreichendem Umfang)	Einsetzen des geeigneten Personals	ja	wie vorstehend
Ablauforganisation festlegen hinsichtlich betrieblicher Arbeitsabläufe (z.B. der Instandhaltung)	... überwachen bezüglich Eigenpersonal und Fremdfirmen	... einhalten der angeordneten Abläufe	wie vorstehend

Organisationspflichten der Unternehmensleitung	Führungspflichten der Führungskräfte	Umsetzung durch die Beschäftigten	Delegierbarkeit der jeweiligen Pflichten
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
Geeignete Arbeitsmittel auswählen und beschaffen	... bereitstellen	... benutzen	wie vorstehend

- 265 Einen Sonderfall stellen die speziellen Pflichten von Beauftragten/Koordinatoren dar. Diesen Personen werden durch die entsprechenden Vorschriften spezielle Aufgaben und damit Pflichten übertragen. Ein Weisungsrecht gegenüber den Beschäftigten besteht aber in der Regel nicht. Die Bestellung der Beauftragten/Koordinatoren sowie die daraus folgenden Aufgaben richten sich gem. Tab. 3.10 Bestellung der Beauftragten nach folgenden Normen:¹¹²

Tab. 3.10 Bestellung der Beauftragten

Sachgebiet	Bestellung	Aufgaben
Sicherheitsbeauftragter	§ 22 Abs. 1 SGB VII	§ 22 Abs. 2 SGB VII
Brandschutzbeauftragter	§ 10 Abs. 2 ArbSchG	gemäß Brandschutzkonzept
Abfallbeauftragter	§ 59 KrWG	§ 60 KrWG
Gewässerschutzbeauftragter	§ 64 WHG	§ 65 WHG
Immissionsschutzbeauftragter	§§ 53, 55 BImSchG	§ 54 BImSchG
Störfallbeauftragter	§ 58a BImSchG	§ 58b BImSchG
Strahlenschutzbeauftragter	§ 31 Abs. 2 StrlSchV	§§ 32, 33 StrlSchV
Arbeitssicherheitsbeauftragter	§ 5 ASiG	§ 6 ASiG
Betriebsarzt	§ 2 ASiG	§ 3 ASiG
Arbeitsschutzausschuss	§ 11 ASiG	§ 11 ASiG
Betriebs-/Personalrat	§ 1 BetrVG	§ 80 Abs. 1 BetrVG
SiGe-Koordinator (für Sicherheit und Gesundheitsschutz)	§ 6 Abs. 1 UVV § 3 Abs. 1 BaustellV	§ 3 Abs. 2, 3 BaustellV

¹¹² Vgl. hierzu GEFMA Richtlinie 190, Ziffer 3.2.2.11.

Dieser allgemeine Pflichtenkatalog ist nicht etwa nur beim Facility Management zu beachten, sondern grundsätzlich bei jeder Ausübung einer Geschäftstätigkeit. 266

3.5.4.6 Spezifische Betreiberpflichten des Facility Management

Im Facility Management bestehen darüber hinaus spezifische Betreiberpflichten. Insbesondere bestehen im Hinblick auf den Betrieb von Gebäuden und gebäudetechnischen Anlagen zahlreiche Vorschriften, die die fehlerfreie Herstellung, die regelmäßige Überprüfung und den ordnungsgemäßen Betrieb regeln. Weitere Pflichten können sich im Einzelfall aus behördlichen Anordnungen (etwa in einer Baugenehmigung) ergeben.¹¹³ 267

Diese speziellen Betreiberpflichten resultieren aus dem Umstand, dass im Zuge des Betriebs von Gebäuden oder gebäudetechnischen Anlagen sowie der Nutzung von Arbeitsstätten und Arbeitsmitteln besondere Gefahren für Sicherheit und Umwelt entstehen können. 268

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. 269

Die umfangreichen Verantwortlichkeiten des Facility Managements umfassen – nicht abschließend – insbesondere die nachfolgend aufgeführten Leistungsbereiche. 270

a) Fristgerechte Durchführung der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungen

Der Betreiber kann aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zur Durchführung verschiedenster Prüfungen verpflichtet sein. Die Prüfungen werden durch Sachverständige (auch „zugelassene Überwachungsstellen“) oder Sachkundige (auch „befähigte Personen“) durchgeführt. Da es zu einer Vielzahl notwendiger Prüfungen kommen kann, empfiehlt es sich für den Facility Manager, hierzu einen (EDV gestützten) Terminplan zu führen und die jeweiligen Prüfungen mit ausreichend zeitlichem Vorlauf zu terminieren. 271

Beispielhaft seien hierzu – nicht abschließend – die nachfolgenden Rechtsgrundlagen in Tab. 3.11 Rechtsgrundlagen von Prüfpflichten aufgeführt, aus welchen sich für das Facility Management spezifische Prüfpflichten ergeben.¹¹⁴ 272

Die relevanten Prüfungen sind – in der Regel – bei Eintritt der folgenden Ereignisse/Zeitpunkte durchzuführen: 273

- vor Inbetriebnahme: Diese Prüfung wird üblicherweise vom Hersteller oder einer vergleichbaren Person durchgeführt (und nicht vom Facility Manager). Aus eigenem Interesse sollte der Facility Manager sich aber Kenntnis hierüber verschaffen und – wenn möglich – Originalunterlagen beschaffen.
- nach wesentlichen Änderungen: Soweit der Bestandsschutz entfällt, hat eine Prüfung der (geänderten) Anlage zu erfolgen, deren Umfang üblicherweise dem vor Inbetriebnahme entspricht.
- regelmäßig, soweit vorgeschrieben (wiederkehrende Prüfungen).

113 OLG Dresden, Urt. v. 27.03.2008 – 9 U 1644/05, IBR 2009, 285.

114 Vgl. auch OVG Münster, Beschl. v. 06.07.2006 – 10 B 695/06, BauR 2007, 91; OLG Dresden, Urt. v. 25.03.2004 – 10 U 902/00, BauR 2006, 419; vgl. hierzu GEFMA-Richtlinie 190, Ziffer 3.2.3.1.

Tab. 3.11 Rechtsgrundlagen von Prüfpflichten

Brandschutz	BauPrüfVO NRW, BayBO
Schallschutz	
Standssicherheit	
Arbeitsstätten	ArbStättV
Beherbergungsstätten	BeVO NRW, BayBStättV
Hochhäuser	HochhausVO NRW; BayRiLi über die bauaufsichtliche Behandlung von Hochhäusern
Krankenhäuser	KhBauVO NRW
Verkaufsstätten	VkVO NRW, BayVkV
Abwasseranlagen	BauO NRW, BayAbwAG
Aufzugsanlagen	BetrSichV, BauO NRW, BayBO
Blitzschutzanlagen	PrüfVO NRW, DIN EN 62305
Brandmeldeanlagen	PrüfVO NRW, BayGaStellV
CO-Warnanlagen	
Druckgeräte	BetrSichV
elektr. Anlagen u. Geräte	UVV, GUV-V A2
Feuerlöschanlagen	PrüfVO NRW BaySPrüfV, BayPrüfVBau, BayBO, BayGaStellV, Bay. Industriebaurichtlinie
kraftbetätigte Türen/Tore	
lüftungstechnische Anlagen	
Rauchabzugsanlagen	
Sicherheitsbeleuchtungsanlagen	

- 274** Im Bereich des **Bestandschutzes** ist für den Facility Manager besondere Vorsicht geboten. Ein bestehender Bestandschutz führt bei baulichen Anlagen und Einrichtungen trotz zwischenzeitlicher Gesetzesänderungen dazu, dass die ursprüngliche Genehmigung in ihrer Form weiter gilt. Deshalb müssen Gebäude nicht zwingend mit jeder Gesetzesänderung (nach den neuesten Standards) nachgerüstet werden. Es gilt die ursprüngliche Genehmigung weiter.

Der Facility Manager hat aber zu beachten, dass der Bestandschutz nicht unbegrenzt gilt, sondern Fallgruppen existieren, die zu einem Entfallen des Bestandschutzes führen. 275

So entfällt der Bestandschutz etwa bei:

- drohender Gefahr für Leib und Leben; so kann etwa gemäß § 87 Abs. 1 BauO NRW die Anpassung von Anlagen an geltende Vorschriften verlangt werden, wenn Leben oder Gesundheit gefährdet sind;
- Erlass gesetzlicher Vorschriften, in denen eine Verpflichtung zur Nachrüstung von Gebäuden oder Anlagen begründet wird, und
- bei wesentlichen Änderungen von Anlagen oder Einrichtungen (vgl. beispielsweise § 87 Abs. 2 BauO NRW).

Es kann also trotz – grundsätzlich – bestehenden Bestandschutzes eine Verpflichtung des Betreibers, beispielsweise Nachrüstmaßnahmen durchzuführen, bestehen. Gerade in sensiblen Bereichen, wie etwa dem Brandschutz, sollte der Facility Manager sich deshalb keinesfalls auf den Bestandschutz verlassen, sondern die Bewertung der Umstände an den aktuellen Vorschriften vornehmen. Dies gilt umso mehr, als der Bestandschutz lediglich die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen betrifft, nicht hingegen zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeiten. Es kann also durchaus sein, dass ein Betreiber zu gewissen Nachrüstungen nicht öffentlich-rechtlich verpflichtet werden kann, die Unterlassung der Nachrüstung aber in einem zivilen Schadensersatzprozess als anspruchsbegründende Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht gewertet wird. 276

b) Instandhaltung

Wer eine überwachungsbedürftige Anlage betreibt, ist verpflichtet, diese in einem ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten und die nach den Umständen erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen zu treffen (§ 12 Abs. 3 BetrSichV). Bei der Durchführung der erforderlichen Instandhaltungsmaßnahmen besteht häufig eine erhöhte Gefahrenneigung. Gründe hierfür sind: 277

- mangelhafte organisatorische oder technische Vorbereitung,
- deaktivierte/überbrückte Sicherheitsvorrichtungen,
- laufende Maschinen,
- mangelhafte/fehlende Arbeitsanweisungen oder
- Arbeiten unter Zeitdruck.

Hier ist also besondere Sorgfalt bei der Wahrnehmung der Betreiberverantwortung angezeigt. 278

Wie die obige Aufstellung zeigt, wird besonders bei Produktionsstätten und vergleichbaren Objekten ein großes Gefahrenpotenzial bei Instandhaltungsmaßnahmen bestehen. Unabhängig vom konkreten Objekt und dem Umstand, wer die Arbeiten durchführt (eigene Mitarbeiter oder Drittfirmen), sollte der Facility Manager auf eine straffe Organisation, klare Anweisungen und ausreichende zeitliche Vorgaben achten und deren Befolgung überwachen. 279

c) Verkehrssicherung

- 280** Wie bereits dargelegt, kommt dem Betreiber auch die Verantwortung für die Verkehrssicherung – möglicherweise auch außerhalb des betroffenen Objekts – zu.
- 281** Beispielhaft, jedoch nicht abschließend, seien gem. Tab. 3.12 Beispiele Verkehrssicherung hierzu angeführt:

Tab. 3.12 Beispiele Verkehrssicherung

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

- 282** Diese Verpflichtungen bestehen auf eigenen Flächen zeitlich uneingeschränkt, auf angrenzenden öffentlichen Flächen regelmäßig nur innerhalb bestimmter festgelegter Zeiten (z.B. 7–20 Uhr).¹¹⁵ Es sind aber auch plötzlich entstehende besondere Gefährdungslagen zu berücksichtigen (plötzlicher Wintereinbruch, übermäßiger Niederschlag). In diesen Fällen sind gegebenenfalls besondere Maßnahmen zu ergreifen.
- 283** Exemplarisch sei in diesem Zusammenhang Inhalt und Umfang der Räum- und Streupflicht näher dargelegt. Bei Schnee- und Eisglätte hat der Grundstückseigentümer Wege in einem solchen Zustand zu halten (durch Räumen und/oder Streuen), dass eine Sturzgefahr möglichst minimiert wird. Regelmäßig wird dies aber nur zu normalen „Tagesverkehrszeiten“ notwendig sein, wobei eine erkennbare Gefahrenlage außerhalb dieses Zeitraums auch vorbeugende Maßnahmen erforderlich machen kann.¹¹⁶ Die Einzelheiten der jeweiligen Verpflichtung hängen aber immer vom Einzelfall ab (Frequenzierung des Verkehrswegs, Leistungsfähigkeit des Verpflichteten, etc.).
- 284** Für die öffentlichen Straßen und Wege trifft diese Verpflichtung originär die Gemeinden, welche diese jedoch meist durch Satzungen den Grundstückseigentümern übertragen (z.B. die Verordnung über die Reinigung und Sicherheit der öffentlichen Wege, Straßen und Plätze der Landeshauptstadt München). Diese Satzungen enthalten – in der Regel – auch Angaben zum Umfang der Verpflichtung. Beispielsweise sieht § 5 der oben genannten Satzung eine Räum- und Streupflicht an Werktagen zwischen 7.00 Uhr und 20.00 Uhr vor.

¹¹⁵ Vgl. hierzu auch LG Bochum, Urt. v. 15.06.2004 – 2 O 102/04, NZV 2005, 640.

¹¹⁶ OLG Frankfurt, Urt. v. 26.11.2003 – 21 U 38/03, NJW-RR 2004, 312.

d) Hygienemaßnahmen

Der Gebäudebetreiber ist auch verpflichtet, die Einhaltung notwendiger Hygienestandards zu überwachen und die zu deren Einhaltung gegebenenfalls erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Beispielhaft seien hierzu – nicht abschließend – in Tab. 3.13 Rechtsgrundlagen Hygiene die nachfolgenden Rechtsgrundlagen aufgeführt, aus welchen sich für das Facility Management spezifische Betreiberpflichten ergeben: 285

Tab. 3.13 Rechtsgrundlagen Hygiene

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

* Empfehlung, nicht Verpflichtung

Da es sich bei diesen Normen um Spezialvorschriften handelt, müssen diese nicht in jedem Fall eingehalten werden. Es ist daher grundsätzlich zu prüfen, ob der Anwendungsbereich der jeweiligen Norm überhaupt eröffnet ist. 286

e) Dokumentation

Den Betreiber treffen, gerade im Hinblick auf gefahrengeneigte Arbeiten, diverse Pflichten hinsichtlich der An-, Ein- und Unterweisung der ausführenden Personen (meist seiner Beschäftigten). Ergänzend hierzu und um die Erfüllung dieser Verpflichtung festzuhalten, bestehen zahlreiche Dokumentationspflichten. 287

Beispielhaft seien hierzu – nicht abschließend – in Tab. 3.14 Rechtsgrundlagen Dokumentation die nachfolgenden Rechtsgrundlagen aufgeführt, aus welchen sich für das Facility Management spezifische Betreiberpflichten im Hinblick auf die Dokumentation ergeben: 288

Vorgeschrieben sind verschiedene Dokumentationen, die entweder eine Unterweisung dahingehend enthalten, wie bestimmte Tätigkeiten auszuführen sind oder in bestimmten Situationen zu handeln ist, oder den Nachweis erbringen, dass bestimmte Verpflichtungen erfüllt wurden. 289

Der Betreiber ist verantwortlich, dass die (Unterweisungs-)Dokumente 290

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

Dies gilt auch für die Nachweisdokumente. 291

Tab. 3.14 Rechtsgrundlagen Dokumentation

Betriebsanweisungen	z.B. § 9 Abs. 1 Satz 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

- 292** Derartige Dokumentationen sind (abgesehen von der Erfüllung der gesetzlichen Vorschriften) in vielerlei Hinsicht vorteilhaft für das Facility Management. So können zeitnahe und umfassende Dokumentationen durch die von ihnen ausgehende Beweisfunktion bei der Haftungsvermeidung hilfreich sein (etwa zum Nachweis erfolgter Unterweisungen oder vorgenommener Überwachung als Mittel der Exkulpation). Sie können aber auch zur Auffindung von Schwachstellen der Verwaltung oder des Objekts selbst beitragen. Daneben dienen solche Dokumentationen unmittelbar der Leistungsverbesserung des Facility Management.¹¹⁷

3.5.4.7 Übertragung der Verantwortung (Delegation)

- 293** Der Facility Manager, zumal derjenige, der größere Objekte oder eine Vielzahl von Objekten betreut, wird nicht umhinkommen, einige Aufgaben betriebsintern oder extern zu verteilen.

¹¹⁷ OLG Oldenburg, Urt. v. 18.03.2009 – 3 U 71/08, IBR 2009, 342; BGH, Urt. v. 23.10.2008 – VII ZR 64/07, IBR 2009, 16.

Grundsätzlich ist eine solche Verteilung von Aufgaben, d.h. die Delegation von Betreiberpflichten möglich¹¹⁸, wobei allerdings eine restlose Befreiung des Delegierenden von jeder Verantwortung ausscheidet. 294

Zu beachten ist dabei allerdings, dass trotz wirksamer Delegation im vertraglichen Bereich eine Haftung des Delegierenden für den Delegationsempfänger (als dessen Erfüllungshelfen) bestehen kann¹¹⁹. 295

a) Die fünf Voraussetzungen ordnungsgemäßer Delegation

Wird wirksam delegiert, d.h., liegen alle fünf Voraussetzungen einer wirksamen Delegation vor, kann sich der Delegierende im Regelfall exkulpieren. Die Verantwortlichkeit trifft dann alleine den Delegationsempfänger. Eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Delegierenden scheidet in diesem Fall aus. Wird dagegen nicht wirksam delegiert, so trifft den Delegierenden der Vorwurf des sog. Organisationsverschuldens im Sinne eines Überwachungs-, Selektions- oder Anweisungsverschuldens bzw. eines Verschuldens hinsichtlich der Festlegung der Ablauf- und Aufbauorganisation. Die Nichtbeachtung der Voraussetzungen der ordnungsgemäßen Delegation führt dazu, dass die Delegation der Pflichten unwirksam ist, mit der Folge, dass der Delegierende in seiner Betreiberverantwortung – und damit in der Haftung – bleibt. 296

Nicht übertragen werden können (übergeordnete) Organisations-, Selektions- und Aufsichtspflichten (vgl. hierzu auch die Tabelle in Rdn. 264). 297

Eine wirksame Delegation kommt nur in Betracht, wenn die nachfolgend dargelegten Voraussetzungen kumulativ gegeben sind. Das Fehlen einer dieser Voraussetzungen führt regelmäßig zur Unwirksamkeit der Delegation. 298

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

Der sachliche, örtliche und ggf. zeitliche Umfang des übertragenen Pflichtenkreises ist eindeutig und widerspruchsfrei festzulegen¹²⁰ und zu dokumentieren. Da es hierbei immer auf den konkreten Einzelfall ankommt, sollte von der Verwendung von Mustervordrucken (etwa der gesetzlichen Unfallkassen) abgesehen werden. 299

Weiter müssen die zu erfüllenden Aufgaben widerspruchsfrei und lückenlos zwischen dem Delegierenden und dem Delegationsempfänger verteilt werden. Die Zuständigkeiten sind zu definieren. Schnittstellen sind zu vermeiden, da unklare Unzuständigkeiten zu einem Organisationsverschulden führen können. Die übertragenen und die beim Übertragenden verbleibenden Pflichten müssen also so derart genau definiert werden, dass keine „überlappenden“ Bereiche (Schnittstellen) existieren. 300

bb) Sorgfältige Auswahl der Delegationsempfänger

Die ausgewählten Führungskräfte/Beschäftigten/Dienstleister müssen fachlich qualifiziert und persönlich geeignet sein. 301

118 OLG Frankfurt, Urt. v. 19.02.2008 – 18 U 58/07, NJW-RR 2008, 1476.

119 OLG Saarbrücken, Urt. v. 18.10.2011 – 4 U 400/100, NJW-RR 2012, 152.

120 BGH, Urt. v. 22.01.2008 – VI ZR 126/07, NJW 2008, 1440.

- 302 Die Auswahl derjenigen Person(en), an die Pflichten übertragen werden, hat daher mit großer Sorgfalt zu erfolgen. Nur so ist eine Exkulpation (§ 831 Abs. 1 Satz 2 BGB) des Delegierenden möglich. Da die sorgfältige Auswahl des Verrichtungsgehilfen in einem möglichen Haftungsprozess unter Beweis gestellt werden muss, ist diese zu dokumentieren.
- 303 Eine fehlerhafte Auswahl kann unter Umständen sogar zur Unwirksamkeit der Übertragung führen. So wurde etwa die Delegation der umfassenden Verkehrssicherungspflichten für über 20 Mehrfamilienhäuser an einen erkennbar überforderten Rentner (gegen „freie Logis“) für unwirksam erklärt.¹²¹

cc) Ausstattung des Delegationsempfängers mit erforderlichen Mitteln und Kompetenzen

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

dd) An-, Ein- und Unterweisung des Delegationsempfängers

- 306 Der Delegationsempfänger ist vor Übertragung der Pflichten sorgfältig an- und einzuweisen und ständig fortzubilden und zu schulen. Hierbei sind auch die gesetzlichen An-, Ein- und Unterweisungspflichten zu erfüllen (nur beispielsweise: § 9 ArbSchG, § 55 ArbStättV).

ee) Laufende Überwachung des Delegationsempfängers

- 307 Die Aufsichtspflicht bleibt zwingend beim Delegierenden. Selbst wenn der Delegationsempfänger eine eigene Aufsicht gewährleistet, verbleibt dem Delegierenden die Verpflichtung zur (Ober-)Aufsicht.¹²²
- 308 Da der Delegierende für seine Exkulpation gemäß § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB auch die hinreichende Überwachung des Verrichtungsgehilfen nachzuweisen hat, empfiehlt sich auch eine Dokumentation dieser Überwachungstätigkeit.

b) Pflichtenübertragung bei Mietverhältnissen

- 309 In dem für das Facility Management wesentlichen Bereich des gewerblichen Mietverhältnisses bestehen per se (ohne besondere vertragliche Vereinbarung und ohne jede Delegation) verschiedene (Betreiber-)Verantwortungsbereiche. Hinsichtlich der Mietfläche selbst und deren mietereigenen Einrichtungen ist der Mieter selbst verantwortlicher Betreiber.
- 310 Beim Vermieter verbleiben allerdings folgende Verantwortungsbereiche:
- Gebäudeanlagen und -einrichtungen (Lüftung, Heizung, etc.) innerhalb und außerhalb der Mietfläche, und
 - Allgemeinflächen, also Anlagen und Einrichtungen außerhalb der Mietfläche (z.B. Aufzüge).

¹²¹ OLG Celle, Urt. v. 12.08.2010 – 8 U 15/10, NJW-RR 2011, 106.

¹²² OLG Celle, Urt. v. 02.02.2005 – 9 U 74/04, IBR 2009, 1419.

Im Mietvertrag kann eine andere Verteilung der Verantwortlichkeiten vereinbart werden¹²³ (z.B. „Komplettübertragung“ auf den Mieter, der das gesamte Gebäude anmietet). 311

In allen Fällen sollte jedenfalls 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.

Auch für den Fall einer „Komplettübertragung“ bleibt beim Vermieter aber die Verpflichtung zur „Oberaufsicht“ bestehen.¹²⁴ Bei der Übertragung muss allerdings auf eine klare und eindeutige Formulierung geachtet werden, da anderenfalls die Unwirksamkeit der Übertragung droht. Der Mieter hat hierbei zu beachten, dass die Verkehrssicherungspflichten trotz Unwirksamkeit der Übertragung (bspw. wegen AGB-Widrigkeit) bestehen können, wenn er diese faktisch übernimmt.¹²⁵ 312

Der Vermieter hat sich bei Übertragung darüber zu vergewissern, dass der Mieter fachlich, sachlich und personell in der Lage ist, die ihm übertragenen Pflichten zu erfüllen und die gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungen ordnungsgemäß durchgeführt werden. 313

Eine diesbezügliche Aufsichtspflichtverletzung (des Inhabers eines Betriebs oder Unternehmens) ist strafbewehrt (Geldbuße gemäß § 130 OWiG). 314

3.5.4.8 Pflichtverletzung, Verschulden, Exkulpation

Die Haftung setzt stets eine Pflichtverletzung und eine persönliche Vorwerfbarkeit im Sinne eines Verschuldens voraus (Ausnahme: Gefährdungshaftung; vgl. Rdn. 207). Das Verschulden besteht bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) regelmäßig in einem Organisationsverschulden (Auswahl-, Anweisungs- oder Überwachungsverschulden). 315

Im Zusammenhang mit der Haftung ist aber auch darauf hinzuweisen, dass sich der Geschädigte möglicherweise ein Mitverschulden zurechnen lassen muss, welches sogar anspruchsausschließend sein kann.¹²⁶ 316

a) Haftungs begründung

Hier ist zu unterscheiden:

317

Ein (Schadensersatz-)Anspruch gegen den Facility Manager setzt im Regelfall eine unerlaubte Handlung voraus, die aus zwei Komponenten besteht:

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

¹²³ AG Köln, Urt. v. 27.01.2011 – 210 C 107/10, IMR 2011, 92.

¹²⁴ AG Rosenheim, Urt. v. 08.06.2010 – 12 C 204/10, ZWE 2011, 146.

¹²⁵ BGH, Urt. v. 22.01.2008 – VI ZR 126/07, NJW 2008, 1440.

¹²⁶ LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 16.12.2011 – 12 O 2095/11, NJW-RR 2012, 860.

- 318** Hierbei wird das Handeln/Unterlassen der für ein Unternehmen – mit Wissen des Unternehmens – Handelnden dem Unternehmen zugerechnet. Im deliktischen Bereich erfolgt die Zurechnung über § 831 BGB, im vertraglichen über § 278 BGB. Für die Organe des Unternehmens besteht die Zurechnungsnorm § 31 BGB, welche neben dem Verein auch entsprechend auf die Handlungen einer Person für ein Sondervermögen anwendbar ist.
- 319** In besonderen Fällen der Gefährdungshaftung wird die Haftung bereits durch die bloße Pflichtverletzung begründet. Ein Verschulden ist nicht erforderlich. Dies ist bei der Verantwortlichkeit für ein bestimmtes Produkt oder einen Betrieb der Fall, denen eine erhöhte potentielle Gefährdung innewohnt.

Beispiel

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

- 320** Gegen diese Gefährdungshaftung kann sich der Facility Manager nicht durch sorgfältiges Verhalten schützen. Hierfür sind Versicherungen abzuschließen (vgl. Kap. 9).
- 321** Im Rahmen der in der Regel verschuldensabhängigen Haftung droht dem Facility 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 für
- mangelhafte Festlegung der Aufgabenverteilung,¹²⁷
 - mangelhafte Auswahl von Beauftragten hinsichtlich Befähigung und/oder Eignung (Selektionsverschulden) – §§ 831 BGB; 7 ArbSchG,¹²⁸
 - mangelhafte An-/Unterweisung (Anweisungsverschulden) – §§ 12 ArbSchG, 9 BetrSichV, 81 BetrVG¹²⁹ oder
 - unzureichende Kontrolle (Überwachungsverschulden) – § 130 OWiG; §§ 25 ArbSchG, 20 ASiG, 25 BetrSichV, 7 BildscharbV, 22 UmweltHG, etc.¹³⁰
- 322** Auch hier zeigt sich, dass im Facility Management für die erfolgreiche Abwehr von Schadensersatzansprüchen eine genaue Dokumentation (der Überwachung, der Auswahl, der Unterweisung) unerlässlich ist.

b) Mögliche Rechtsfolgen der Haftung

- 323** Die Rechtsfolgen einer nicht ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Betreiberverantwortung sind zahlreich und können unter Umständen verheerende Folgen für den in die Haf-

¹²⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.08.1995 – 22 U 216/94, IBR 1996, 400.

¹²⁸ OLG Hamm, Urt. v. 08.12.2008 – 17 U 23/08, IBR 2009, 271.

¹²⁹ BGH, Urt. v. 30.11.2004 – X ZR 43/03, IBR 2005, 80.

¹³⁰ OLG Brandenburg, Urt. v. 09.03.2006 – 12 U 127/05, IBR 2006, 501.

Tab. 3.15 Rechtsfolgen / Haftung

	für das Facility Management-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

tung Genommenen haben. Im Einzelnen verweisen wir auf vorstehende Tab. 3.15 Rechtsfolgen / Haftung.¹³¹

Wie vorstehend dargelegt, können schuldhaftige Pflichtverletzungen gravierende Rechtsfolgen haben, die sich meist nicht auf ein Rechtsgebiet beschränken werden. Es ist daher nochmals auf die existenzielle Wichtigkeit der Kenntnis, Beachtung und Erfüllung der Betreiberpflichten hinzuweisen. Die Unkenntnis dieser Pflichten kann den Facility Manager nicht vor den oben aufgeführten Rechtsfolgen bewahren.

324

c) Exkulpation (Entlastung/Rechtfertigung)

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

325

Diese Entlastung ist möglich durch den Nachweis, dass

326

- alle Pflichten ordnungsgemäß erfüllt wurden¹³² oder
- alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen wurden¹³³ oder
- der Schaden ohnehin eingetreten wäre.¹³⁴

¹³¹ Vgl. hierzu GEFMA Richtlinie 190, Ziffer 3.5.

¹³² OLG Frankfurt, Urt. v. 19.02.2008 – 18 U 58/07, IBR 2008, 329.

¹³³ BGH, Urt. v. 20.12.1990 – III ZR 21/90, IBR 1991, 216.

¹³⁴ BGH, Urt. v. 14.01.1954 – III ZR 334/52, NJW 1954, 915.

- 327 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 gem. Tab. 3.16 Exkulpationsmöglichkeiten sind:

Tab. 3.16 Exkulpationsmöglichkeiten

exakte Dokumentation	Neben den gesetzlich geforderten Dokumentationspflichten ist dringend anzuraten, dass alle durchgeführten Maßnahmen dokumentiert werden und diese Dokumentation gepflegt und bereit gehalten wird.	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

- 328 Dem Facility Manager ist in diesem Zusammenhang anzuraten, eine laufende und qualifizierte Beratung (und Information) darüber sicherzustellen, welche gesetzlichen und vertraglichen Betreiberpflichten bestehen und welchen Inhalt und Umfang diese haben.

3.5.4.9 Strafrechtliche Aspekte

- 329 Der Facility-Manager trägt ein erhebliches Risiko für den Fall, dass er sich nach Eintritt eines Schadensfalls im Ergebnis vorhalten lassen muss, seine Pflichten in einer ihm persönlich vorwerfbaren Weise nicht in ausreichendem Umfang oder in nicht ausreichender Art und Weise wahrgenommen zu haben.
- 330 Neben den arbeitsrechtlichen Folgen in Form des möglichen Verlustes des Arbeitsplatzes und möglichen zivilrechtlichen Schadensersatzverpflichtungen, die bis zum wirtschaftlichen Ruin führen können, droht die Gefahr strafrechtlicher Sanktionen.
- 331 Erleidet ein Dritter einen Schaden an seinen durch das Strafrecht geschützten Rechtsgütern (insbesondere Leben, Gesundheit, Freiheit und ggf. auch Eigentum, §§ 212 ff. StGB), indem der Facility Manager seine Pflichten nicht ausreichend erfüllt, droht die Bestrafung für vorwerfbare Versäumnisse durch die Strafgerichte.
- 332 Stürzt etwa eine Person wegen Nicht- oder nicht hinreichender Erfüllung der Verkehrssicherungspflichten und erleidet dadurch Verletzungen oder stirbt sogar, drohen dem Facility Manager im Fall des schuldhaften Handelns oder Unterlassens, das für den Schadenseintritt ursächlich war, Geldstrafen in empfindlicher Höhe (gesetzlicher Höchstbetrag: 1,8 Mio. EUR) und/oder Freiheitsstrafen bis zu 10 oder gar 15 Jahren (etwa §§ 212, 213, 222, 223, 227 StGB). Gemäß dem im Strafrecht gültigen Grundsatz „Unwissenheit schützt

vor Strafe nicht“ kann sich der Betroffene dabei nicht auf eine Unkenntnis der einschlägigen strafrechtlichen Normen berufen.

Herauszustellen ist zudem, dass für ein strafrechtlich relevantes Verhalten sowohl eine vorsätzliche als auch eine fahrlässige Begehungsweise in Betracht kommen. Grundsätzlich soll zwar nur vorsätzliches Handeln sanktioniert werden (§ 15 StGB), jedoch stellt das StGB auch gewisse Fahrlässigkeitsdelikte unter Strafe. Beispielsweise steht die vorsätzliche Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB unter Strafe, gleichwohl ist auch eine fahrlässige Körperverletzung strafbar, § 229 StGB. Gleiches gilt etwa auch für vorsätzlichen Mord/Totschlag (§ 211 StGB und § 212 StGB) und die fahrlässige Tötung (§ 222 StGB).

Auch hierdurch wird die existentielle Bedeutung der umfassenden Kenntnis und Erfüllung der Betreiberpflichten evident, zumal Versicherungen vor strafrechtlichen Sanktionen nicht zu schützen vermögen (vgl. Kap. 9).

3.5.4.10 Handlungsempfehlungen

Der vorstehende Abriss zeigt, dass die Betreiberpflichten sehr vielschichtig strukturiert und in zahlreichen verschiedenen Vorschriften niedergelegt sind. Dies erschwert es dem Facility Manager erheblich, seine Verantwortung in der Weise wahrzunehmen, dass sämtliche gesetzlichen (und vertraglichen) Vorschriften eingehalten und im Bedarfsfall zweifelsfrei nachgewiesen werden können.

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

Dem Facility Manager ist somit Folgendes zu raten:

a) Klärung grundlegender Fragen

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

- Welche rechtlichen Vorschriften finden Anwendung?
- Welche Behörden sind zuständig?
- Welcher Unfallversicherungsträger ist zuständig?
- Welche Überwachungsstellen sind erforderlich und verfügbar?
- Welche Rechtsvorschriften sind im Einzelfall zu beachten?

Auf dieser Grundlage ist ein detaillierter Pflichtenkatalog für das konkrete Objekt zu erarbeiten. Die oben dargestellten gravierenden Folgen (zivilrechtlich, öffentlich-rechtlich und strafrechtlich) belegen, dass der Erarbeitung dieses Pflichtenkatalogs äußerste Sorgfalt gewidmet werden muss und sich daher auch ein zeitlicher und finanzieller Aufwand stets lohnen wird.

b) Organisatorische Regelungen

Unabdingbar für eine ordnungsgemäße Wahrnehmung der sodann bekannten Pflichten

ist die Einrichtung und Pflege einer stringenten Organisation und hierbei auch die Entscheidung, ob alle Pflichten dauerhaft und zuverlässig von eigenem Personal erfüllt werden können oder die Inanspruchnahme von Fremddienstleistern sinnvoll erscheint.

- 341 Im Hinblick auf den Pflichtenkatalog bietet es sich dabei an, hinter jeder bestehenden Pflicht den Namen der verantwortlichen Person bzw. des Fremddienstleisters zu vermerken und gegebenenfalls weitere relevante Daten (Prüfintervalle, Berichtsintervalle, etc.) festzuhalten.

c) Überprüfung der Grundlagen

- 342 Bei der Übernahme der Betreiberverantwortung für ein Gebäude/eine technische Anlage ist eine sorgfältige Begehung/Besichtigung nebst Protokollierung etwaiger Mängel ebenso unbedingt anzuraten wie die Überprüfung, ob die maßgeblichen Bauvorschriften eingehalten und Sicherheitseinrichtungen ordnungsgemäß ausgeführt wurden. Insoweit kann im Einzelfall die Beiziehung eines technischen Sachverständigen sinnvoll und notwendig sein.
- 343 Stellt das Facility Management Verstöße gegen Bau- oder Ausführungsvorschriften fest, hat es den Gebäudeeigentümer hierauf unverzüglich hinzuweisen und ggf. geeignete Abhilfemaßnahmen vorzuschlagen.

d) Dokumentation aller Prüfungs-, Überwachungs- und Abhilfemaßnahmen

- 344 Anzuraten ist, dass ein Betriebshandbuch (Darstellung der Organisation und Abläufe im Normalbetrieb und bei Störungen/Notfällen) sowie ein Objekthandbuch, in dem alle objektbezogenen Daten und Dokumente enthalten sind, geführt werden.
- 345 Diese Dokumente bzw. Dokumentensammlungen können auch IT-gestützt geführt werden und in ein Gebäude-Informationen-System münden.
- 346 Je nach Umfang und Schwierigkeitsgrad des Facility Managements können auch Managementsysteme (z.B. Qualitäts-, Arbeitsschutz- und Umweltschutzmanagementsysteme wie integrierte Managementsysteme) Einsatz finden.

e) Mittelverwendung

- 347 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. Dies gilt insbesondere
- für die Durchführung der vorgeschriebenen Prüfungen,
 - die Behebung der erkannten Mängel und
 - die Erfüllung sonstiger sicherheitsrelevanter Belange.
- 348 Sollten die erforderlichen Ressourcen nicht vorhanden sein, muss das Facility Management die übergeordnete Stelle (z.B. Grundstückseigentümer) informieren. Erfolgt von dieser Stelle keine Abhilfe, steht das Facility Management vor der Wahl, die Stilllegung zu veranlassen oder ein erhöhtes Betreiberrisiko mit der gesteigerten Gefahr einer etwaigen Haftung zu tragen.

3.5.4.11 Gebäudesubstanzanalyse

Unter dem Schlagwort „Gebäudesubstanzanalyse“ wird die Ermittlung aller Kenndaten einer Liegenschaft/technischen Anlage im Gesamten verstanden, mithin also über das Gebäude hinaus auch der Grundstückssituation in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Sie stellt sich als notwendige Grundlage zur Ermittlung der konkreten Pflichten des Facility Managements dar. Sie hilft darüber hinaus, Einsparpotentiale zu ermitteln, indem die facilities auch in technischer Hinsicht systematisch analysiert und auf Grundlage dieser Analyse Optimierungsmöglichkeiten entwickelt werden. Weiterer wichtiger Aspekt der Gebäudesubstanzanalyse ist die systematische Erfassung und Bewertung vorhandener Gebäude- und Liegenschaftsrisiken, die insbesondere mit der spezifisch rechtlichen Problematik der Betreiberverantwortung in engem Zusammenhang stehen (vgl. z.B. Verkehrssicherungspflichten beim Entfernen von Baumwurzeln¹³⁵). Eine solche Risikoanalyse ist nicht nur für den Facility Manager, sondern auch für den betroffenen Eigentümer/Nutzer von entscheidender Bedeutung. Als ein hervorstechendes Beispiel unter vielen sei hier die Problematik des Brandschutzes genannt.¹³⁶ 349

Allerdings reicht die Kenntnis des Ist-Zustandes nicht aus. Vielmehr ist entscheidend, dass darauf aufbauend die erforderlichen Maßnahmen ergriffen und dokumentiert werden. Die Erarbeitung eines Katalogs von Handlungsempfehlungen bzw. -anweisungen auf der Basis einer vollständigen Dokumentation ist wesentliche Aufgabe des Facility Managers. Diese Dokumentation ist letztendlich wesentliche Grundlage der Exkulpation in Bezug auf mögliche Haftungsrisiken (vgl. Verkehrssicherungspflichten beim Betrieb eines Parkplatzes¹³⁷; keine Haftung bei ordnungsgemäßer Übertragung von Verkehrssicherungspflichten auf Dritte¹³⁸). 350

Daneben können infolge ihrer Identifikation Risiken vermieden, zumindest jedoch vermindert und Restrisiken beherrscht werden (vgl. zur Frage der Zeiträume für die winterliche Räum- und Streupflicht¹³⁹). 351

3.5.4.12 Fazit

Hinreichenden Schutz vor einer Inanspruchnahme bietet dem Facility Manager somit nur: 352

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

135 OLG Celle, Urt. v. 14.05.2009 – 8 U 191/08, IBR-online Werkstatt-Beitrag vom 09.06.2009.

136 OLG Frankfurt, Urt. v. 11.03.2008 – 10 U 118/07, IBR 2008, 279.

137 OLG Saarbrücken, Urt. v. 09.09.2008 – 4 U 114/08, IBR 2009, 1012.

138 OLG Frankfurt, Urt. v. 19.02.2008 – 18 U 58/07, NJW-RR 2008, 1476.

139 OLG Koblenz, Urt. v. 20.02.2008 – 5 U 101/08, NJW-RR 2008, 1331.

3.5.5 Personaleinsatz inklusive Nachunternehmerleistungen

- 353 Es finden sich zahlreiche gesetzliche oder sonstige Regelungen, die die Beauftragung von **Nachunternehmern** zum Gegenstand haben:
- § 664 BGB ist nicht einschlägig, da die Regelung über die Geschäftsbesorgung hierauf ausdrücklich nicht verweist. § 664 BGB sieht vor, dass der Beauftragte im Zweifel die Ausübung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen darf.
 - Ist Dienstvertragsrecht anwendbar, ergibt sich aus § 613 BGB, dass der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten hat.
 - Ist Werk- bzw. Bauvertragsrecht anwendbar, finden sich Einschränkungen hinsichtlich der Übertragung der vertraglich geschuldeten Leistungen auf Nachunternehmer in § 4 Abs. 8 VOB/B bzw. 4 Nr. 4 VOL/B. Erbringt der Auftragnehmer ohne Zustimmung des Auftraggebers Leistungen nicht im eigenen Betrieb, obwohl sein Betrieb darauf eingerichtet ist, stellt dies eine Vertragsverletzung dar mit der Folge, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer unter gewissen Voraussetzungen den Auftrag entziehen darf. Gemäß § 4 Nr. 4 VOL/B sind die Leistungen vom Auftragnehmer grundsätzlich selber zu erbringen. Eine Übertragung dieser auf Nachunternehmer bedarf der Zustimmung des Auftraggebers. Die Zustimmung ist nur dann nicht erforderlich, wenn die betroffene Teilleistung für die Auftragsdurchführung unwesentlich oder der Betrieb des Auftragnehmers nicht auf die entsprechende Leistung eingerichtet ist.
- 354 Vor dem Hintergrund der restriktiven Regelungen zum Nachunternehmereinsatz empfiehlt es sich aus Sicht des Kunden, die Zulässigkeit und den Umfang des Nachunternehmereinsatzes im Vertrag im Grundsatz ebenfalls restriktiv zu regeln. Folgende Regelungen zu Gunsten des Kunden sind denkbar:
- Es empfiehlt sich, dass der Facility Manager bereits bei Auftragserteilung die von ihm geplanten Nachunternehmer benennt. Der Einsatz weiterer Nachunternehmer ist nur nach schriftlicher Genehmigung durch den Auftraggeber zulässig. Das Recht zur Versagung der Genehmigung sollte unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten auf wichtige Gründe (Unzuverlässigkeit, fehlende Fachkunde, etc.) beschränkt werden.
 - Solange eine solche schriftliche Zustimmung nicht vorliegt, ist der AN verpflichtet, die vertraglichen Leistungen im eigenen Betrieb zu erbringen. Somit ist der ordnungsgemäße Betrieb auch bei Streitigkeiten in jedem Fall gewährleistet.
 - Der Kunde hat das Recht, eine einmal erteilte Zustimmung zum Einsatz eines Nachunternehmers zu widerrufen und den weiteren Einsatz des Nachunternehmers abzulehnen, wenn eine Pflichtverletzung des Nachunternehmers vorliegt, die im Falle des Vorliegens in der Person des Auftragnehmers die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung des Vertrages rechtfertigen würde. Das Recht zum Widerruf einer erteilten Zustimmung besteht ebenfalls, wenn z.B. zwischen dem Auftraggeber und dem betreffenden Nachunternehmer im Zusammenhang mit einem anderen Vertragsverhältnis ein Rechtsstreit anhängig ist oder wenn der betreffende Nachunternehmer nicht über ausreichend qualifiziertes Personal im erforderlichen Umfang verfügt.

- Auf Anforderung hat der Facility Manager die Qualifikation seiner Nachunternehmer mit Nennung von Referenzobjekten nachzuweisen. Dies gilt auch für das von Nachunternehmern eingesetzte Personal.
- Vom Facility Manager eingesetzte Nachunternehmer sind von ihm sorgfältig einzuweisen.
- Der Facility Manager verpflichtet sich, auf Anforderung die vertraglichen Vereinbarungen mit den eingesetzten Nachunternehmern zur Prüfung vorzulegen.
- Sämtliche vertraglichen Vereinbarungen und Anforderungen nach dem Facility Management-Vertrag gelten in gleichem Maße bei einer Leistungserbringung durch Nachunternehmer. Es ist Sache des Facility Managers, dies sicherzustellen. Dies gilt insbesondere auch für den Einsatz von Software, da deren Kompatibilität in jedem Fall sicherzustellen ist.
- Die Nachunternehmereinsätze sind schriftlich mit Angaben zum Unternehmen, Mitarbeitern, Einsatzort, Tätigkeit und Datum zu erfassen und dem Auftraggeber auf Verlangen vorzulegen.
- Ein mit Zustimmung des Auftraggebers beauftragter Nachunternehmer darf ihm übertragene Leistungen nicht weiter vergeben.
- Hinsichtlich des Personaleinsatzes sollte schließlich geregelt werden, dass das eingesetzte Personal ein einwandfreies Bild des Unternehmens des Kunden gewährleistet. Insbesondere hat der Facility Manager dafür zu sorgen, dass nicht nur sein Personal, sondern auch das Personal des Nachunternehmers über die notwendigen Qualifikationen und alle erforderlichen Nachweise (z.B. Arbeitserlaubnis, etc.) verfügt. Im Hinblick auf sozialversicherungsrechtliche Vorschriften ist darauf zu achten, dass sich Beschäftigte bspw. im Bau- und Gebäudereinigungsgewerbe durch Personalausweis oder andere geeignete Dokumente jederzeit ausweisen müssen.

3.5.6 Vertragsdauer und Beendigung/Kündigung

Eine Beendigung des Facility Management-Vertrages erfolgt entweder durch Zeitablauf oder einseitige Willenserklärung einer Vertragspartei im Rahmen einer Kündigung. Denkbar ist auch eine einvernehmliche Beendigung durch Aufhebung des Vertrages. Vertragsrechtlich zu regeln sind in jedem Fall für alle Varianten die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen hinsichtlich der Abwicklung des beendeten Vertragsverhältnisses (Herausgabe von Räumlichkeiten, Geräten, Dokumenten, etc.).

355

3.5.6.1 Beendigung durch Zeitablauf

Entweder wird der Vertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen oder es wird ein Datum vereinbart, an welchem die Leistungspflichten aus dem Vertrag enden. Ist grundsätzlich eine Befristung gewünscht, empfiehlt sich eine Regelung dahingehend, dass der Vertrag z.B. drei Monate vor Ablauf der Befristung gekündigt werden kann, anderenfalls er sich automatisch um einen (zu definierenden) Zeitraum verlängert. Darüber hinaus kann

356

innerhalb des Vertragszeitraums eine Probezeit vereinbart werden, innerhalb derer eine Kündigung unter erleichterten Voraussetzungen, ggf. in Anlehnung an § 649 BGB und dessen Rechtsfolgen möglich ist.

3.5.6.2 Beendigung durch Kündigung

357 Im Rahmen der Vertragsgestaltung sind verschiedene Fallkonstellationen und damit Kündigungsgründe zu berücksichtigen und ggf. ergänzend zur gesetzlichen Regelung einer vertraglichen Regelung zuzuführen. Im Einzelnen:

- freie Kündigung gemäß § 648 BGB n.F.,
- ordentliche Kündigung,
- Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 648a BGB n.F.,
- Sonderkündigungsrechte.

a) Freie Kündigung gemäß § 648 BGB n. F. (ab 01.01.2018)

358 Handelt es sich um einen Werk- oder Bauvertrag oder um werkvertraglich zu beurteilende Teilleistungen, kann der Auftraggeber den Facility Management-Vertrag bis zur Vollen-
dung des geschuldeten Werkes jederzeit („frei“) kündigen. Eine inhaltlich gleichlautende
Regelung sieht § 8 Abs. 1 VOB/B vor.

359 Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu
verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Kündigung
des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Ar-
beitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Es wird gemäß § 648 Satz 3 BGB
n. F. vermutet, dass dem Unternehmer 5 v.H. der auf den noch nicht erbrachten Teil der
Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen. Eine gleichlautende Vermu-
tung findet sich in § 8 Abs. 1 VOB/B nicht.

360 Ersparte Aufwendungen in diesem Sinne werden im Facility Management-Vertrag in der
Regel ersparte Personalkosten sein.

361 Das Recht auf freie Kündigung kann individualvertraglich, AGB-rechtlich jedoch nicht
ausgeschlossen werden.

b) Ordentliche Kündigung

362 Ein ordentliches Kündigungsrecht ist in § 675 BGB (Entgeltliche Geschäftsbesorgung)
nicht vorgesehen, da dort auf § 671 BGB (Widerruf, Kündigung eines Auftrags) nicht ver-
wiesen wird. Auch ist dem Werkvertragsrecht ein ordentliches Kündigungsrecht fremd, da
das Gesetz insoweit das Recht zur freien Kündigung gemäß § 648 BGB n.F. vorsieht.

363 Im Dienstvertragsrecht ergibt sich Folgendes: Gemäß § 621 Abs. 2 BGB ist ein zeitlich
befristetes Vertragsverhältnis nicht ordentlich kündbar. In diesen Fällen kann nur aus
wichtigem Grund gekündigt werden. Ist vertraglich keine Laufzeit vorgesehen, kann das
Vertragsverhältnis gemäß §§ 621, 620 Abs. 2 BGB unter Einhaltung der in § 621 BGB
vorgesehenen Fristen ordentlich gekündigt werden, wobei die Schriftform zwingend ein-
zuhalten ist (§ 623 BGB).

Problematisch ist die Rechtslage jedoch, wenn die vertraglich geschuldeten Leistungspflichten nicht einem Vertragstyp zuzuordnen sind, sondern ein **gemischter** Vertrag vorliegt. Wenn in diesen Fällen ein ordentliches Kündigungsrecht vereinbart wird, kann sich dieses nur auf die dienstvertraglichen Elemente des Facility Management-Vertrages beziehen, da dieses Kündigungsrecht auf das Werkvertragsrecht, welches von seiner Natur nicht auf Zeit, sondern auf die Vollendung des vertraglich geschuldeten Werkes angelegt ist, nicht passt. Allerdings dürfte sich die Problematik entschärfen, wenn man bedenkt, dass die meisten Facility Management-Verträge in der Praxis ohnehin nur auf bestimmte Zeit geschlossen werden und daher ein ordentliches Kündigungsrecht gemäß § 622 Abs. 2 BGB ausscheidet. Letztendlich kommt es in der Vertragsgestaltung daher entscheidend darauf an, das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund (nachfolgend) rechtssicher und umfassend auszugestalten.

364

c) Kündigung aus wichtigem Grund

Bei der Vertragsgestaltung in Bezug auf eine Kündigung aus wichtigem Grund kann jedenfalls – sowohl für den Auftraggeber wie den Auftragnehmer – auf § 314 BGB und § 648a BGB n. F. zurückgegriffen werden. Es empfiehlt sich jedoch, den dort enthaltenen Kündigungsgrund anhand von Beispielen zu hinterlegen, um dadurch letztendlich auch im Hinblick auf eine in diesen Fällen drohende streitige Auseinandersetzung einen Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 314 BGB zu gewinnen. Ergänzend kann auf die Kündigungsgründe auf §§ 8 f. VOB/B bzw. VOL/B verwiesen werden.

365

Denkbare Kündigungsgründe sind:

366

- (wiederholte) Ausführungs- und Berichtsmängel,
- Verzug mit der Leistungserbringung,
- Einsatz von nicht hinreichend qualifiziertem Personal,
- unerlaubter Nachunternehmereinsatz,
- (wiederholter) Verstoß gegen die Pflicht zur Vorlage entsprechender Nachweise (Qualifikations-, Arbeitssicherheits- oder Tätigkeitsnachweise, etc.),
- (wiederholter) Verstoß gegen die Verpflichtung zur Vertraulichkeit und zum Datenschutz,
- (wiederholter) Verstoß gegen Vertragspflichten betreffend die gewerblichen Schutz-, Urheber-, Nutzungs- und Verwertungsrechte,
- (wiederholter) Verstoß gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, das Arbeitnehmer-Entsendegesetz, das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz oder gegen zwingende sozialversicherungsrechtliche oder zwingende gewerberechtliche Vorschriften und
- Änderung der Gesellschafterstruktur des Facility Managers zu Gunsten eines neuen, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bekannten Eigentümers.

In formal rechtlicher Hinsicht ist zu Beweis Zwecken die Einhaltung eines strengen Schriftformerfordernisses in Anlehnung an § 623 BGB sinnvoll. Darüber hinaus empfiehlt sich, als weitere Voraussetzung für die Kündigung die Verpflichtung aufzunehmen, dass eine

367

Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig ist. Als Rechtsgedanke kann hierbei auf die Regelungen in § 323 Abs. 1 und 2 BGB (Entbehrlichkeit der Fristsetzung nur in Ausnahmefällen) und § 314 Abs. 2 zurückgegriffen werden.

- 368** Die Kündigung kann im Rahmen einer Portfoliovergabe vertragsrechtlich auf einzelne oder mehrere Vertragsobjekte, Vertragsflächen, Anlagen, Einrichtungen, Bauteile oder einzelne oder mehrere an den Facility Manager beauftragte Teilleistungen beschränkt werden, wenn sich der Kündigungsgrund nur hierauf bezieht.
- 369** Rechtsfolge ist, dass dem Auftragnehmer nur eine Vergütung für die bis zur Vertragskündigung erbrachten Leistungen zusteht und weitergehende Vergütungs- oder sonstige Ansprüche nicht bestehen. Weiterhin kann geregelt werden, dass zudem sämtliche Folgekosten im Zusammenhang mit einer begründeten außerordentlichen Kündigung oder Teilkündigung, insbesondere die Mehrkosten, die durch die Beauftragung eines anderen Unternehmens entstehen, zu erstatten sind.

d) Sonderkündigungsrechte

- 370** Die Vereinbarung eines Sonderkündigungsrechts für den Fall des Verkaufs des Objekts, des Ablaufs der Mietzeit oder der Sanierung eines vertragsgegenständlichen Objekts ist sinnvoll, da der künftige Eigentümer das Objekt oftmals einer anderen Nutzung zuführen oder aber in sein bestehendes Portfolio und dessen Facility Management-Struktur einbinden will. Ohne Kündigungsrecht müsste der Käufer verpflichtet werden, den bestehenden Facility Management-Vertrag zu „übernehmen“, da dieser ohne vertragliche Regelung nicht auf den neuen Eigentümer übergeht. Der Facility Management-Vertrag ist, anders als der objektbezogene Mietvertrag, der nach § 566 Abs. 1 BGB („Kauf bricht nicht Miete“) auf den neuen Eigentümer übergeht, auf den Vertragspartner und nicht auf die vertragsgegenständliche Immobilie bezogen. Ein für diese Fälle nicht kündbarer Facility Management-Vertrag kann die Veräußerbarkeit des Objektes beeinträchtigen.

e) Abwicklung des Vertragsverhältnisses nach Beendigung

- 371** Da beide Vertragsparteien ein Interesse an einer konstruktiven Abwicklung des Vertragsverhältnisses haben, sind entsprechende Verhaltensregelungen für den Fall der Beendigung aufzunehmen, zumal die Gefahr besteht, dass im Falle einer Kündigung die Bereitschaft zur konstruktiven Zusammenarbeit im Einzelfall nicht mehr gegeben ist.
- 372** Insbesondere sind Herausgabepflichten in Bezug auf die erstellte Dokumentation und die übergebenen Arbeitsmittel, Räume, etc. zu regeln. Aus Auftraggebersicht ist darauf zu achten, dass dem Facility Manager insoweit kein Zurückbehaltungsrecht zusteht, da in jedem Fall der reibungslose Betrieb aufrechterhalten werden muss. Allerdings begegnet eine solche Regelung AGB-rechtlichen Bedenken. Gespeicherte Daten sind wechselseitig zu vernichten, wenn für deren Erhaltung nach Vertragsbeendigung kein Bedarf mehr besteht.
- 373** Schließlich kann von Bedeutung sein, dass nach Vertragsbeendigung bestehende Verträge mit etwaigen Nachunternehmern unverzüglich auf den Auftraggeber übertragen werden. Um dies sicherstellen, hat der Facility Manager die von ihm beauftragten Nachunternehmer bereits bei deren Beauftragung dahingehend verbindlich zu verpflichten, für den Fall

der Kündigung des Facility Management-Vertrages unmittelbar für den Auftraggeber zu den Bedingungen und Preisen des geschlossenen Nachunternehmervertrages weiterzuarbeiten mit der Maßgabe, dass der Auftraggeber für die künftigen Verpflichtungen aus dem Nachunternehmervertrag ab dem Zeitpunkt der Vertragsübernahme einsteht.

3.5.7 Vergütung einschließlich Vergütung von Leistungsänderungen/ Zusätzlichen Leistungen

Hinsichtlich der Vergütung sind verschiedene Modelle denkbar, nämlich:

374

- die Vereinbarung eines (Pauschal-)Festpreises (ggf. einschließlich einer Preisanpassungsklausel),
- die Abrechnung nach Einheitspreisen,
- die variable Vergütung (Bonus-Malus-System)
- die Vereinbarung eines Budget-Systems
- die Abrechnung als Regieleistungen.

3.5.7.1 (Pauschal-)Festpreis

Zu unterscheiden ist zwischen der Vereinbarung einer Pauschale und der Vereinbarung eines Festpreises. Beide Elemente können jedoch zu einem Pauschalfestpreis verbunden werden, was jedoch nicht zwingend notwendig ist.

375

a) Pauschalpreis

Der **Pauschalpreis** ist die für die vollständige Ausführung einer vertraglich bestimmten Leistung vereinbarte Vergütung. Auf einen Nachweis der hierbei angefallenen Mengen kommt es nicht an. Der Abrechnungsaufwand verringert sich erheblich. Der Auftragnehmer trägt dabei das Mengen(ermittlungs-)risiko. Ein etwaig anfallender Mengenmehraufwand geht zu seinen Lasten, d.h., der Mengenmehraufwand wird grundsätzlich nicht vergütet.

376

Der vertraglich geschuldete Leistungsumfang ergibt sich aus der im Vertrag enthaltenen Leistungsbeschreibung. Diese kann detailliert sein, wenn der Vertrag ein detailliertes Leistungsverzeichnis enthält („Detail-Pauschalvertrag“). Die Leistungsbeschreibung kann aber auch funktional erfolgen („Global-Pauschalvertrag“).

377

Eine Anpassung der Vergütung kommt in Betracht, wenn der Unterschied zum ursprünglich vorgesehenen Leistungsumfang so erheblich ist, dass ein Festhalten am Pauschalpreis unzumutbar ist (vgl. § 313 BGB, § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B). Wann eine solche Anpassung in Betracht kommt, ist eine Frage des Einzelfalls und hängt letztendlich auch davon ab, ob ein Detail- oder Global-Pauschalvertrag vorliegt. In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, ob der Facility Manager vor Auftragserteilung die Möglichkeit hatte, sich mit den Örtlichkeiten, Anlagen, etc. und den jeweiligen Mengen mit der Folge vertraut zu machen, dass eine Anpassung der Vergütung nur in engen Ausnahmefällen in Betracht kommt.

378

- 379 Davon zu unterscheiden sind nachträgliche Änderungen des ursprünglich vereinbarten Leistungsumfangs oder zusätzliche Leistungen. Diese sind nach den einschlägigen Regeln in jedem Fall zusätzlich zum Pauschalpreis zu vergüten (vgl. § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B).

b) Festpreis

- 380 Ein vertraglich vereinbarter Preis ist grundsätzlich ein **Festpreis**. Dies bedeutet, dass sich die einmal vereinbarte Vergütung und insbesondere die darin enthaltenen Kostenanteile nicht ändern, auch wenn sich nach Vertragsschluss Preiserhöhungen z.B. beim Einkauf von Betriebsmitteln zu Lasten des Facility Managers ergeben. Nur in seltenen Ausnahmefällen, wenn die Umstände sich so grundlegend geändert haben, dass ein Festhalten an dem Preis unzumutbar wird, kommt eine Preisanpassung gemäß § 313 BGB in Betracht. Der Festpreis pauschaliert also anders als der Pauschalpreis nicht die Vergütung für die Menge, sondern schließt eine Anpassung der Vergütung in Folge etwaiger Kostensteigerungen aus.
- 381 Demgegenüber liegt die Vereinbarung einer Preisgleitung vor, wenn im Vertrag eine Preisgleitklausel enthalten ist, die eine Änderung des Preises in Abhängigkeit bestimmter Indizes (wie z.B. Lebenshaltungs- oder Lohnkostenindex, Indizes für Rohstoffpreise) vorschreiben. Gleitpreise werden in Facility Management-Verträgen regelmäßig vereinbart, wenn diese eine Laufzeit über mehrere Jahre haben, da in diesen Fällen die Entwicklung der Kosten nicht abgeschätzt werden kann, eine Kalkulation für den Facility Manager also mit erheblichen Risiken verbunden ist.
- 382 In solchen Preisgleit- oder Preisanpassungsklauseln ist daher zu regeln, 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 dabei möglich. Allerdings sind hierbei die Vorgaben des PrKG zu beachten.

3.5.7.2 Abrechnung nach Einheitspreisen

- 383 Bei einer Abrechnung nach **Einheitspreisen** ergibt sich die vertraglich geschuldete Vergütung aus der Multiplikation der Menge der vertraglich geschuldeten und erbrachten (Teil-) Leistung mit dem hierzu vertraglich hinterlegten Einheitspreis. Hierzu kann die erbrachte Menge nach Leistungserbringung aufgemessen und dann anhand der im Vertrag definierten Einheitspreise abgerechnet werden. Ergibt sich im Vergleich zur vereinbarten Menge eine Mengenänderung (Mengenmehrung oder -minderung), ist die sich daraus ergebende Vergütung z.B. gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B anzupassen. Ist die VOB/B nicht Vertragsbestandteil, empfiehlt sich die Aufnahme einer analog gestalteten Regelung im Vertrag.
- 384 Entscheidend ist also, dass eine vertragliche Regelung aufgenommen wird, in welcher die inhaltlichen Anforderungen an Leistungsnachweise wie z.B. Wartungsprotokolle, Stundenzettel, etc. und deren Prüffähigkeit und Prüfung durch den Auftraggeber definiert werden. Eine solche Regelung liegt im Interesse beider Parteien. Die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die abgerechneten Mengen liegt auf Seiten des Facility Managers.

3.5.7.3 Bonus-Malus-System

Im Rahmen der Vereinbarung eines **Bonus-Malus-Systems** ist die Vereinbarung einer Staffellung 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. Hierzu sind Service Levels vertraglich zu definieren. In diesen Service Levels sind z.B. Anforderungen an die Qualität und Fristgemäßheit der Leistungserbringung durch den Facility Manager definiert. Verstößt der Facility Manager gegen diese 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. Ziel dieser Service Levels ist, die Qualität der Leistung sicherzustellen und Anreize für den Facility Manager zu schaffen, die qualitativen Vorgaben der Service Levels einzuhalten. Es empfiehlt sich, Service Levels vor allem bei Tätigkeiten zu definieren, die dienstvertraglich zu beurteilen sind, da in diesen Fällen eine Verringerung der Vergütung nur in Betracht kommt, wenn dem Auftraggeber durch die Schlechtleistung ein Schaden entsteht.

385

3.5.7.4 Budget-System

Denkbar ist ebenfalls die Vereinbarung eines Vertragspreises in Form eines **Budget-Systems**. Danach bestimmt sich der Vertragspreis nach dem **tatsächlichen Aufwand** auf Basis eines jährlichen, monatlich geschichteten **Budgets**. Die Ermittlung des Vertragspreises erfolgt dabei jährlich auf Basis eines jeweils bis zum (beispielsweise) 31.11. des Vorjahres vom Auftragnehmer zu erstellenden Budgets, welches der Auftraggeber dem Auftraggeber zur Freigabe vorzulegen hat. Die Bereitstellung des Budgets erfolgt in Teilbeträgen sodann zum jeweils Monatsersten im Vorhinein mit entsprechenden Anteiligkeiten (z.B. zum 01. Januar 1/12 oder 2/12, je nach Parteivereinbarung). Die Abrechnung der vertragsgegenständlichen Leistung erfolgt sodann jeweils am Jahresende unter Anrechnung der Vergütung nach tatsächlichem Aufwand, wobei der Auftragnehmer die zur Verfügung gestellten Mittel kapitalmarktmäßig zu verzinsen und dem Auftraggeber gemeinsam mit nicht verbrauchten Mitteln aus der Abrechnung bis zum beispielsweise 31.01. des Folgejahres gutzubringen hat. Derartige Budget-Systeme werden z.B. im technischen Gebäudemanagement von Krankenhausbetreibern verwendet, wobei der Auftraggeber dieses Modell kritisch sehen sollte.

386

3.5.7.5 Regieleistungen

Schließlich können Regieleistungen abgerechnet werden. Hierzu ist erforderlich, dass bereits im Leistungsverzeichnis den einzelnen Leistungen bestimmte Stundensätze zugeordnet werden, sodass anhand einer Aufstellung des Aufwands zur Erbringung der Leistung (Regiebericht) die Vergütung errechnet werden kann. Der Facility Manager hat seinen Aufwand und dessen Erforderlichkeit darzulegen und zu beweisen. Es empfiehlt sich daher, das Prozedere (Vorlage, Prüfung und Abzeichnung der Regiezettel durch den Auftraggeber) exakt zu regeln.

386

3.5.7.6 Anordnungsrecht in Bezug auf geänderte/zusätzliche Leistungen und deren Vergütung

- 387 Der Kunde hat in der Regel ein Interesse daran, sich das Recht einzuräumen, einseitig Änderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung anzuordnen. Hierzu sind zum einen die Grenzen des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts zu definieren, zum anderen sind die Vergütungsfolgen zu regeln.
- 388 Das Regelungssystem der VOB/B bzw. der VOL/B (§§ 1 Abs. 3, Abs. 4/2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B bzw. §§ 2 Nr. 1 und Nr. 3 VOL/B) bietet jeweils eine Systematik, auf welche im Rahmen der Vertragsgestaltung zurückgegriffen werden kann.
- 389 Die Abrechnung von geänderten/zusätzlichen Leistungen ist in der Regel konfliktträchtig. Es sollte daher in jedem Fall zu Beweis Zwecken ein strenges Schriftformerfordernis in Bezug auf die Anordnungen des Auftraggebers sowie die Verpflichtung des Facility Managers aufgenommen werden, auf etwaige Mehrkosten in Folge von solchen Anordnungen schriftlich und unverzüglich hinzuweisen.
- 390 Weiterhin empfiehlt es sich, einen Mechanismus aufzunehmen, wie der Mehrvergütungsanspruch ermittelt wird. Sinnvoll ist z.B., dass der Facility Manager in einem ersten Schritt ein Angebot samt Kalkulation vorzulegen hat, auf dessen Grundlage sich die Vertragsparteien einvernehmlich auf eine Mehrvergütung einigen sollen. Problematisch ist in der Praxis, ob der Facility Manager zur Ausführung der geänderten/zusätzlichen Leistung verpflichtet ist oder ihm ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, wenn der Auftraggeber eine Vergütung verweigert. Insoweit können die Grundsätze der Rechtsprechung zu Nachträgen im privaten Baurecht herangezogen werden.
- 391 Verweigert der Auftraggeber schon dem Grunde nach eine Einigung zur Vergütungsfähigkeit der angeordneten geänderten/zusätzlichen Leistung, ist der Auftragnehmer berechtigt, die Ausführung dieser Leistung zu verweigern.¹⁴⁰ Voraussetzung ist allerdings, dass der Auftragnehmer seinen Anspruch vertrags- und sachgemäß, also vor allem prüffähig darlegt.¹⁴¹ Erhebt der Auftraggeber nachvollziehbare Einwendungen und bestehen deshalb zur Höhe des Nachtragsanspruchs Differenzen, ist ein Leistungsverweigerungsrecht problematisch. Allerdings erscheint es vertretbar, dass der Auftraggeber insoweit einen Mindestbetrag zu zahlen hat, anderenfalls ein Leistungsverweigerungsrecht besteht.¹⁴² In jedem Fall ist aber Vorsicht geboten, da die Ausübung eines unberechtigten Leistungsverweigerungsrechts eine schwerwiegende Pflichtverletzung darstellt und daher ggf. ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund begründen kann. Darüber hinaus ist zu beachten, dass ein Auftragnehmer eine Meinungsverschiedenheit bei objektiv unklarer Rechtslage und minimaler Mehrvergütungsforderung nicht erpresserisch ausnutzen darf.¹⁴³
- 392 Von der Fallkonstellation, dass der Auftraggeber einseitig geänderte/zusätzliche Leistungen nach Vertragsschluss anordnet, ist die Konstellation zu unterscheiden, dass nach Vertragsschluss aufgrund von Gesetzesänderungen oder Änderungen von Herstellervorschriften

140 BGH, Versäumnisurt. v. 24.06.2004 – VII ZR 271/01, NZBau 2004, 612.

141 Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, VOB/B § 2 Rn. 205.

142 Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, VOB/B § 2 Rn. 206.

143 OLG Celle, Urt. v. 26.05.1993 – 6 U 139/92, IBR 1995, 415.

und/oder Verbandsempfehlungen oder sonstigen Änderungen der allgemein anerkannten Regeln der Technik andere als die vertraglich vereinbarten Leistungen, Arbeitsschritte und/oder Intervalle erforderlich werden. Im Falle von werkvertraglich zu beurteilenden Leistungen hat der Facility Manager diese Änderungen zu berücksichtigen, da es für die Mangelfreiheit seiner Leistung auf den Zeitpunkt der Abnahme ankommt. Da es sich beim Facility Management-Vertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt und daher mit solchen Änderungen während der Vertragslaufzeit zu rechnen ist, ist es interessengerecht, dass sich die Vertragsparteien einvernehmlich auf eine entsprechende Preisanpassung unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten verständigen, wobei Grundlage für die Ermittlung des neuen Preises die Kalkulation der vertraglich vereinbarten Preise, soweit vergleichbare Leistungen beauftragt sind, ist. Anderenfalls hätte der Facility Manager die aus diesen Änderungen resultierenden Kosten alleine zu tragen, obwohl er diese nicht kalkulieren konnte.

3.5.8 Fristen/Termine

Gesetzlich ist in § 271 BGB vorgesehen, dass der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken kann, wenn eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist. Vor dem Hintergrund dieser allgemein gehaltenen Regelung empfiehlt es sich, im Rahmen der Vertragsgestaltung auf die Definition von Leistungsfristen, -frequenzen und -terminen sowie sonstigen Zeitvorgaben großen Wert zu legen. 393

Diese sind bei werk- bzw. bauvertraglich zu beurteilenden Leistungen exakt zu bestimmen (Ausführungsbeginn und -ende, ggf. Zwischentermine). Dies gilt auch für dienstvertraglich zu beurteilende Leistungen (z.B. Reinigungs-, Wartungsintervalle, etc.). In wie weit zu spät erbrachte Leistungen nachzuholen sind, bemisst sich daran, ob mit der Verspätung auch das Interesse an der Leistung entfallen ist. 394

Für den Fall der Überschreitung von Fristen und Terminen kann eine **Vertragsstrafe** (z.B. in Gestalt von Service Levels) vereinbart werden. Darüber hinaus empfehlen sich Regelungen zum Leistungscontrolling (vgl. Kap. 3). 395

3.5.9 Abrechnungs-/Zahlungsmodalitäten

Die Abrechnungs- und Zahlungsmodalitäten können weitgehend frei vereinbart werden. Abschlagsrechnungen sind gemäß § 632a BGB auch im Werkvertragsrecht vorgesehen. Es empfiehlt sich jedoch, individualvertraglich nicht auf § 632a BGB abzustellen, sondern vertraglich Abrechnungszeiträume zu definieren. Dies gilt sowohl für eine Abrechnung auf Einheitspreisbasis als auch für Pauschalen. 396

Wichtig ist, vertragliche Vorgaben hinsichtlich der Prüffähigkeit einer Rechnung zu machen (Rechnungsadressat, Kostenstellen, Aufgliederung der Kostenbestandteile, Nachweise, etc.). Um Streitigkeiten zu vermeiden, ist es sinnvoll, einen vorgeschalteten Rechnungs- 397

lauf zu installieren, in welchem dem Auftraggeber der Rechnungsentwurf zur Verfügung gestellt wird, um auf dieser Grundlage bereits Meinungsverschiedenheiten klären zu können, so dass die Rechnung bei Einreichung bereits endabgestimmt ist.

- 398 Soweit Vertragsobjekte vermietet sind, hat die Abrechnung so zu erfolgen, dass der Kunde den Gesamtbetrag für alle Leistungen des Facility Management gegenüber den Mietern als Teil der Betriebskosten ohne weitere Aufbereitung der Rechnung weiterreichen machen kann. Insoweit muss der Facility Manager rechtssichere Kenntnis davon haben, welche Kostenbestandteile letztendlich auf den Mieter umgelegt werden können (vgl. Kap. 5).
- 399 Bezüglich der Zahlung ist zu regeln, zu welchem Zeitpunkt die Forderung des Auftragnehmers fällig wird. Zu beachten ist dabei, dass ein Schuldner einer Entgeltforderung gemäß § 288 Abs. 3 Satz 1, 1. Hs. BGB spätestens in Verzug kommt, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet. AGB-rechtlich problematisch sind Regelungen zur Fälligkeit, die den Zeitpunkt der Fälligkeit zu Gunsten des Auftraggebers derart nach hinten verschieben, dass Verzug erst nach Ablauf der gesetzlich vorgesehenen 30 Tage eintritt.

3.5.10 Leistungscontrolling

- 400 Dem Auftraggeber ist daran gelegen, die Leistungen des Facility Managers einer regelmäßigen Kontrolle zu unterziehen (unangemeldete Stichprobenkontrollen, Prüfung der Leistungsnachweise bzw. der sonstigen Dokumentation, Durchführung von Auditierungen, etc.).
- 401 Regelungsbedürftig ist in diesem Zusammenhang, dass der Facility Manager seinem Kunden hierzu zu den zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten Zugang zu gewähren hat und der Facility Manager auch Dritte, die mit der Auditierung beauftragt sind, unterstützen muss (Beantwortung von Fragen, Zusammenstellung von Unterlagen, etc.). Schließlich ist aus Sicht des Auftraggebers festzuhalten, dass die alleinige Verantwortlichkeit des Facility Managers für seine Leistungen durch die Überwachung unberührt bleibt.

3.5.11 Mängelrechte

- 402 Im Rahmen der Vertragsgestaltung in Bezug auf die Haftung und Gewährleistung ist zu beachten, dass es sich beim Facility Management-Vertrag um einen **gemischten Vertrag** mit insbesondere dienst- und werkvertraglichen Elementen handelt, so dass die Mängelrechte auf die jeweilige Leistung abzustimmen ist. Neben den gesetzlichen Mängelrechten bieten vor allem VOB/B und VOL/B (§ 4 Abs. 7 bzw. § 13 VOB/B und § 14 VOL/B) ein geeignetes Instrumentarium, welches bei der Vertragsgestaltung herangezogen werden kann.

3.5.11.1 Dienstvertrag

Der Dienstvertrag sieht eine verschuldensabhängige Haftung vor. Der Regelfall sind also Schadenersatzansprüche, welche allerdings nicht zu einer automatischen Minderung¹⁴⁴ oder einem automatischen Entfall der Vergütung führen, es sei denn, die Leistung ist völlig unbrauchbar¹⁴⁵. Besondere Mängelrechte sieht das Dienstvertragsrecht anders als das Werkvertragsrecht nicht vor. Daher macht die Vereinbarung von Service Levels Sinn, auf deren Grundlage im Fall von Schlechtleistungen faktisch eine Minderung der Vergütung erfolgt. Anderenfalls ist der Auftraggeber darauf zu verweisen, Ansprüche des Facility Managers durch Aufrechnung teilweise oder in voller Höhe zu vernichten bzw. faktisch zu mindern. Darüber hinaus kann auf die Regelungen in § 7 VOL/B Bezug genommen werden. 403

Hinsichtlich der Haftung können Höchstgrenzen in den Vertrag aufgenommen werden. In diesem Zusammenhang ist auch denkbar, eine Regelung aufzunehmen, wonach der Facility Manager verpflichtet ist, für die Dauer des Vertrages eine Haftpflichtversicherung für Schäden aus der Abwicklung dieses Vertrages mit bestimmten Deckungssummen abzuschließen und zu unterhalten. Eine solche Regelung führt aber nicht automatisch zu einer Haftungsbegrenzung. Diese ist separat zu regeln. 404

3.5.11.2 Werkvertrag

Das BGB sieht grundsätzlich folgende Mängelrechte vor: 405

- Nacherfüllung, § 635 BGB,
- Minderung, § 638 BGB,
- Schadenersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen, §§ 636 i.V.m. §§ 280, 281, 283 und 311a; 284 BGB,
- Rücktritt, §§ 636, 323, 326 Abs. 5 BGB und
- Ersatzvornahme auf Kosten des Auftragnehmers, § 637 BGB.

Zu beachten ist, dass die Setzung einer Frist zur Nacherfüllung und deren fruchtloses Verstreichenlassen Voraussetzung für die Geltendmachung weitergehender Mängelrechte ist. Dem Auftragnehmer ist also grundsätzlich innerhalb einer angemessenen Nachfrist die Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, bevor der Auftraggeber die weitergehenden Mängelrechte geltend machen darf. Entbehrlich ist eine solche Fristsetzung insbesondere nur in den Fällen des § 323 Abs. 2 BGB. An diese Ausnahmetatbestände ist allerdings ein strenger Maßstab zu legen. 406

VOB/B und VOL/B modifizieren die Regelungen des BGB, wobei die VOB/B Sonderrechte für den Zeitpunkt vor Abnahme vorsieht (§ 4 Abs. 7 VOB/B). 407

In einem ersten Schritt hat der Auftraggeber den Mangel schriftlich zu rügen (§ 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B bzw. § 14 Nr. 3 Satz 3 VOL/B) und den Auftragnehmer zu dessen Beseitigung aufzufordern (§ 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B bzw. § 14 Nr. 2 lit. a) VOL/B). 408

¹⁴⁴ BGH, Urt. v. 15.07.2004 – XI ZR 256/03, NJW 2004, 2018.

¹⁴⁵ OLG Koblenz, Urt. v. 03.01.2006 – 5 U 1242/05, NJW-RR 2006, 419.

- 409** Lässt der Auftragnehmer diese Frist verstreichen, so ist der Auftraggeber gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B berechtigt, die Ersatzvornahme auf Kosten des Auftragnehmers durchzuführen. Neben der Nachbesserung bzw. den Kosten für die Ersatzvornahme schuldet der Auftragnehmer ggf. Schadensersatz gemäß § 13 Abs. 7 VOB/B, allerdings gegenüber den gesetzlichen Regelungen in modifizierter Form.
- 410** Lässt der Auftragnehmer die ihm gesetzte Frist verstreichen, ist der Auftraggeber gemäß § 14 Nr. 2 lit. a) VOL/B berechtigt, die Mangelbeseitigung auf Kosten des Auftragnehmers durchführen zu lassen. Dabei besteht – wie auch nach BGB und VOB/B – ein Anspruch auf Kostenvorschuss gemäß § 637 BGB. Die VOL/B sieht daneben in § 14 Nr. 2 lit. b) Regelungen für Schadensersatz vor, die wie die Regelungen der VOB/B die gesetzlichen Regelungen modifizieren.

3.5.12 Sicherheiten

- 411** In Facility Management-Verträgen besteht ein wechselseitiges Interesse an der Absicherung gegenseitiger Ansprüche. Als Sicherungsmittel kommt insoweit ein Zahlungseinbehalt, die Hinterlegung von Geld oder die Stellung einer Bürgschaft in Betracht.
- 412** Der Facility Manager kann im Einzelfall ein Interesse an der Absicherung der Zahlungsverpflichtung des Kunden haben.
- 413** Praxisrelevanter dürfte jedoch das Interesse des Auftraggebers an einer Erfüllungsbürgschaft zur Absicherung der Erfüllung der Pflichten des Facility Managers ggf. einschließlich der Sicherung von Mängel- und Schadensersatzansprüchen sowie der Erstattung von Überzahlungen sein. Insoweit sind die AGB-rechtlichen Maßstäbe zu beachten. Insbesondere ist zu beachten, dass eine Bürgschaft auf erstes Anfordern AGB-rechtlich nicht wirksam vereinbart werden kann (vgl. auch §§ 17 Abs. 4 Satz 3 VOB/B bzw. § 18 Nr. 4 Abs. 2 VOB/B).¹⁴⁶ Eine individualvertragliche Vereinbarung bleibt selbstverständlich möglich.
- 414** Bezüglich der konkreten Ausgestaltung der Vorgaben an die Sicherheitsleistung kann auf die Regelungen in § 17 Abs. 4 VOB/B bzw. § 18 Nr. 4 Abs. 1 VOL/B zurückgegriffen werden. Vertragstechnisch ist allerdings zu beachten, dass diese Regelungen nur den rechtlichen Rahmen vorgeben, die Verpflichtung zur Stellung einer Sicherheit aber in jedem Fall vertraglich geregelt werden muss.
- 415** Es empfiehlt sich zu regeln, dass die Bürgschaft von einem in den Europäischen Gemeinschaften oder in einem Staat, der Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder Mitglied des WTO-Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen ist, zugelassenen Kreditinstitut bzw. Kredit- oder Kautionsversicherer zu stellen ist (vgl. § 17 Abs. 2 VOB/B bzw. 18 Nr. 2 Abs. 1 VOL/B).
- 416** Die Bürgschaft sollte aus Sicht des Auftraggebers kumulativ und zwingend folgende Erklärungen des Bürgen enthalten:
- Stellung einer unbedingten und unbefristeten (Erlöschen erst mit der Rückgabe der Bürgschaftsurkunde), selbstschuldnerischen Bürgschaft nach deutschem Recht;

¹⁴⁶ BGH, Urt. v. 18.04.2002 – VII ZR 192/01, NJW 2002, 2388.

- Verzicht auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechenbarkeit und Vorausklage gemäß §§ 770, 771 BGB, wobei der Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten nicht für unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen des Facility Managers gilt¹⁴⁷;
- Verjährung der Bürgschaftsforderung nicht vor der gesicherten Hauptforderung, spätestens jedoch gemäß § 202 Abs. 2 BGB in 30 Jahren;
- Verbindlichkeit von zwischen dem Auftraggeber und dem Facility Manager nach Abschluss des Bürgschaftsvertrages getroffenen Vereinbarungen über die Verjährung der Hauptforderung für den Bürgen nur im Falle seiner schriftlichen Zustimmung;
- Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstands.

Zu beachten ist auch, dass nach Ansicht des OLG München¹⁴⁸ die Einbeziehung der Leistungen aus § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B (Geänderte/Zusätzliche Leistungen) in den Sicherungszweck einer Vertragserfüllungsbürgschaft nicht mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Bürgschaftsrechts zu vereinbaren ist. Vor diesem Hintergrund sollte in jedem Fall eine klarstellende Regelung aufgenommen werden.

417

3.5.13 Vertragsstrafenansprüche

Dem Auftraggeber des Facility Managers ist daran gelegen, dass er vertragsrechtlich wirksame Mechanismen zur ständigen Kontrolle des Facility Managers an die Hand bekommt. Ein probates Mittel hierzu ist die Vereinbarung von Service Levels. So sehr diese auf Seiten des Facility Managers geeignet sind, einen Anreiz für die Einhaltung der vertraglichen Vorgaben zu schaffen, so komplex ist deren rechtliche Ausgestaltung. Service Levels sind nicht nur inhaltlich exakt zu definieren, sondern es ist darüber hinaus vertragsrechtlich ein Prozedere zu installieren, welches möglichst wenig Spielraum für Vertragsinterpretationen lässt.

418

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

419

Ausgangspunkt für die Vertragsgestaltung im Bereich der Service Levels ist die Definition einzelner aus Sicht des Auftraggebers wichtiger Qualitätsstandards. Dabei können als Anknüpfungspunkt entweder objektive oder subjektive Maßstäbe herangezogen werden. Einen subjektiven Anknüpfungspunkt stellt z.B. das Ergebnis der Befragung von Nutzern dar, welches zwischen Auftraggeber und Facility Manager als verbindlich vereinbart wird.

420

¹⁴⁷ BGH, Urt. v. 16.01.2003 – IX ZR 171/00, IBR 2003, 244 (Schmitz) m.w.N.

¹⁴⁸ OLG München, Urt. v. 23.03.2004 – 9 U 4089/03, IBR 2004, 566.

- 421** Dabei macht die Vereinbarung von Service Levels vor allem im Bereich von Ausführungsfristen und -qualitäten Sinn. Folgende Service Levels sind denkbar:
- Definition von regelmäßig wiederkehrenden Ausführungszyklen,
 - Definition von maximalen Ausführungszeiträumen,
 - Definition von maximalen Reaktionszeiten im Fall des Eintritts von Störungen,
 - Verpflichtung zur unverzüglichen schriftlichen Anzeige der Störungsbeseitigung, ggf. auf Grundlage einer gemeinsamen CAFM-Plattform,
 - Verpflichtung zum einheitlichen Auftritt des eingesetzten Personals, z.B. Tragen eines einheitlichen Firmenausweises mit stets sichtbarem Lichtbild sowie entsprechender Schutzkleidung mit Firmenlogo,
 - Verpflichtung zur ständigen Verfügbarkeit und Erreichbarkeit des vertraglich benannten Ansprechpartners während des vertraglich festgelegten Leistungszeitraumes oder
 - Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Dokumentation der Störungsbeseitigung, z.B. Anbringen von Wartungsaufklebern, Einträge in Handbücher, etc.
- 422** Die vorstehende beispielhafte Aufzählung ist keinesfalls abschließend. Der Vertragsgestaltung sind insoweit keine Grenzen gesetzt. Es empfiehlt sich jedenfalls, die Service Levels abschließend in einer Anlage zum Facility Management-Vertrag zu definieren.
- 423** Ausgehend von der vertraglichen Definition der Service Levels ist vertragsrechtlich ein System zur systematischen Erfassung und Bewertung etwaiger Verstöße zu installieren. Es empfiehlt sich aus Sicht des Auftraggebers, dass er zum Zwecke der Qualitätskontrolle und -steuerung etwaige Service Levels-Verstöße auf Grundlage eines intern zu regelnden und sicherzustellenden Qualitätsmanagementsystems über einen bestimmten Zeitraum, z.B. monatlich erfasst, auswertet und dem Facility Manager das Ergebnis seiner Auswertung schriftlich mitteilt. Dem Facility Manager ist die Möglichkeit zu geben, binnen einer bestimmten Frist von z.B. zwei Wochen nach Zugang der Monatsauswertung qualifizierte Einwendungen gegen die Auswertung zu erheben, wenn und soweit nach seiner Auffassung entgegen der Auswertung des Auftraggeber ein Verstoß im Einzelfall nicht vorliegen sollte. Mit weiteren Einwendungen gegen die Richtigkeit der Monatsauswertung nach Ablauf der Ausschlussfrist ist er ausgeschlossen. Diese Ausschlussfrist erscheint im Sinne der Rechtssicherheit für beide Seiten sinnvoll, wenn schon keine abschließende Regelung für den Fall gefunden werden kann, dass der Facility Manager seine Einwendungen rechtzeitig erhebt. Für diesen Fall könnte ggf. geregelt werden, dass die Vertragsparteien unter Mithilfe eines Dritten auf dem Verhandlungswege binnen eines bestimmten Zeitraums nach einer Einigung zu suchen haben.
- 424** Nach Ablauf der Ausschlussfrist ermittelt der Auftraggeber auf Grundlage seiner Auswertung sowie unter Berücksichtigung der von ihm als begründet erachteten Einwände des Facility Managers die Vergütung. Dabei kommt entweder eine Berücksichtigung der Verstöße gegen Service Levels auf der Vergütungsseite als Pönale oder als Reduzierung der vertraglich vereinbarten Pauschale um einen bestimmten Prozentsatz in Betracht.
- 425** Im ersten Fall, nämlich der Ausgestaltung als Pönale, kann eine Staffelung vertraglich vereinbart werden, in deren Rahmen einer bestimmten Anzahl von Verstößen eine bestimmte Pönale gegenüber gestellt wird. So kann zum Beispiel geregelt werden, dass bis zu drei

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

Im zweiten Fall, nämlich der Reduzierung der vertraglich vereinbarten Pauschale um einen bestimmten Prozentsatz, ist als Ausgangspunkt einem bestimmten Prozentsatz der Leistungserbringung die volle Vergütung zuzuordnen. So kann zum Beispiel geregelt werden, dass bei einer 90 %-igen Leistungserbringung die vertraglich vereinbarte Pauschale pro Leistungszeitraum in voller Höhe fällig wird. Reduziert sich das Maß der Leistungserbringung in Folge von Verstößen, reduziert sich auch die Höhe der Pauschale gemäß einer zu regelnden Staffelung. Überschreitet das Maß der Leistungserbringung den Prozentsatz, welcher der vollen Vergütung zugeordnet ist, ist darüber hinaus an eine Bonusvergütung zu denken. 426

Es empfiehlt sich weiterhin, die Staffelung nach unten zu begrenzen. Dies bedeutet, dass bei einer Leistungserbringung von zum Beispiel x % und weniger in jedem Fall die Mindestvergütung fällig wird. Daneben kann sich der Auftraggeber jedoch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in Folge der Schlechtleistung vorbehalten. 427

Da die Vereinbarung von Service Levels zwar sinnvoll, aber vertragsrechtlich komplex ist, empfiehlt es sich, in den Facility Management-Vertrag einen Probezeitraum aufzunehmen, in welchem den Vertragsparteien Gelegenheit gegeben wird, sich an die Inhalte der Service Levels und das formale Prozedere zu gewöhnen und ggf. noch Änderungen in den Vertrag aufzunehmen.¹⁴⁹ 428

3.5.14 Sonstiges wie z.B. Vollmachten, Aufrechnungsverbote, Gerichtsstand, Rechtsweg, etc.

Abschließend seien weitere Regelungskomplexe, die nicht nur bei der Gestaltung eines Facility Management-Vertrages eine Rolle spielen können, beispielhaft erwähnt: 429

- Die für die Vertragskoordination und -durchführung Verantwortlichen nebst Stellvertretern auf beiden Seiten sind zu benennen. Insbesondere muss dabei beachtet werden,

¹⁴⁹ Vgl. hierzu Schrammel, Service Level Agreements als probates Mittel, Facility Management 2011, 60.

dass die benannten Personen für die jeweilige Vertragspartei bevollmächtigt sind. Ist die Vollmacht beschränkt, sind deren Grenzen ebenfalls detailliert zu bezeichnen. Darüber hinaus ist zu regeln, in welchem Umfang diese Personen erreichbar sein müssen. Ggf. ist eine ständig erreichbare Störmeldestelle vertraglich zu installieren (vgl. hierzu Kap. 2, C.III.).

- Regelungen zur Geheimhaltung sind unabdingbar. Die Verpflichtung zur Geheimhaltung hat sinnvollerweise nachvertraglich über einen bestimmten Zeitraum fortzuwirken. Darüber hinaus hat der Facility Manager darauf zu achten, dass auch seine Nachunternehmer in gleicher Weise zur Geheimhaltung verpflichtet werden.
- Dies gilt auch für Regelungen zum Datenschutz. Die gesetzlichen Bestimmungen der Bundesrepublik Deutschland sowie die landesrechtlichen Bestimmungen über den Datenschutz sind zwingend zu beachten.
- Ferner sind auch die Regelungen hinsichtlich gewerblicher Schutz-, Publikations-, Nutzungs- und Urheberrechte zu beachten. Der Kunde hat ein Interesse daran, dass der Facility Manager die Verwertungs-, Nutzungs-, Änderungs- und soweit gesetzlich zulässig auch Eigentumsrechte an allen vom Facility Manager für die vertragsgegenständliche Zwecke erstellten Dokumenten, Unterlagen, Daten und erbrachten Leistungen auf Dauer, unwiderruflich und kostenlos zur Verfügung stellt. Schließlich sind Regelungen zum Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der zur Verfügung gestellten Daten (Ausschluss des Zurückbehaltungsrechtes) sowie zur Kompatibilität der Daten (IT-) Systeme zu treffen.
- Besonderes Augenmerk ist auf die Frage der Rechtsfolgen von Behinderungen zu legen. Für den Fall, dass der Facility Manager aufgrund von Umständen, die der Kunde zu vertreten hat, in der Ausführung seiner Leistung behindert ist, empfiehlt sich in Anlehnung an § 6 VOB/B eine Anzeigepflicht des Facility Managers zu regeln, um dem Kunden die Möglichkeit zu geben, schnellstmöglich für Abhilfe zu sorgen. Insoweit empfiehlt sich zu Beweis Zwecken ein strenges Schriftformerfordernis. Schafft der Kunde keine oder nur verzögert Abhilfe, ist weiterhin zu regeln, ob und – wenn ja – in wie weit dem Facility Manager ein Anspruch auf Schadensersatz/Entschädigung zusteht.
- Schließlich sind standardmäßig eine salvatorische Klausel, Regelungen zum jeweils geltenden Recht (Ausschluss des UN-Kaufrechts, wenn gewünscht) und zum Gerichtsstand aufzunehmen. Eine Schriftformklausel sollte ebenfalls aufgenommen werden. Vorsicht ist allerdings geboten, da die einmal vereinbarte Schriftform im Zuge der Vertragsdurchführung mündlich oder konkludent abbedungen werden kann. Dies gilt selbst für qualifizierte Schriftformklauseln. Diese sehen vor, dass für die Aufhebung der vertraglich vereinbarten Formabrede Formzwang besteht, diese also in jedem Fall schriftlich zu erfolgen hat.¹⁵⁰ Solche Klauseln verstoßen gegen §§ 305b und 307 BGB, wenn es sich hierbei um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, und sind daher nach allgemeiner Meinung unwirksam.¹⁵¹ Gleichwohl empfiehlt sich deren Vereinbarung, da derjenige, der sich auf eine mündliche oder konkludente Vertragsänderung beruft, die nicht in der

¹⁵⁰ Palandt/Ellenberger, § 125 Rn. 19 m.w.N.

¹⁵¹ Palandt/Grüneberg, § 305b Rn. 5 m.w.N.

vertraglich bestimmten Schriftform erfolgt ist, die Vertragsänderung und ggf. die Aufhebung der Formabrede darlegen und beweisen muss.¹⁵²

- An ein Aufrechnungs- und Abtretungsverbot ist ebenfalls zu denken, wobei § 354a HGB zu berücksichtigen ist.

Literatur

Forster/Schielein: Rechtliche Aspekte des Facility Managements (FM-Recht) – Grundlagen der Betreiberverantwortung und Vertragspraxis, ZfIR 2016, 213

Kapellmann/Messerschmidt: VOB Teile A und B, 2. Aufl., 2007

Kapellmann/Schiffers: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. 1 Einheitspreisvertrag, 5. Aufl., 2006

Markus/Kaiser/Kapellmann: AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 3. Aufl., 2011

Najork: Rechtshandbuch Facility Management, 2009

Najork: Der Facility Management-Vertrag, NJW 2006, 2881

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., 2017

Schrammel: Service Level Agreements als probates Mittel, Facility Management 2011, 60

Zehrer/Sasse: Handbuch Facility Management, 20. Ergänzungslieferung, 2009

¹⁵² Palandt/Ellenberger, § 125 Rn. 20 m.w.N.



Die Planungsmethode BIM im Facility Management

4.1 Einführung – 245

- 4.1.1 Die Planungsmethode BIM – 247
- 4.1.2 Dimensionen der Gebäudemodellierung
(„As-Built“ und „As-Planned“-Modelle) – 251
- 4.1.3 CAFM und BIM – 252

4.2 Einsatzmöglichkeiten von BIM – 253

- 4.2.1 Vorteile des Einsatzes von BIM – 253
- 4.2.2 Anwendungsbereiche von BIM – 255

4.3 BIM und der Facility-Management-Vertrag – 255

- 4.3.1 Regelungsbedürftige Sachverhalte – 256
- 4.3.2 Standards und Regelungen zur Projektabwicklung – 258
- 4.3.3 Regelungen zum Detaillierungs- bzw. Fertigstellungsgrad des
BIM-Modells – 259
- 4.3.4 Vertragliche Definition des Leistungs-Solls des Facility Managers im Rahmen
der Planungs- und Errichtungsphase – 261
- 4.3.5 Die Haftung des Facility Managers – 262
- 4.3.6 Behinderungssachverhalte und Mehrvergütungsansprüche zu Gunsten des
Facility Managers – 265
- 4.3.7 Urheberrecht – 267

4.1 Einführung

Die Reformkommission Bau von Großprojekten hat ausgehend von ihrem Befund, dass sich die Digitalisierung der Baubranche noch nicht flächendeckend durchgesetzt habe, diese Technologie jedoch einen erheblichen Beitrag zur kostengerechten, termintreuen und effizienten Abwicklung von Bauvorhaben leisten könne, in ihrem Endbericht die Empfehlung ausgesprochen, dass die Projektbeteiligten im Rahmen der Verwirklichung von Bauvorhaben digitale Methoden wie z.B. Building Information Modeling (BIM) im gesamten Projektverlauf, also letztendlich über den gesamten Lebenszyklus einer Immobilie hinweg verstärkt nutzen sollen, um insbesondere eine konsistente Planung und einen friktionslosen Bauablauf gewährleisten zu können.¹ Konkret empfiehlt die Reformkommission unter Vereinheitlichung organisationsspezifischer Standards sowie der Ausweitung zu offenen Standards, die Planungsmethode BIM den Anforderungen des jeweiligen Projekts angepasst zu nutzen und entsprechende Standards auch vertragsrechtlicher Natur zu entwickeln.²

Zwar bezieht sich dieser Endbericht aufgrund der Aufgabenstellung der Reformkommission im Wesentlichen auf die Lebenszyklusphasen Planung sowie Errichtung, jedoch können die von der Reformkommission getroffenen Feststellungen und Empfehlungen im Sinne eines zeitgemäßen Facility Managements auch auf die für das Facility Management relevanten Phasen im Lebenszyklus einer Immobilie (Betrieb und Nutzung, Umbau, Sanierung sowie Leerstand) übertragen werden. Die Planungsmethode BIM ist auch in diesen Lebenszyklusphasen geeignet, eine konsistente Nutzungs- und Bedarfsplanung im Sinne eines modernen Gebäudemanagements zu gewährleisten und Friktionen an der Schnittstelle zwischen Planungs- und Errichtungsphase auf der einen und Betriebs- und Nutzungsphase auf der anderen Seite zu vermeiden. Kurzum: Die Planungsmethode BIM ist geeignet, die Vielzahl von Informationsbrüchen³ über den gesamten Lebenszyklus einer Immobilie hinweg zu vermeiden und dadurch einen wesentlichen Beitrag dazu zu leisten, dass Risiken und Fehlsteuerungen vermieden oder zumindest minimiert werden können.

In dem im Rahmen des Forschungsprogramms ZukunftBAU des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung in Auftrag gegebenen BIM-Leitfadens für Deutschland heißt es in Bezug auf die Lebenszyklusbetrachtung und die Vorteile, die die Planungsmethode BIM insoweit mit sich bringt, folgerichtig was folgt:

„Jedoch zeigt es, dass der Informationsdurchgängigkeitsaspekt, der mit der hohen Informationsmenge der BIM-Methode besonders wertvoll wird, eine Betrachtung der Potenziale des Gebäudes über den gesamten Lebenszyklus gestattet: Planung, Realisierung, Betrieb, Rückbau. Die Kosten sind in der Bau- und der Betriebsphase am höchsten, so liegt die

1 Reformkommission Bau von Großprojekten, Komplexität beherrschen – kostengerecht, termintreu und effizient, Endbericht, hrsg. vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Berlin 2015, S. 8.

2 Reformkommission Bau von Großprojekten, Komplexität beherrschen – kostengerecht, termintreu und effizient. Endbericht, hrsg. vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Berlin 2015, S. 92.

3 Eschenbruch/Leupertz, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 1, Rn. 1.

*Priorität der Optimierung aus Bauherrensicht auch besonders auf diesen Projektphasen. Das bewirkt, dass die für die Erstellung und das Facility Management notwendigen strategischen Entscheidungen vorgezogen bereits während der Planungsphase betrachtet und erstellt werden müssen. So dient die gesamte Planungs- und Erstellungsphase dazu, einen adäquaten Informationsstand für die optimale Bewirtschaftung von Immobilien und Bauwerken vorzubereiten.*⁴

- 3 Ausgehend von der Feststellung, dass die Kosten in der Betriebsphase am höchsten sind, also die in der Nutzungs- und Betriebsphase entstehenden Kosten hinsichtlich Betrieb, Wartung, Sanierung, Modernisierung und Rückbau häufig die Kosten vor allem in der Planungs-, aber auch in der Ausführungsphase bei weitem übersteigen, hat Patrick MacLeamy das sogenannte „BIM-BAM-BOOM“-Modell beschrieben (Abb. 4.1).⁵

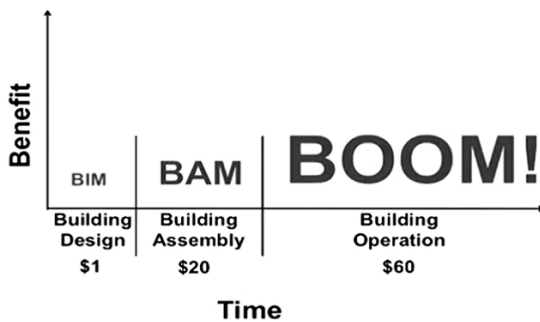


Abb. 4.1 BIM-BAM-BOOM-Modell

- 4 Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass sich die rechtliche Diskussion über die Planungsmethode BIM derzeit noch zu Unrecht im Wesentlichen auf die Planungs- und Errichtungsphase beschränkt. Rechtliche Überlegungen zu den Vorteilen der Planungsmethode BIM vor allem im Hinblick auf die Nutzungs- und Betriebsphase finden sich – soweit ersichtlich – in der einschlägigen Literatur derzeit noch nicht in dem Umfang, wie es nach den Feststellungen im BIM-Leitfaden eigentlich geboten wäre. Dies gilt vor allem auch für rechtliche Erwägungen im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung von Facility-Management-Verträgen unter Einbeziehung von konkret auf die Planungsmethode BIM bezogenen Regelungen.⁶

4 Obermeyer/Hausknecht/Liebich/Przybylo, BIM-Leitfaden für Deutschland – Endbericht i.R.d. Forschungsprogramms Zukunft des Bundesinnenministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BNVBS), 2013, abrufbar unter: http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/Digitalen/bim-leitfaden-deu.pdf?__blob=publicationFile, S. 24 (zugegriffen: 28.07.2017).

5 Obermeyer/Hausknecht/Liebich/Przybylo, BIM-Leitfaden für Deutschland – Endbericht i.R.d. Forschungsprogramms Zukunft des Bundesinnenministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BNVBS), 2013, abrufbar unter http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/Digitalen/bim-leitfaden-deu.pdf?__blob=publicationFile, S. 23 m.w.N. (zugegriffen: 28.07.2017).

6 instruktiv insoweit aber Segger, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 12 m.w.N.

4.1.1 Die Planungsmethode BIM

Building Information Modeling (BIM) ist eine im Ausland erprobte, in Deutschland allerdings immer noch recht neuartige Planungsmethode, die auf digitaler Basis ein virtuelles Modell erstellt, in welches die gesamte Objekt- und Fachplanung integriert ist. BIM ist immanent, dass zuerst virtuell und dann real gebaut wird. BIM ist somit eine Planungsmethode, nicht nur ein Softwareprodukt.⁷ BIM dient dabei der Beschreibung und Entwicklung von dreidimensionalen Bauwerksmodellen mit Hilfe eines gemeinsamen partnerschaftlichen Managements (insbesondere Erstellung und Verwaltung) von digitalen Informationen in Bauprojekten.⁸

4.1.1.1 Begriffsdefinition

Allgemein wird BIM wie folgt definiert: Building Information Modeling (BIM) ist eine Planungsmethode im Bauwesen, die die Erzeugung und die Verwaltung von digitalen virtuellen Darstellungen der physikalischen und funktionalen Eigenschaften eines Bauwerks beinhaltet. Die Bauwerksmodelle stellen dabei eine Informationsdatenbank rund um das Bauwerk dar, die eine verlässliche Quelle für Entscheidungen während des gesamten Lebenszyklus bieten soll und zwar von der ersten Vorplanung bis zum Rückbau.⁹

Im BIM-Leitfaden heißt es hierzu ergänzend:

„In der Praxis wird die Methode BIM heute sehr viel umfassender angewendet und bezieht sich nicht nur auf die physikalischen und funktionalen Eigenschaften eines Gebäudes, die mittels eines Modells verwaltet werden. Das BIM-Ziel ist eine zentrale Verwaltung von möglichst allen projektrelevanten Informationen. Dazu gehören beispielsweise auch die Verweise auf Ressourcen, Prozesse, schriftliche Dokumentationen und weitere Informationen, die zum Projekterfolg beitragen und mit anderen Werkzeugen gebündelt werden.“¹⁰

Wird das Modell neben geometrischen Gebäudeinformationen mit weiteren relevanten Informationen wie z.B. Terminen (Faktor „Zeit“) und Kosten angereichert, ist von einem 4D- bzw. einem 5D-Modell die Rede, welches nicht nur in der Planungs- und Errichtungsphase, sondern auch in der Betriebs- und Nutzungsphase und den sich daran anschließen-

7 Eschenbruch, Building Information Modeling (BIM) – Digitales Planen und Bauen und Auswirkungen auf die Vertragsbeziehungen der Beteiligten, BauR 2016, S. 358.

8 Schrammel/Wilhelm, Rechtliche Aspekte im Building Information Modeling (BIM), Schnell Einstieg für Architekten und Bauingenieure, Wiesbaden 2016, S. 1.

9 Obermeyer/Hausknecht/Liebich/Przybylo, BIM-Leitfaden für Deutschland – Endbericht i.R.d. Forschungsprogramms Zukunft des Bundesinnenministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BNVBES), 2013, abrufbar unter http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/FP/ZB/Auftragsforschung/dreirahmenbedingungen/2013/BIMLeitfaden/Endbericht.pdf_blob=publicationfile&v=2, S. 18 m.w.N. (zugegriffen: 28.07.2017).

10 Obermeyer/Hausknecht/Liebich/Przybylo, BIM-Leitfaden für Deutschland – Endbericht i.R.d. Forschungsprogramms Zukunft des Bundesinnenministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BNVBES), 2013, abrufbar unter http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/FP/ZB/Auftragsforschung/dreirahmenbedingungen/2013/BIMLeitfaden/Endbericht.pdf_blob=publicationfile&v=2, S. 18 m.w.N. (zugegriffen: 28.07.2017).

den Phasen im Lebenszyklus einer Immobilie eingesetzt werden kann (6D-Modell). Im 7D-Modell werden schließlich sämtliche das Facility Management betreffende Informationen – im Regelfall vom Facility Manager – fortgeschrieben bzw. ergänzt. In einem solch all umfassenden Modell sind also auch sämtliche projektrelevanten Informationen des gesamten Prozessverlaufs (Planung, Ausführung, Bewirtschaftung, Betrieb und Nutzung) in einem digitalen Modell enthalten. Letztendlich handelt es sich hierbei um die zentrale Verwaltung sämtlicher Gebäudedaten.¹¹ BIM ist also tatsächlich geeignet, in allen Phasen im Lebenszyklus einer Immobilie – wie im BIM-Leitfaden postuliert – gewinnbringend eingesetzt zu werden.¹² Die im Datenmodell festgehaltenen relevanten Informationen dienen also als Datengrundlage während der Planung, der Realisierung, des Betriebs und der Erhaltung einer Immobilie.¹³

4.1.1.2 „openBIM“ und „closedBIM“

- 9 In der Praxis kann BIM auf zwei Arten umgesetzt werden. Zum einen kann jeder Beteiligte sein eigenes Fachmodell erstellen. Diese Fachmodelle werden dann zusammengeführt („openBIM“). Zum anderen können alle Beteiligten an einem zentralen Datenmodell arbeiten („closedBIM“). Dabei wird der Begriff „closedBIM“ in Bezug auf „geschlossene Softwarelandschaften“ gebraucht, wenn nur eine beschränkte einheitliche Softwarepalette verwendet wird. Zwischen diesen Produkten werden Daten über eine proprietäre Schnittstelle ausgetauscht. Dies hat jedoch den Nachteil, dass die Softwarepalette stark eingeschränkt sein kann, da nur solche Produkte verwendet werden können, welche mit den notwendigen übrigen Programmen kompatibel sind.¹⁴ Auf die Verwendung einer IFC-Schnittstelle sowie die Erstellung von einzelnen Fachmodellen wird bei „closedBIM“ verzichtet.¹⁵
- 10 „openBIM“ steht dagegen für produktunabhängiges Arbeiten.¹⁶ Dies bedeutet, dass über eine einheitliche Schnittstelle (IFC-Schnittstelle) die in Fachmodellen erstellten Daten in ein gemeinsames Koordinationsmodell zusammengeführt werden.¹⁷ IFC ist ein vom BuildingSMART International e.V. entwickeltes offenes Datenformat, das auf Basis von standardisierten Bauteil- und Attributdefinitionen einen Datentransport ermöglicht. Es ist aufgrund der bis dato begrenzten Möglichkeiten als Container zu verstehen und sollte nicht als Im- und Exportformat genutzt werden.¹⁸ Das Koordinationsmodell wird – im Regelfall

11 BIM für Architekten, 100 Fragen - 100 Antworten, hrsg. von der Bundesarchitektenkammer – BAK, S. 13.

12 Schrammel/Wilhelm, Rechtliche Aspekte im Building Information Modeling (BIM), Schnell Einstieg für Architekten und Bauingenieure, Wiesbaden 2016, S. 1.

13 Kemper, BIM und HOAI, BauR 2016, S. 426.

14 BIM für Architekten, 100 Fragen - 100 Antworten, hrsg. von der Bundesarchitektenkammer – BAK, S. 10.

15 Kappes, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 4, Rn. 19.

16 BIM für Architekten, 100 Fragen - 100 Antworten, hrsg. von der Bundesarchitektenkammer – BAK, S. 10.

17 Kappes, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 4, Rn. 16.

18 BIM für Architekten, 100 Fragen - 100 Antworten, hrsg. von der Bundesarchitektenkammer – BAK, S. 14.

durch den BIM-Manager – auf planerische Kollisionen geprüft. Solche Kollisionen entstehen, da jeder Beteiligte in seinem Fachmodell arbeitet. Etwaige Kollisionen werden dann im Regelfall vom BIM-Manager an die betroffenen Beteiligten gemeldet; die notwendigen Änderungen werden wiederum am jeweils betroffenen Fachmodell vorgenommen.¹⁹ Im Rahmen des „openBIM“ ist die Sicherstellung der Administration der Datenplattform also von überragender Bedeutung und somit letzten Endes Managementaufgabe, welche idealerweise nicht nur in Bezug auf das Koordinationsmodell von einem BIM-Manager wahrzunehmen ist.²⁰

4.1.1.3 „LittleBIM“ und „BigBIM“

Schließlich ist auch zwischen „LittleBIM“ und „BigBIM“ zu unterscheiden. Der Begriff „LittleBIM“ steht für BIM als „Insellösung“ innerhalb eines Unternehmens, wobei das Unternehmen das Modell nur für eigene Zwecke erstellt und es nicht an andere Firmen weitergibt. „BigBIM“ bezeichnet demgegenüber das firmenübergreifende Arbeiten an einem Modell, weswegen Standards und Arbeitsweisen zwingend mit anderen Unternehmen und Beteiligten abgeglichen werden müssen.²¹ Im Übrigen führt das Arbeiten im Rahmen von „BigBIM“ zu Fragen des Urheberrechts, die vertragsrechtlich aufzulösen sind. Insbesondere sind Nutzungsrechte und deren Grenzen vertraglich zu regeln.

4.1.1.4 BIM als Managementaufgabe

Zusammenfassend ist BIM – vor allem in seiner Ausprägung als „openBIM“ und „bigBIM“ – letztendlich als Managementaufgabe im Sinne eines Building Information Management zu begreifen. BIM führt also letztendlich über den gesamten Lebenszyklus einer Immobilie hinweg zu einer eigenständigen Managementaufgabe, die letztendlich dem Management, also dem Erstellen, dem Fortschreiben und der Pflege des Gebäudedatenmodells über alle Phasen des Lebenszyklusmodells einer Immobilie hinweg dient.²²

Begreift man BIM in diesem Sinne also als effektives Management von Informationen über den gesamten Lebenszyklus einer Immobilie hinweg, ist BIM in der Lage, die bisher zumeist nur in der Theorie postulierte Lebenszyklusbetrachtung in der Praxis mit Leben zu füllen und die Planungs- und Errichtungsphase sinnvoll und vor allem ohne größere Schnittstellen mit der Nutzungs- und Betriebsphase zu verknüpfen. Dies setzt allerdings voraus, dass die Planungs- und Errichtungsphase auf der einen und die Nutzungs- und Betriebsphase auf der anderen Seite als ineinandergreifende Bestandteile des Lebenszyklus einer Immobilie bereits im Rahmen der Planungsphase verstanden werden. Gelebte Praxis

19 Kappes, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 4, Rn. 16.

20 Schrammel/Wilhelm, Rechtliche Aspekte im Building Information Modeling (BIM), Schnell Einstieg für Architekten und Bauingenieure, Wiesbaden 2016, S. 2.

21 BIM für Architekten, 100 Fragen - 100 Antworten, hrsg. von der Bundesarchitektenkammer – BAK, S. 11.

22 Schrammel/Wilhelm, Rechtliche Aspekte im Building Information Modeling (BIM), Schnell Einstieg für Architekten und Bauingenieure, Wiesbaden 2016, S. 2.

ist jedoch nach wie vor, dass die Schnittstelle zwischen diesen Phasen aufgrund des Einsatzes unterschiedlicher Beteiligter (Planer, ausführende Unternehmen auf der einen und Facility Manager auf der anderen Seite) nach wie vor besteht und nicht zuletzt aus Kostengründen notwendige Überlegungen dazu führen, dass der Facility Manager nicht bereits in die Planungs- und Errichtungsphase und die dort zu treffenden Entscheidungsprozesse eingebunden wird. Um genau diese Schnittstelle zu überwinden, sollte BIM zukünftig als Managementaufgabe über den gesamten Lebenszyklus einer Immobilie hinweg verstanden werden.²³

- 14 Diesen Gedanken konsequent zu Ende gedacht, führt dies dazu, dass der Facility Manager bei den Entscheidungsprozessen in der Planungs- und Errichtungsphase bereits planend im Hinblick auf seinen späteren Leistungsumfang hin beteiligt wird. Er würde also letztendlich bei einer frühzeitigen Hinzuziehung zum Sonderfachmann „Facility Management“, der wie alle anderen Sonderfachleute seinen jeweiligen Beitrag zum Entstehen lassen der Immobilie und des Modells trägt.
- 15 Von der Beteiligung des Facility Managers bei den Entscheidungsprozessen im Rahmen der Planungs- und Errichtungsphase ist folgerichtig zu unterscheiden, inwieweit und zu welchem Zeitpunkt der Facility Manager bei der Erstellung des BIM-Modells involviert wird. In beiden Fällen ergeben sich Schnittstellen zu den übrigen Beteiligten wie Planern und vor allem auch dem BIM-Manager. Grundsätzlich wird der Objektplaner verantwortlich sein für die Erstellung des BIM-Modells. Dies gilt insbesondere bei der Erstellung eines „As-Built“-Modells.²⁴ Insoweit hat sich der Objektplaner jedoch frühzeitig mit dem Facility Manager abzustimmen. Es sind vertragsrechtlich somit klare Regelungen zu treffen, wie das Modell erstellt wird. Ziel dieser Abstimmung ist eine umfassende Verknüpfung und Vereinheitlichung der Daten und insbesondere die Sicherstellung, dass der Facility Manager ohne weitere Probleme das BIM-Modell nutzen bzw. nach seinen Bedürfnissen weiter ausbauen, verfeinern bzw. fortschreiben kann.²⁵
- 15 In Bezug auf Planer, BIM-Manager sowie Facility Manager sind die Leistungsinhalte also sowohl in Bezug auf das Entstehen lassen des Bauwerks als auch in Bezug auf die Erstellung des Modells vertragsrechtlich exakt zu definieren. Es ist vertraglich zu regeln, wer welchen Beitrag zur Erstellung des Modells leistet, welchen Inhalt das Modell im Zeitpunkt der Übergabe an den Facility Manager haben soll und wie sichergestellt werden kann, dass die verwendete Software jeweils kompatibel ist. Für die beiden ersten Punkte ist im Regelfall federführend der Ersteller des BIM-Modells, also zumeist der Objektplaner nach den Vorgaben des Eigentümers, verantwortlich, wobei der Facility Manager insoweit Zuarbeit zu leisten hat. Für den letzten Punkt ist im Regelfall der BIM-Manager zuständig, da dieser letztendlich neben weiteren Pflichten wie der Koordination, dem Projektcontrolling und der Strategieberatung auch vor allem Aufgaben der BIM-Administration im Sinne eines

23 Schrammel/Arndt, BIM in aller Munde ... aber welche rechtlichen Konsequenzen ergeben sich hieraus?, Facility Management, 2016, 32 ff.

24 vgl. Abschnitt 4.1.2.

25 Segger, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 12, Rdn. 87 ff.

IT-Administrators wahrzunehmen hat.²⁶ Für die Fortschreibung des Modells in der Betriebs- und Nutzungsphase ist schließlich der Facility Manager verantwortlich.

4.1.2 Dimensionen der Gebäudemodellierung („As-Built“ und „As-Planned“-Modelle)

Wie bereits in Abschnitt 4.1.1.1 dargelegt, enthält das 3D-Modell Informationen und Daten, mit welchen die messtechnischen Dimensionen eines Gebäudes und seiner einzelnen Bestandteile dargestellt werden. Ein 4D-Modell umfasst darüber hinaus die zeitliche Dimension und ermöglicht es den Beteiligten, auf einer Zeitleiste die unterschiedlichen zur Realisierung des Projektes notwendigen Aktivitäten zu visualisieren. In einem 5D-Modell werden Kostendaten an Gebäudeelemente gekoppelt, wodurch über den gesamten Lebenszyklus der Immobilie hinweg die Kosten visualisiert werden können. Das 6D-Modell (das sogenannte „As-Built“-Modell) ist das Modell der Immobilie, wie diese tatsächlich gebaut wurde und beinhaltet Produktinformationen zu sämtlichen Gebäudeelementen. Wenn diese mit den einschlägigen Wartungsvorschriften samt -intervallen, Garantiedaten, Herstellerdaten und Verträgen verknüpft werden, ergibt dies ein 7D-Modell. Daraus wird deutlich, dass das 6D-Modell eine überragende Rolle für den gewinnbringenden Einsatz des Modells in der Betriebsphase darstellt. Dieses Modell enthält grundlegende Informationen für idealerweise sämtliche Prozesse in der Betriebs- und Nutzungsphase einer Immobilie wie z.B. Raumdaten, technische Spezifikationen von Installationen, Dokumentationen und grafische Informationen über die Raumverwaltung und Wartungsplanung, das Energiemanagement und etwaige Renovierungs- oder Umbauvorhaben.

Zu unterscheiden ist in diesem Zusammenhang zwischen dem sog. „As-Built“-Modell und dem sog. „As-Planned“-Modell. Das „As-Built“-Modell stellt ein digitales Gebäudemodell dar, dessen Daten den tatsächlichen Stand der Bauausführung wiedergeben, somit die Dokumentation des Ist-Zustandes des Gebäudes darstellen. Das „As-Planned“-Modell gibt demgegenüber einen bestimmten Planungsstand zu einem Zeitpunkt „x“ wieder, welcher jedoch nicht zwingend mit dem tatsächlichen Ist-Zustand übereinstimmen muss. Je nachdem, welches Modell dem Facility Manager zur Verfügung gestellt wird, variieren seine Leistungspflichten. Auch die Schnittstellen im Sinne einer Abgrenzung der Verantwortlichkeiten sind andere und in jedem Fall vertragsrechtlich exakt zu definieren.

Entscheidet man sich für die Erstellung eines „As-Built“-Modells, ist vertraglich zu definieren, nach welchem Baufertigstellungsgrad dieses Modell angefertigt wird. Insbesondere ist zu regeln, ob darin über die Angaben des Gebäudes hinaus bereits Angaben zur Einrichtung und zu den einzelnen facilities enthalten sind. Entscheidet man sich für die Erstellung eines „As-Planned“-Modells sind ebenfalls Regelungen in Bezug auf die Beschaffenheit und den Detailgrad des Modells treffen. Auf dieser Grundlage hat dann der Facility Manager das Modell gemäß seinen Bedürfnissen fortzuschreiben.

Beide Varianten führen zu unterschiedlichen Vertragsgestaltungen. Wird dem Facility Ma-

²⁶ Elixmann, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 6, Rdn. 15.

nager ein „As-Built“-Modell zur Verfügung gestellt, stellt die Übergabe dieses Modells die Schnittstelle für die jeweiligen Leistungspflichten dar. Derjenige, der das „As-Built“-Modell erstellt, ist verantwortlich für die vollständige und mangelfreie Erstellung des Modells je nach Definition zum Zeitpunkt der Übergabe an den Facility Manager. Im Regelfall wird dieses Modell der Objektplaner erstellen.

- 20 Wird hingegen ein „As-Planned“-Modell erstellt, erweitert sich die Verantwortlichkeit des Facility Managers, da er im Regelfall in der Implementierungsphase für sämtliche Ergänzungen des Modells und insbesondere auch für den Abgleich des Modells mit dem Ist-Zustand verantwortlich ist.
- 21 Letztendlich schreibt der Facility Manager in beiden Konstellationen sein eigenes Modell fort. Lediglich der Umfang seiner Leistungspflichten differiert und ist im Facility Management- Vertrag exakt zu definieren.²⁷

4.1.3 CAFM und BIM

- 22 Das „Computer Aided Facility Management“ (CAFM) ist die Unterstützung des Facility Managements durch Informationstechnik in Form eines Computerprogramms, welches aus einer Datenbank und einer Anwenderoberfläche besteht. Das CAFM ist also als Datenbank für Informationen über die facilities zu verstehen, wobei Facility Management-Prozesse abgebildet werden können. Herzstück der Datenbank ist die Verwaltung der Stammdaten einer Liegenschaft mitsamt ihren Ausstattungen und technischen Anlagen. Diese Informationsobjekte können im CAFM-System mit Standorten versehen sowie grafisch im Computer Aided Design (CAD-Plänen) dargestellt werden. Zusätzlich lassen sich Stammdaten mit Vertragsdaten, Verbrauchsdaten und Informationen zu technischen und infrastrukturellen Services und damit verbundenen Kosten und Erlösen verknüpfen.²⁸

Typische Fallgestaltung ist dabei, dass z.B. gemeldete Defekte als Reparaturaufträge in dem System hinterlegt werden können, welche dann von externen Firmen eingesehen und bearbeitet werden können. Somit ist das CAFM zur Auftragsverfolgung geeignet. Mindeststandards für CAFM-Systeme werden z.B. in dem Zertifizierungsverfahren gemäß GEFMA Richtlinie 444 definiert. Zusammenfassend steht also bei CAFM-Prozessen eines Unternehmens die Abwicklung von Dienstleistungen im Rahmen des Facility Management im Vordergrund. Dagegen wird ein Gebäude mit Hilfe der Planungsmethode BIM vollständig geplant und erstellt. Das Modell, also alle Daten einschließlich der dreidimensionalen Gebäudegrafik werden als vollständige digitale Dokumentation dem Bauherrn übergeben, der dieses wiederum an den Facility Manager übergibt. Das Gebäude und dessen digitale Daten werden dann mit Hilfe von CAFM bewirtschaftet. Somit ergänzen sich BIM und CAFM.

²⁷ instruktiv hierzu Segger, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 12, Rdn. 78–91.

²⁸ Wilke/Neuhaus/Rosenbleck, Facility Management 02/2016, S. 47.

4.2 Einsatzmöglichkeiten von BIM

Zweck von BIM ist es, den Entscheidungsträgern auf allen Ebenen frühzeitig die erforderlichen Grundlagen für zielgerichtete Entscheidungen an die Hand zu geben. Im BIM-Leitfaden heißt es hierzu: 23

„Durch BIM wird ein neues Optimierungsniveau erreicht. Der Fokus liegt bei einer höheren Planungs-, Termin- und Kostensicherheit, die durch die Transparenz über den gesamten Lebenszyklus eines Bauwerks entsteht. Es vereinfacht das Risikomanagement und ermöglicht, die Planungsqualität und die industriellen Fertigungsprozesse besser zu kontrollieren. Der Hauptvorteil von BIM liegt für den Auftraggeber in den umfassenden, offen zugänglichen und von vielen nutzbaren Gebäudeinformationen. Diese qualitativ hochwertigen konsistenten Planungsdaten ermöglichen frühzeitige und belastbare Entscheidungsfindungen.“²⁹

Soweit also im BIM-Leitfaden auf eine höhere Planungs-, Termin- und Kostensicherheit über den gesamten Lebenszyklus einer Liegenschaft hinweg als Vorteil des Einsatzes der Planungsmethode BIM verwiesen wird, bedeutet dies, dass die Planungsmethode BIM nicht nur auf das Planen und Bauen selbst beschränkt ist, sondern vor allem auch im Rahmen der Nutzung und des Betriebs einer Immobilie gewinnbringend eingesetzt werden kann. 24

4.2.1 Vorteile des Einsatzes von BIM

Sinn und Zweck der Planungsmethode BIM ist, den Anwendern eine umfassende Gebäudeinformation über den Ist-Zustand des Gebäudes in der jeweiligen Phase des Lebenszyklus zur Hand zu geben. Diese umfassenden Gebäudeinformationen führen auch im Rahmen der Phase der Nutzung bzw. des Betriebs einer Immobilie zu einer erhöhten Kostensicherheit und Termintreue für den Fall der Durchführung von Wartungs-, Reparatur-, Instandhaltungs- sowie Instandsetzungsmaßnahmen, da im Falle einer Vergabe an Drittfirmen die Mengenermittlung präziser erfolgen und somit eine exaktere Leistungsbeschreibung erstellt werden kann, mit welcher Nachträge vermieden werden können. Bei solchen Wartungs-, Reparatur-, Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen führt dies zu einer Verkürzung der Projekt- und Bearbeitungszeiten sowie einer vereinfachten Schnittstellenkoordination. Denkbar ist auch die Standardisierung durch Objektkataloge oder Musterleistungsverzeichnisse.³⁰ 25

Weiterhin führt der Einsatz von BIM zu einer Datenaktualität sowie -konformität. Die durch den Einsatz der Planungsmethode BIM gewonnene einheitliche Datenbasis kann 26

²⁹ Obermeyer/Hausknecht/Liebich/Przybylo, BIM-Leitfaden für Deutschland – Endbericht i.R.d. Forschungsprogramms Zukunft des Bundesinnenministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BNVBES), 2013, abrufbar unter http://TTT/www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/FP/ZB/Auftragsforschung/dreirahmenbedingungen/2013/BIMLeitfaden/Endbericht.pdf_blob=publicationfile&v=2, S. 25 (zugegriffen: 28.07.2017).

³⁰ Schrammel/Wilhelm, Rechtliche Aspekte im Building Information Modeling (BIM), Schnellleinstieg für Architekten und Bauingenieure, Wiesbaden 2016, Seite 5.

verknüpft werden mit gesetzlichen Vorgaben z.B. in Bezug auf gesetzlich vorgegebene Prüffristen. Diese Anwendung ist vor allem im Facility Management von großer Bedeutung. Dies bedeutet, dass einzelnen facilities Daten wie z.B. die Anlagenidentifikation, das Prüfdatum, die Art der Prüfung, die rechtliche Prüfungsgrundlage, der Prüfungsumfang, die Wirksamkeit und Funktion der getroffenen Schutzmaßnahmen, das Ergebnis der Prüfung sowie die Frist bis zur nächsten Prüfung zugeordnet werden können, welche wiederum mit definierten services wie z.B. der Durchführung der Erstprüfung, von wiederkehrenden Prüfungen sowie von Prüfungen nach prüfpflichtigen Änderungen etc. verknüpft werden können.³¹

27 Darüber hinaus führt das Vorhandensein eines BIM-Modells an der Schnittstelle zwischen Planung und Errichtung auf der einen und Betrieb und Nutzung auf der anderen Seite zu Erleichterungen der Einarbeitung des Facility Managers im Rahmen der Implementierungsphase, soweit diese, was der Regelfall sein dürfte, vertraglich vereinbart ist. Im Regelfall wird im Rahmen der Implementierungsphase die Grundlage für die fachliche Umsetzung des Facility Management- Vertrages gelegt. Darüber hinaus wird in dieser Phase die Organisation für administrative und operative Leistungen festgelegt. Dabei werden im Regelfall insbesondere folgende Leistungen durch den Facility Manager erbracht:

- Ermittlung der benötigten technischen Dokumentation in Abstimmung mit dem Auftraggeber
- Unterweisung der Mitarbeiter des Facility Managers zur Schaffung fundierter Anlagen- und Ortskenntnisse
- Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung
- Ermittlung der Notwendigkeit und Häufigkeit regelmäßiger Mitarbeiterunterweisungen und -schulungen
- Erstellung notwendiger Arbeitsanweisungen
- Ermittlung und Beschaffung aller notwendigen Werkzeuge und Hilfsmittel
- Abstimmung der Schnittstellen zwischen Facility Manager, Auftraggeber und Dritten
- Abstimmung der vertraglich vereinbarten Dokumentationsaufgaben.³²

28 All diese notwendigen Maßnahmen können im Rahmen der Implementierungsphase mittels eines BIM-Modells zügig und ohne größeren Aufwand durchgeführt werden. Problematisch ist jedoch, dass im Rahmen dieser Implementierungsphase der Auftraggeber des Facility Managers geneigt sein könnte, dem Facility Manager die Prüfung hinsichtlich Richtigkeit und Vollständigkeit des übergebenen Modells aufzuerlegen. Eine solche Klausel würde jedoch AGB-rechtlichen Bedenken begegnen, da dem Facility Manager insofern ein Risiko für eine originäre Bauherrenaufgabe, nämlich das Risiko der Erstellung und der Übergabe des mangelfreien Modells überbürdet werden soll. Dies gilt vor allem dann, wenn dem Facility Manager ein „As-built“-Modell übergeben wird und er in der Planungsphase nicht beteiligt war. In vertragsrechtlicher Hinsicht bedeutet dies, dass In-

31 Glauche, Der Facility Manager 09/2016, Seite 32 ff.

32 vgl. Kap. 3.5, Rdn. 176.

halt und Umfang der Implementierungsphase in der Leistungsbeschreibung zum Facility Management-Vertrag auch unter Berücksichtigung des BIM-Modells zu definieren ist.

4.2.2 Anwendungsbereiche von BIM

Die Vorteile der Planungsmethode BIM können sowohl im technischen wie auch im infrastrukturellen sowie kaufmännischen Facility Management nutzbar gemacht werden. Beispielfhaft sei aufgeführt: 29

Im Rahmen des technischen Gebäudemanagements dient die Planungsmethode BIM im Rahmen der Wartung, Inspektion, Sanierung, Instandhaltung und Instandsetzung nicht nur der Lokalisation der betroffenen facilities und Anlagen sowie der Hinterlegung der dazugehörigen services wie z.B. gesetzlich vorgegebene (Prüf-)Fristen.³³ Darüber hinaus können vor allem anhand BIM-gestützter Modelle Instandhaltungsstrategien, der Betrieb und die Nutzung von Gebäudeteilen während des Umbaus sowie das Energiemanagement durch Simulationen durchgespielt und eine der durchgespielten Varianten ausgewählt werden.³⁴ 30

Im Rahmen des infrastrukturellen Gebäudemanagements dient die Planungsmethode BIM z.B. der konkreten Ermittlung des Reinigungsbedarfes, welcher für eine Beauftragung der Reinigungsarbeiten an Drittfirmen von großer Bedeutung ist, sowie dem Flächenmanagement. Hierbei kann eine Optimierung der Flächen dahingehend erfolgen, dass die Nutzflächen mieterbezogen optimiert vermietet werden und in den Mietverträgen exakt beschrieben werden können.³⁵ 31

Hauptaufgabe des kaufmännischen Gebäudemanagements ist die Erfassung und Optimierung auflaufender Kosten. Auch dieser Punkt wird durch den Einsatz der Planungsmethode BIM erheblich vereinfacht.³⁶ 32

4.3 BIM und der Facility-Management-Vertrag

Der Einsatz der Planungsmethode BIM zeitigt zahlreiche Auswirkungen auf die rechtssichere Gestaltung auch des Facility Management-Vertrages.³⁷ Die BIM-Methode erfordert vor allem eine klare Definition der Leistungspflichten der Beteiligten wie Objektplaner, Fachplaner, ausführende Unternehmen, BIM-Manager und Facility Manager, um dadurch in haftungsrechtlicher Hinsicht die bestehenden Schnittstellen und Verantwortlichkeiten vertragsrechtlich abgrenzen zu können. Zu beachten ist dabei, dass der Facility Manager 33

33 Glauche, Der Facility Manager 09/2016, S. 32 ff.

34 Segger, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 12, Rn. 34 ff.

35 Segger, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 12, Rn. 43 ff.

36 Segger, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 12, Rn. 51 ff.

37 instruktiv zu den rechtlichen Auswirkungen auf die Gestaltung von Planer- und Bauverträgen sowie dem Vertrag mit dem BIM-Manager Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016.

zum einen einen inhaltlichen Beitrag zum Entstehen lassen der Immobilie bereits in der Planungs- und Errichtungsphase leisten kann, zum anderen aber auch bereits bei der Erstellung bzw. jedenfalls bei der Übergabe und Fortschreibung des BIM-Modells eine wichtige Rolle spielen kann bzw. spielt.

4.3.1 Regelungsbedürftige Sachverhalte

- 34 Insbesondere folgende Aspekte sind im Zusammenhang mit dem Einsatz der Planungsmethode BIM einer vertragsrechtlichen Regelung im Zusammenhang mit dem Facility Management-Vertrag zuzuführen:
- Im Zusammenhang mit der Planungsmethode BIM wird oftmals der Begriff des „BIM-Managers“ verwendet. Zwar hat sich insoweit noch kein einheitliches Branchenverständnis herausgebildet, jedoch sind im Zusammenhang mit der Planungsmethode BIM über die im herkömmlichen Planungsprozess zu erbringenden Planungs- und Koordinationsleistungen (vgl. Leistungsphasen und dazugehörige Grundleistungen der Leistungsbilder der HOAI: z.B. Leistungsbild Objektplaner, Anlage 10 zu § 34 Abs. 4 HOAI) hinaus weitere Leistungen zu erbringen, die man insgesamt als BIM-Management-Leistungen bezeichnen kann. Diese umfassen die strategische BIM-Beratung zumeist des Bauherrn, die Wahrnehmung von Kontroll-, Mitwirkungs- und Beratungsleistungen in der BIM-gestützten Projektdurchführung, die Erbringung von BIM-bezogenen Planungs- und Koordinationsleistungen sowie die Erbringung von Aufgaben im Bereich des Datenmanagements. Aufgrund dieses Aufgabenkataloges und der Anzahl der Beteiligten (Objektplaner, Fachplaner, ausführende Unternehmen, BIM-Manager, Facility Manager) ist es aus Sicht des Auftraggebers vertragsrechtlich erforderlich, für alle Beteiligten frühzeitig ein einheitliches Regelwerk zu schaffen, welches für alle Beteiligten einheitliche Standards und Regelungen zur Projektabwicklung wie z.B. Regelungen zum Datenaustausch und zu BIM-spezifischen Leistungspflichten enthält.³⁸
 - Darauf aufbauend ist aus Sicht des Auftraggebers im Rahmen einer Leistungsbeschreibung ebenfalls frühzeitig zu regeln, welchen Detaillierungs- bzw. Fertigstellungsgrad das BIM-Modell aufweisen soll.³⁹ Insoweit ist zwischen dem Leistungserfolg des Objektplaners, welcher im Regelfall federführend das BIM-Modell erstellt, welches dann dem Facility Manager für die Nutzung und den Betrieb übergeben wird, und dem insoweit vom Facility Manager geschuldeten Leistungserfolg (Fortschreibung des Modells) zu unterscheiden.
 - Ausgehend von der Überlegung, dass es sinnvoll ist, dass der Facility Manager im Sinne der Lebenszyklusbetrachtung bereits in der Planungs- und Errichtungsphase seinen auf das Facility Management bezogenen Beitrag zur Planung leistet, ergibt sich die Notwendigkeit, das vom Facility Manager geschuldete Leistungsoll exakt zu definieren. Es ist zu regeln, ob und – wenn ja – inwieweit der Facility Manager bereits in der Planungs- und

38 Elixmann, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 6, Rdn. 51 ff.

39 Liebich, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 3, Rdn. 49.

Errichtungsphase beteiligt wird und wie in diesem Fall sein Beitrag zum Modell aussieht. Daher sind seine Leistungspflichten von den Leistungspflichten der übrigen Beteiligten und insbesondere auch von denen des BIM-Managers im Sinne einer Schnittstellendefinition abzugrenzen.

Wird der Facility Manager bereits am Planungsprozess beteiligt, ist überdies vertragsrechtlich abzugrenzen, ob er einen eigenen Beitrag zur Planung leistet oder aber lediglich beratend tätig wird.

- In haftungsrechtlicher Hinsicht sind vertragsrechtlich die Verantwortlichkeiten für das BIM-Modell zu regeln. Dabei sind verschiedene Phasen zu unterscheiden. Zunächst ist die Verantwortlichkeit für die Erstellung des BIM-Modells zu definieren, welches im Regelfall vom Objektplaner erstellt wird. Des Weiteren sind die Schnittstelle und die sich an dieser ergebenden Verantwortlichkeiten zwischen Erstellung des BIM-Modells durch den Objektplaner und Übergabe des BIM-Modells an den Facility Manager zur weiteren Nutzung im Rahmen der Betriebs- und Nutzungsphase zu definieren. Schließlich ist zu definieren, in welchem Umfang der Facility Manager nach Übergabe das BIM-Modell auf inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit zu prüfen bzw. zu ergänzen und fortzuschreiben hat. Die Definition der Verantwortlichkeiten im vorgenannten Sinne dient als Maßstab für die Haftung der Beteiligten im Fall der Fehlerhaftigkeit des Modells.

Aufgrund dieser Schnittstellen ergeben sich zahlreiche Haftungsfragen. Leistet der Facility-Manager bereits in der Planungsphase einen Beitrag zur Planung des Gebäudes, stellt sich die Frage, inwieweit für den Fall einer fehlerhaften Planung bzw. der fehlerhaften Erstellung des Modells der Facility Manager haftet. Wird dem Facility Manager ein Modell als Grundlage für seine weitere Leistungserbringung im Rahmen der Betriebs- und Nutzungsphase übergeben, stellt sich die Frage, wer für etwaige Fehler dieses Modells verantwortlich ist. Dabei wird sich stets die Abgrenzungsfrage stellen, ob der Fehler im Modell bereits in der Planungs- und Errichtungsphase angelegt war oder dieser Fehler alleine Folge einer fehlerhaften Fortschreibung des Modells durch den Facility Manager ist. Dies hat auch Auswirkungen auf Inhalt und Umfang der Implementierungsphase, also vertragsrechtlich auf die Frage, inwieweit der Facility Manager die Richtigkeit und Vollständigkeit des Modells vor Vertragsschluss oder Leistungsbeginn des Facility Management-Vertrages zu prüfen hat.

- Auch auf der Vergütungsseite kann die Übergabe eines fehlerhaften Modells zu Mehraufwand des Facility Managers und somit ggf. zu Mehrkosten bzw. einem Mehrvergütungsanspruch des Facility Managers führen. Auch Behinderungssachverhalte infolge eines fehlerhaften Modells sind denkbar, deren Folge terminliche wie monetäre Ansprüche sein können.
- Schließlich wirft das zur Verfügung stellen eines BIM-Modells die Frage nach dem Umgang mit dem Urheberrecht auf. Soweit das Gebäudemodell die für eine persönliche geistige Schöpfung erforderliche Gestaltungshöhe aufweist, ist dieses letzten Endes nichts anderes als der Entwurf eines Bauwerks als Architekturmodell. Da ein solches zumindest als analoges (plastisches) Modell § 2 UrhG unterliegt, ist auch das BIM-Modell

urheberrechtlich geschützt.⁴⁰ Dieses Urheberrecht gilt im Regelfall für den Ersteller des Modells, also den Objektplaner. Demgegenüber steuern im Regelfall die übrigen Planungsbeteiligten (Fachplaner) keine urheberrechtlich geschützten Planungsbeiträge bei, da diese „technischen“ Beiträge im Regelfall keine schöpferisch gestalterische Höhe im Sinne des § 2 UrhG aufweisen und somit nicht urheberrechtsfähig sind.⁴¹ Dies dürfte auch im Hinblick auf Planungsleistungen des Facility Managers gelten.

Davon abzugrenzen ist die Frage, ob das BIM-Modell als Datenbank Werkschutz gemäß § 4 Abs. 2 UrhG genießt. In diesem Fall wäre im Regelfall der BIM-Manager Urheber der Datenbank. Dies dürfte jedoch im Regelfall nicht der Fall sein, weil das Koordinationsmodell nicht über die Summe der einzelnen Modelle der übrigen Planungsbeteiligten hinausgeht.⁴²

In jedem Fall ergibt sich aus dieser Grundproblematik jedoch die Notwendigkeit, die Nutzungsrechte am ggf. urheberrechtlich geschützten Modell vor allem im Verhältnis zum Objektplaner vertraglich zu regeln. Dies gilt vor allem auch im Verhältnis zwischen dem Objektplaner und dem Facility Manager, da der Facility Manager das Modell in der Betriebs- und Nutzungsphase nutzt und ggf. fortschreibt.

4.3.2 Standards und Regelungen zur Projektabwicklung

- 35 Der Planungsmethode BIM ist immanent, dass eine Vielzahl von Beteiligten (Objektplaner, Fachplaner, ausführende Unternehmen, BIM-Manager sowie Facility Manager) partnerschaftlich an der Realisierung des BIM-Modells zusammen arbeiten. Im Regelfall wird der Bauherr hierzu Einzelverträge mit den vorstehend aufgeführten Beteiligten schließen. Um jedoch eine einheitliche Abwicklung nicht zuletzt im Hinblick auf eine partnerschaftliche Zusammenarbeit zu gewährleisten, ist es aus Sicht des Auftraggebers geboten, in jedem Vertragsverhältnis einheitliche Festlegungen zum Einsatz und zum Umgang mit der Planungsmethode BIM zutreffen.
- 36 Hierzu gibt es bereits brauchbare Musterformulare, die einheitlich, z.B. als Anlage („Besondere Vertragsbedingungen BIM“) in jedem Vertragsverhältnis zur Vertragsgrundlage gemacht werden sollten.⁴³ Inhaltlich sollten mindestens die nachfolgend aufgeführten Punkte einer Regelung zugeführt werden:
 - Es sind Regelungen zum Datenaustausch (Definition der Nutzungspflichten und -rechte, Definition der Pflicht zur Bereitstellung der Daten, der Art und Weise der Datenübermittlung und des Datenaustausches, der Zugriffszeiten sowie der Regelungen zur Freigabe sowie Form- und Zugangserfordernisse) zu treffen.

40 Hömme, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 9, Rn. 18 m.w.N.

41 Hömme, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 9, Rn. 21 m.w.N.

42 Hömme, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 9, Rn. 24 m.w.N.

43 vgl. hierzu die Muster BIM-BVB in Eschenbruch, Building Information Modeling (BIM), Digitales Planen und Bauen und Auswirkungen auf die Vertragsbeziehungen der Beteiligten, BauR 2016, S. 358, 364; Eschenbruch, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 2, Rn. 33 f. sowie dort Anhang 1 (Beispielhafte BIM-BVB).

- Die Leistungspflichten des BIM-Managers in Abgrenzung zu den übrigen Beteiligten sind zu definieren. Der BIM-Manager wird im Regelfall für die administrativ-technische Betreuung (Steuerung, Überwachung, Koordination) der Projektplattform zuständig sein. Hierbei gehört zu seinen Aufgaben im Regelfall die Verwaltung sowie die Protokollierung von Zugriffen einschließlich der Vergabe von Zugriffsrechten, die Visualisierung, die back up-Verwaltung und die Unterstützung der Projektbeteiligten bei Zugriffsschwierigkeiten.⁴⁴ Insoweit ist vertragsrechtlich auch im Facility Management-Vertrag an dieser Schnittstelle eine klare Definition der Leistungspflichten des BIM-Managers und des Facility Managers bzgl. der Projektplattform aufzunehmen.
- Weiterhin sind die Anforderungen an Inhalt und Umfang der von den Beteiligten zu erbringenden Planungsleistungen vor allem in Bezug auf deren Detaillierungsgrad aufzunehmen. Weiterhin ist zu regeln, auf welche Weise im Regelfall durch den BIM-Manager die von den einzelnen Planern erstellten Fachmodelle zusammengeführt und im Rahmen der Kollisionsprüfung geprüft werden. Stellen sich hierbei Kollisionen heraus, führt dies zu Planungsänderungen. Insoweit ist also zu regeln, dass jeder Projektbeteiligte die notwendigen Planungsänderungen umzusetzen hat.
- Schließlich ist ein wichtiger Punkt der Umgang mit dem Urheberrecht an den einzelnen Beiträgen zum BIM-Modell. Auf der einen Seite ist den Projektbeteiligten ggf. ein Urheberrecht im Sinne des Schutzes der beigestellten geistigen Leistung zuzugestehen, andererseits ist aber sicherzustellen, dass die Beteiligten vollumfängliche Nutzungs- und Zugriffsrechte erhalten.
- Schließlich sind Regelungen zur Art und Weise der Speicherung des Modells, der Datensicherheit sowie der Vertraulichkeit auf zu nehmen.

4.3.3 Regelungen zum Detaillierungs- bzw. Fertigstellungsgrad des BIM-Modells

Die BIM-Methode setzt voraus, dass der mit der BIM-Methode zu erreichende Planungsfortschritt konkret und prozessorientiert beschrieben wird. Dies gilt vor allem für den Objektplaner, der insoweit federführend tätig ist. Dieser Leistungsbeschreibung kann, muss aber nicht vom Leistungsbeschreibung des jeweiligen Leistungsbildes (z.B. Objektplaner) im Rahmen der Leistungsphasen der HOAI abweichen. Allerdings ist es der BIM-Methode immanent, dass abweichend vom Leistungsbeschreibung der HOAI einzelne Leistungen bzw. Leistungsphasen auf der Zeitachse nach vorne geschoben werden. Somit ist es erforderlich, dass der Planungsfortschritt vertragsrechtlich im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Objektplaner als dem Ersteller des BIM-Modells stufenweise im Sinne der Erreichung von Teilwerkerfolgen abgebildet wird.⁴⁵

37

⁴⁴ Elixmann, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 6, Rn. 14 m.w.N.

⁴⁵ Eschenbruch, Building Information Modeling (BIM), Digitales Planen und Bauen und Auswirkungen auf die Vertragsbeziehungen der Beteiligten, BauR 2016, S. 358, 365.

- 38** Die sogenannten „Level of Detail“ (LoD) definieren auf dieser Grundlage den Informationsgrad der grafischen Darstellung im Modell in einer bestimmten Projektphase. Dabei können nicht-graphische Informationen an das Element angehängt werden. Im Einzelnen:⁴⁶
- LoD 100 – Konzept: Grafische, aber nicht geometrische Darstellung von Elementen im Modell, verkörpert durch Symbole oder generische Objekte
 - LoD 200 – generische Platzhalter: Grafische Darstellung des Elements im Modell als ein generisches System, Objekt oder Bauteil samt ungefährer Mengen, Größen, Formen, Lage und Orientierung
 - LoD 300 – konkrete Bauteile: Konkrete grafische Darstellung des Elements im Modell als konkretes System, Objekt oder Bauteil; Möglichkeit der Messung von Mengen, Größen, Formen, Lage und Orientierung des Elements direkt aus dem Modell
 - LoD 400 – detaillierte Bauteile: Grafische Darstellung des Elements im Modell als konkretes System, Objekt oder Bauteil samt Menge, Größe, Form, Lage und Orientierung inklusive Detail-, Herstellungs- und Montageinformationen
 - LoD 500 – „As-built“: Abstimmung des konkret dargestellten Elements in Bezug auf Größe, Form, Lage, Menge und Orientierung mit dem tatsächlichen Ist-Zustand⁴⁷
 - LoD 600 – Facility Management: Bei diesem Detaillierungsgrad verfügt das jeweilige Element über sämtliche für das Facility Management relevanten Informationen.
- 39** Von Bedeutung ist die Definition des Fertigstellungsgrades anhand der LoD vor allem im Bereich der LoD 500, welche im Regelfall die Abgrenzung zwischen Planungs- und Ausführungsphase auf der einen und Betriebs- und Nutzungsphase auf der anderen Seite darstellt. An dieser Schnittstelle ist also exakt zu definieren, mit welchem Fertigungsgrad der Objektplaner das Modell herzustellen und dem Facility Manager zu übergeben hat. Vor diesem Hintergrund ist in beiden Vertragswerken ein einheitliches Verständnis dieses Fertigstellungsgrades anhand der Definition durch LoD zwingend erforderlich.
- 40** Sollte darüber hinaus vertraglich mit dem Facility Manager vereinbart werden, dass er das ihm übergebene BIM-Modell auf Grundlage des definierten Standards im Zeitpunkt der Übergabe (LoD 500 – „As-built“) zu ergänzen und fortzuentwickeln hat, ist der zu erreichende Grad der Ergänzung und Fortentwicklung im Facility Management-Vertrag konkret zu definieren (LoD 600). Diese Definition hat in der Leistungsbeschreibung zu erfolgen. Diese Definition ist von großer Bedeutung, da auf Grundlage dieser Definition die Vergütung des Facility Managers vertragsrechtlich der Höhe nach bestimmt wird. Ergibt sich also im Nachgang zum Vertragsschluss die Notwendigkeit eines erhöhten Detaillierungsgrades über den vertraglich definierten Fertigstellungsgrad LoD 600 hinaus, kann dies zu Mehrvergütungsansprüchen des Facility Managers führen.

⁴⁶ BIM für Architekten, 100 Fragen - 100 Antworten, hrsg. von der Bundesarchitektenkammer – BAK, S. 15 f; eine vergleichbare Darstellung findet sich in Eschenbruch, Building Information Modeling (BIM), Digitales Planen und Bauen und Auswirkungen auf die Vertragsbeziehungen der Beteiligten, BauR 2016, S. 358, 368.

⁴⁷ vgl. Abschnitt 4.1.2.

4.3.4 Vertragliche Definition des Leistungs-Solls des Facility Managers im Rahmen der Planungs- und Errichtungsphase

Denkbar ist, dass der Facility Manager in der Planungs- und Errichtungsphase Facility-Management-bezogene Planungsleistungen erbringt und hierbei wie die übrigen Fachplaner auch am BIM-Modell mitwirkt. 41

Nach hier vertretener Auffassung bringt es die Planungsmethode BIM mit sich, dass der Facility Manager idealerweise bereits in die Planungs- und Errichtungsphase eingebunden wird. Denkbar ist dabei, dass der Facility Manager als Sonderfachmann „Facility Management“ beauftragt wird, welcher analog zu den Leistungsbildern der Fachplaner gemäß HOAI eine Fachplanung „Facility Management“ erbringt, die wiederum als Fachmodell Eingang in das Koordinationsmodell findet. Ist eine solche weitgehende und frühzeitige Einschaltung des Facility Managers gewünscht, bedarf es eines detaillierten Leistungsbeschriebes analog zum jeweiligen Leistungsbeschrieb der Fachplanerleistungen gemäß HOAI, um dadurch den Inhalt und Umfang der Planerleistungen des Facility Managers von denjenigen der übrigen Planungsbeteiligten abgrenzen zu können. In diesem Fall würde der Facility Manager am Entstehen lassen des Bauwerks mitwirken, weshalb seine Planungsleistungen in diesem Fall werkvertraglicher Natur wären. Dies gilt in diesem Fall auch für seine Mitwirkung am Entstehen lassen des BIM-Modells. 42

Da eine solche weitgehende Beauftragung des Facility Managers bereits in der Planungs- und Errichtungsphase nicht zuletzt aus Kostengründen oftmals nicht gewünscht ist, ist denkbar, dass der Facility Manager zumindest Beratungsleistungen in Bezug auf diejenigen Planungsleistungen des Objektplaners und der Fachplaner erbringt, die betriebs- und nutzungsphasenbezogen sind. Erbringt der Facility Manager solche Beratungsleistungen, sind diese dienstvertraglicher Natur. Dies gilt auch für Facility-Management-bezogene Beratungsleistungen in Bezug auf das BIM-Modell. 43

In beiden Fallkonstellationen ist es vertragsrechtlich überdies von großer Bedeutung, dass durch die Vereinbarung von einheitlichen BIM – BVB sowohl im Vertragsverhältnis zum Facility Manager als auch im Vertragsverhältnis zu den übrigen Beteiligten eine einheitliche Grundlage für die Bestimmung der Leistungspflichten vorhanden ist.⁴⁸ 44

Eine besonders relevante Schnittstelle stellt die Übergabe des BIM-Modells vom Objektplaner an den Facility Manager dar. Soll ein „As-built“-Modell auf Grundlage der LoD 500 erstellt werden, ist es vertragsrechtlich von Bedeutung, dass aufgrund des hohen Maßes an Kooperation zwischen dem Ersteller des „As-Built“-Modells und dem Facility Manager nicht nur der Detaillierungs- und Fertigungsgrad, welcher im Rahmen der LoD 500 verwirklicht werden soll, definiert wird, sondern darüber hinaus vertragsrechtlich zu einem frühest möglichen Zeitpunkt bereits ein fester Ansprechpartner auf Seiten des Facility Managers einzubinden ist, der mit dem Ersteller des BIM-Modells zusammenarbeitet und kooperiert. Ziel ist die frühzeitige Abstimmung dahingehend, dass der Facility Manager das in der Betriebs- und Nutzungsphase auf Grundlage der LoD 500 erstellte Modell auch den Anforderungen der Immobilie entsprechend nutzen bzw. ergänzen und fortschreiben 45

⁴⁸ vgl. Abschnitt 4.3.2.

kann und zwar mit einer hierfür kompatiblen Software. Dabei es zwingend erforderlich, dass im Facility Management-Vertrag Regelungen zu der zu verwendenden Software und zur Interoperabilität getroffen werden.⁴⁹ Auch insoweit bedarf es der möglichst frühzeitigen Abstimmung zwischen dem Facility Manager und in diesem Fall im Regelfall dem BIM-Manager.

- 46 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Planungsmethode BIM dazu führt, dass bereits im Rahmen der Planungs- und Errichtungsphase – unabhängig vom Einsatz des Facility Managers in dieser Phase als Sonderfachmann „Facility Management“ oder lediglich als Berater- ein hohes Maß an Kooperation und Partnerschaftlichkeit erforderlich ist, was vertraglich zu regeln ist. Denkbar ist hier, eine der Implementierungsphase vorausgehende Phase im Leistungsbescrieb des Facility Management-Vertrages aufzunehmen.

4.3.5 Die Haftung des Facility Managers

4.3.5.1 Leistungspflichten des Facility Managers im Zusammenhang mit dem BIM-Modell

- 47 Der Inhalt und Umfang der Haftung des Facility Managers richtet sich nach seinen konkret im Einzelfall vertraglich vereinbarten Leistungspflichten. Dabei sind im Zusammenhang mit der Erstellung des BIM-Modells drei Fallkonstellationen zu unterscheiden:
- Haftung im Zusammenhang mit der mangelfreien Erstellung des BIM-Modells
 - Haftung an der Schnittstelle „Übergabe des BIM-Modells“
 - Haftung im Rahmen der Ergänzung und Fortschreibung des BIM-Modells.

a) Erstellung des Modells

- 48 Ist der Facility Manager bereits im Rahmen der Planungs- und Errichtungsphase beratend tätig⁵⁰, treffen den Facility Manager im Hinblick auf die Planung der facilities unter Facility Management- bezogenen Gesichtspunkten Beratungspflichten. Diese Beratungspflichten können sich nicht nur auf Inhalt und Umfang der Planungsleistung selbst beziehen, sondern auch auf die Gestaltung des BIM-Modells, um dieses später in der Betriebs- und Nutzungsphase optimal nutzen zu können.
- 49 Der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und seinem Planer ist ein Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB. Daher hat der Planer im Regelfall die Planungshoheit auch in Bezug auf Facility Management- bezogene Planungsleistungen, so dass der Facility Manager insoweit lediglich beratend im Sinne eines Dienstvertrages gemäß §§ 611 ff. BGB tätig wird. Daher haftet der Facility Manager allenfalls dann, wenn ihm im Rahmen seiner Beratung ein Verschulden trifft und sich im Rahmen der Betriebs- und Nutzungsphase dadurch bedingt herausstellt, dass die Facility Management-bezogene Planung oder das BIM-Modell Mängel aufweisen, indem die Planung z.B. nicht wirtschaftlich im Hinblick auf den Betrieb

49 Segger, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 12, Rdn. 92 ff.

50 vgl. Abschnitt 4.3.4.

der Immobilie ist, planungsbedingt höhere Verbrauchskosten anfallen, das BIM-Modell fehlerhafte Informationen über einzelne facilities enthält, einzelne facilities gar nicht berücksichtigt oder das BIM-Modell den vertraglich vereinbarten Detaillierungs- und Fertigstellungsgrad nicht aufweist.

b) Übergabe des Modells

Im Regelfall erstellt der Objektplaner das BIM-Modell.⁵¹ Aufgrund der Verantwortlichkeit des Objektplaners für die Erstellung des Modells ergibt sich somit automatisch eine Schnittstelle bei der Übergabe des Modells an den Facility Manager zu Beginn der Betriebs- und Nutzungsphase. Wird das Modell (im Regelfall als „As-Built“-Modell) übergeben und weist es nicht den vertraglich vereinbarten Detaillierungs- und Fertigstellungsgrad auf, haftet der für die Erstellung des BIM-Modells Verantwortliche, also im Regelfall der Objektplaner. 50

Daneben ist es aus Sicht des Bauherrn von Bedeutung, dem Facility Manager in der Implementierungsphase eine möglichst weitgehende Pflicht zur Prüfung des Modells auf Vollständigkeit sowie inhaltliche Richtigkeit auf zu erlegen. 51

Eine solche Regelung führt jedoch zu einer unzulässigen Verlagerung der Verantwortlichkeit für die Vollständigkeit, Richtigkeit und Funktionstauglichkeit des BIM-Modells auf den Facility Manager, wenn der Objektplaner mit der mangelfreien Erstellung des Modells beauftragt ist. Eine solche weitgehende Klausel begegnet AGB-rechtlichen Bedenken und ist demgemäß unwirksam. Insoweit kann die Rechtsprechung zu Komplettheitsklauseln im Bauvertragsrecht herangezogen werden. Solche Komplettheitsklauseln wollen eine Komplettheitsverpflichtung begründen, die ohne die Komplettheitsklausel nicht bestehen würde. Diese regeln z.B., dass die von einem Bauunternehmer geschuldete Leistung sämtliche Arbeiten umfassen soll, die für eine komplette, in sich abgeschlossene, gebrauchsfertige Ausführung erforderlich sind und zwar auch dann, wenn diese in der vom Auftraggeber erstellten Planung nicht gesondert beschrieben sind. Mit derartigen Klauseln versuchen Bauherrn häufig, das Risiko einer fehlerhaften oder unvollständigen Planung auf den Auftragnehmer zu verlagern. 52

Übertragen auf den Facility Management-Vertrag bedeutet dies, dass eine Klausel, in welcher geregelt ist, dass der Facility Manager das übergebene BIM-Modell nicht nur auf Vollständigkeit und Richtigkeit zu prüfen, sondern darüber hinaus auch sämtliche Leistungen zu erbringen hat, die zur Vervollständigung des Modells erforderlich sind oder aber erforderlich werden, weil das Modell den Ist-Zustand nur unzureichend abdeckt, unwirksam ist. Eine solche Klausel ist unwirksam, da der Bauherr mit dieser Klausel das Risiko einer unvollständigen Planung oder eines mangelhaften Modells als Ergebnis der Planung auf den Facility Manager überwälzen will.⁵² 53

Jedenfalls ist im Rahmen der Definition der Leistungspflichten z. B. in der Implementierungsphase genau zu definieren, welche Leistungen der Facility Manager in Bezug auf das 54

⁵¹ Segger, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 12, Rn. 87 ff.

⁵² vgl. hierzu zum Bauvertrag Keldungs, in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 20. Aufl., Köln 2017, Rn. 6 zu § 2 Abs. 7 VOB/B m.w.N.

ihm übergebene Modell zu erbringen hat. Denkbar ist dabei neben einer AGB-rechtlichen unzulässigen Überbürdung des Risikos hinsichtlich der Richtigkeit, Vollständigkeit und Funktionstauglichkeit des Modells auch eine Prüfungspflicht dahingehend, ob das Modell kompatibel mit der vom Facility Manager einzusetzenden Software ist. Diese Frage sollte aber bereits im Rahmen der Planungsphase in Abstimmung mit dem BIM-Manager abschließend geklärt werden.

c) Fortschreiben des Modells

- 55 Dem BIM-Modell ist immanent, dass der Facility Manager verpflichtet ist, das ihm übergebene Modell nach seinen Bedürfnissen zu verfeinern.⁵³ Hier ist eine Abgrenzung der Schnittstelle dahingehend vorzunehmen, dass bis zur Übergabe des Modells die Verantwortlichkeit des Erstellers (z.B. Objektplaner) gegeben ist, der Facility Manager demgegenüber nach Übergabe aber verantwortlich ist für dessen Fortschreibung. Zu achten ist dabei darauf, dass die Fortschreibung des Modells unter Beteiligung des BIM-Managers erfolgen sollte, anderenfalls die Gefahr besteht, dass die Einheitlichkeit des Modells verloren geht.⁵⁴

4.3.5.2 Beispielhafte Darstellung von typischen Haftungskonstellationen

- 56 Da das BIM-Modell eine verlässliche Grundlage für sämtliche Gebäudeinformationen darstellen soll, führen etwaige Fehlinformationen zu einem gesteigerten Haftungsrisiko.⁵⁵ Dabei sind verschiedene Fallkonstellationen denkbar. Ergeben sich bzgl. Mietflächen Größenabweichungen zu Lasten des Mieters, ist der Mieter gegenüber dem Vermieter und Eigentümer zur Mietminderung berechtigt. Dies gilt auch im Rahmen einer Due Dilligence durch einen potentiellen Käufer, da die im BIM-Modell hinterlegten Informationen gerade dazu dienen sollen, dass der potentielle Investor eine Entscheidung über Art und Umfang seiner Investition trifft.⁵⁶ Schließlich ergeben sich auch Haftungsfragen im Rahmen der Betreiberverantwortung⁵⁷ und der Einhaltung der dem Eigentümer obliegenden Verkehrssicherungspflichten.⁵⁸
- 57 Dem BIM-Modell ist eigen, dass in diesem Kontrollpflichten sowie Kontrollintervalle öffentlich-rechtlicher Pflichten (z.B. Betriebssicherheitsverordnung) sowie sonstiger arbeitschutzrechtlicher Vorschriften hinterlegt sein können, deren Einhaltung der ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Betreiberverantwortung und somit auch dem Schutze Dritter dienen. Sind diese Informationen unzutreffend, kann es dazu kommen, dass Dritte geschädigt werden und den Eigentümer in Haftung nehmen. In all diesen Fallkonstellationen stellt sich die Frage des Regresses, also die Frage, ob der vom geschädigten Dritten zu Recht in Anspruch genommene Eigentümer als Betreiber der Immobilie Regress gegenüber dem Facility Manager nehmen kann.

53 Segger, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 12, Rn. 90.

54 Segger, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 12, Rn. 91.

55 Segger, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 12, Rn. 102.

56 Segger, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Kap. 12, Rn. 109.

57 vgl. Kap. 3.5, Rdn. 199 ff.

58 vgl. Kap. 3.5, Rdn. 280 ff.

Die Frage nach der Verantwortlichkeit des Facility Managers bzw. seines Regresses ist dann leicht zu beantworten, wenn dem Facility Manager eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Dies gilt in Bezug auf den Facility Manager immer dann, wenn er das ihm übergebene Modell fehlerhaft seinen Bedürfnissen anpasst bzw. fortschreibt. Resultiert aus dieser mangelhaften Anpassung bzw. Fortschreibung des BIM-Modells kausal ein Schaden, ist der Facility Manager im Regelfall alleine hierfür verantwortlich. In diesem Fall kann der zu Recht in Anspruch genommene Eigentümer den Facility Manager in Regress nehmen, ohne dass sich dieser auf ein etwaiges Mitverschulden der anderen Planungsbeeteiligten berufen kann. 58

Schwieriger ist die Abgrenzung der Verantwortlichkeiten, wenn der Schaden daraus resultiert, dass ein Fehler des BIM-Modells bereits aus der Planungsphase resultiert und der Facility Manager diesen Fehler bei Übergabe des Modells an ihn nicht erkannt hat, obwohl er ihn hätte erkennen müssen, oder der Facility Manager das bereits fehlerhafte BIM-Modell fehlerhaft fortschreibt, also ein Planungs- und Fortschreibungsfehler vorliegt. In diesen Fällen stellt sich die Frage, welcher der Beteiligten für einen daraus resultierenden Schaden verantwortlich ist. 59

Nach hier vertretener Auffassung ist diese Fallgestaltung vergleichbar mit der Haftung der Baubeteiligten (Objektplaner, Sonderfachleute und ausführende Unternehmen) bei der Planung und Erstellung eines Bauwerks, wenn sowohl den Planer als auch das ausführende Unternehmen ein Verschulden trifft. Trifft also in Bezug auf den infolge der Fehlerhaftigkeit des Modells eingetretenen Schaden sowohl den Ersteller des Modells, im Regelfall also den Objektplaner, als auch den Facility Manager ein Verschulden, weil der Facility Manager z.B. den Fehler des Modells nicht erkannt hat, obwohl er ihn hätte erkennen müssen, ist im Verhältnis zwischen dem zu Recht in Anspruch genommenen Eigentümer und dem Facility Manager der Verschuldensbeitrag des Objektplaners gemäß § 254 Abs. 2 BGB schadensmindernd in Abzug zu bringen. Hintergrund ist, dass der Eigentümer, der den Objektplaner mit der Erstellung des BIM-Modells beauftragt hat, im Regelfall vertraglich verpflichtet ist, dem Facility Manager eine mangelfreie Planung, d.h. also folgerichtig ein mangelfreies Modell zur Verfügung zu stellen hat. Abweichende vertragliche Regelungen im Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Facility Manager dürften im Regelfall in AGB-rechtlicher Hinsicht unwirksam sein, weil sie dem Facility Manager diesen gesetzlichen Mitverschuldenseinwand abschneiden. 60

4.3.6 Behinderungssachverhalte und Mehrvergütungsansprüche zu Gunsten des Facility Managers

Denkbar ist, dass der Facility Manager in der Ausführung seiner Leistung behindert ist. Hierbei sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden.

Zum einen kann der Facility Manager im Rahmen eines BIM-basierten Planungsprozesses in der Ausführung seiner vertraglich geschuldeten Leistung behindert sein, wenn er bei der Erstellung des BIM-Modells bereits in der Planungs- und Ausführungsphase mitwirkt. Solche Behinderungssachverhalte liegen vor, wenn z.B. der Auftraggeber seinen Mitwir- 61

kungshandlungen nicht nachkommt (z.B. Vorhaltung einer funktionstauglichen Software) oder aber andere Projektbeteiligte ihrer Verpflichtung zur Vorlage einer rechtzeitigen Planung nicht nachkommen. Die Erfüllung der Pflichten der jeweiligen Projektbeteiligten liegt in der Risikosphäre des Auftraggebers, so dass daraus resultierende Behinderungssachverhalte im Verhältnis zu dem in der Ausführung seiner Leistung behinderten Projektbeteiligten dem Auftraggeber zuzurechnen sind.

In diesem Fall empfiehlt sich in Anlehnung an § 6 VOB/B eine Regelung dahingehend, dass der betroffene Projektbeteiligte wie z.B. der Facility Manager aufgrund des Behinderungssachverhaltes unverzüglich und schriftlich Behinderung gegenüber dem Bauherrn, ggf. vertreten durch den BIM-Manager, soweit dies vertraglich vorgesehen ist, anzuzeigen hat. Rechtsfolge eines solchen Behinderungssachverhaltes ist zum einen die Verlängerung der vereinbarten Ausführungszeiten, zum anderen die Erstattung etwaig dadurch kausal entstehender Mehraufwendungen und -kosten.

Vertretbar ist, dass solche Verzögerungen, die aus der dem BIM-Planungsprozess immanenten Kollisionskontrolle und den dadurch bedingten Anpassungen und Korrekturen der Fachmodelle resultieren, nicht als Behinderungssachverhalte in diesem Sinne verstanden werden. Insoweit ist vertraglich klarzustellen, dass solche Behinderungssachverhalte keinen Anspruch auf Verlängerung der vereinbarten Ausführungszeiten und Erstattung von Mehrkosten zur Folge haben.⁵⁹

- 62 Zum anderen ist denkbar, dass für den Fall, dass dem Facility Manager das BIM-Modell z.B. als „As-Built“-Modell erst nach Abschluss der Planungs- und Errichtungsphase für die weitere Verwendung in der Betriebs- und Nutzungsphase übergeben wird, er in der Verwendung oder Ergänzung bzw. Fortschreibung des Modells behindert ist, wenn das Modell inhaltlich fehlerhaft oder unvollständig ist. Dies ist der Fall, wenn das Modell nicht den vertraglich vereinbarten Detaillierungs- bzw. Fertigstellungsgrad (LoD) aufweist⁶⁰ oder aber das „As-built“-Modell nicht den tatsächlichen Ist-Zustand abbildet. Auch in diesem Fall sollte vertraglich geregelt sein, dass der Facility Manager unverzüglich und schriftlich Behinderung anzuzeigen hat. Dies ist alleine aus Schadensminderungsgesichtspunkten erforderlich, um dem Ersteller des BIM-Modells schnellstmöglich die Möglichkeit zur Nacherfüllung, also zur mangelfreien Herstellung des BIM-Modells zu geben. Weitere Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers, die im Falle des Unterlassens zu einem Behinderungssachverhalt führen können, sind Fallgestaltungen, in welchen das Modell nicht rechtzeitig bzw. nicht zur uneingeschränkten Nutzung übergeben wird.⁶¹
- 63 Von den vorstehend dargelegten Behinderungssachverhalten und deren Rechtsfolgen sind Fallgestaltungen zu unterscheiden, in welchen der Inhalt und Umfang des Facility-Management-Vertrages auf der Leistungsseite nicht hinreichend beschrieben ist und daher der Facility Manager über das vertraglich geschuldete Leistungs-Soll hinausgehende Leistungen, also „Mehrleistungen“ zu erbringen hat. Im Facility Management-Vertrag wird

59 vgl. zu einer solchen Regelung beispielhaft Eschenbruch/Elixmann/Hömmel/Kappes, in: Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht, Köln 2016, Anhang 1, Ziffer 8.5.

60 vgl. Abschnitt 4.3.3.

61 Schrammel/Arndt, BIM in aller Munde... aber welche Konsequenzen ergeben sich hieraus?, Facility Management 03/2016, S. 33 f.

– so wie bei anderen Verträgen auch – die zu erbringenden Leistung als Leistungs-Soll definiert und diesem Leistungs-Soll auf der Vergütungsseite eine Vergütung z.B. in Gestalt einer Pauschale gegenübergestellt. Dies führt dazu, dass all das, was im Leistungs-Soll beschrieben ist, von der vertraglich vereinbarten Vergütung abgegolten ist.

Dieses Gleichgewicht von Leistungs- und Vergütungs-Soll ist gestört, wenn der eine Vertragspartner eine Leistung erbringen muss, welche in dieser Form im Vertrag nicht vorgesehen ist. Wird im Facility Management-Vertrag in diesem Sinne die Leistung dahingehend definiert, dass der Facility Manager alle die sich aus dem BIM-Modell ergebenden facilities zu betreiben hat, steht diesem Leistungs-Soll das Vergütungs-Soll nur dann so wie vereinbart gegenüber, wenn das BIM-Modell inhaltlich richtig ist. Ist das BIM-Modell fehlerhaft oder unvollständig, führt dies zu einem zusätzlichen Vergütungsanspruch des Facility Managers. 64

Denkbar ist zum Beispiel die Fallkonstellation, dass im BIM-Modell nicht sämtliche facilities erfasst sind und sich somit im Zuge der Abwicklung des Facility Management-Vertrages ergibt, dass auch in Bezug auf im Facility Management-Vertrag nicht erfasste facilities Wartungs-, Reparatur- oder Instandsetzung-/Instandhaltungsmaßnahmen zu erbringen sind. In diesem Fall entsteht ein Mehrvergütungsanspruch des Facility Managers in Bezug auf den im Zusammenhang mit diesen facilities zu erbringenden Mehraufwand. Dieser Mehraufwand kann zum einen in der dadurch bedingt notwendigen Ergänzung bzw. Fortschreibung des BIM-Modells und zum anderen in der Erbringung der insoweit notwendigen Leistungen (z.B. Wartungs-, Reparatur-, Instandhaltungs- sowie Instandsetzungsmaßnahmen) bestehen. Dieser Mehraufwand führt zu einem Mehrvergütungsanspruch zugunsten des Facility Managers. 65

Ein solcher Mehrvergütungsanspruch kann unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten auch nicht ausgeschlossen werden, da dies eine unzulässige Verlagerung des dem Bauherrn obliegenden Planungsrisikos bedeuten würde. 66

4.3.7 Urheberrecht

Urheberrechtliche Fragen gewinnen durch den Einsatz von BIM an Bedeutung, da nunmehr eine zentrale und allen Beteiligten zugängliche gemeinsame Datenplattform erstellt wird, innerhalb derer Daten über schöpferische Gestaltungsprozesse zusammengetragen und ausgetauscht werden, was eine genaue Zuordnung etwaig urheberrechtlich geschützten Schaffens zu einer Person erschwert.⁶² 67

Urheberrechtsfragen spielen daher im Rahmen der Vertragsgestaltung auch des Facility Management-Vertrages eine zwingend zu regelnde Rolle. Auf der einen Seite können Urheberrechte an der BIM-Software selbst, auf der anderen Seite an den Planungsleistungen vor allem des Objektplaners und darüber hinaus folgerichtig auch an den dadurch erstellten Modelldaten bestehen. Es bestehen also zum einen Urheberrechte an den Planungsleistungen, sofern diese eine bestimmte, den Urheberschutz auslösende Gestaltungshöhe 68

⁶² vgl. Abschnitt 4.3.1.

erreichen. Zum anderen bestehen diese Urheberrechte folgerichtig auch am Datenmodell.⁶³

- 69 Es ist daher dringend zu empfehlen, dass auch im Facility Management-Vertrag Regelungen zum Urheberrecht aufgenommen werden. Zum einen ist im Verhältnis zu den übrigen Beteiligten, insbesondere den für die Erstellung des BIM-Modells Verantwortlichen (im Regelfall Objektplaner) zu regeln, dass sämtliche Projektbeteiligte, somit auch der Facility Manager ein umfassendes, auf das jeweilige Bauvorhaben bezogene Nutzungsrecht hinsichtlich aller erarbeiteten Daten und Modelle erhalten.
- 70 Dies gilt aber auch für den Fall, dass der Facility Manager das ihm übergebene Modell unter Gesichtspunkten des Facility Managements weiter entwickelt oder fortschreibt. Auch in diesem Fall ist aus Sicht des Eigentümers in jedem Fall zu regeln, dass der Facility Manager sämtliche Nutzungsrechte an den Eigentümer abtritt bzw. auch sonstige Beteiligte diese fortgeschriebenen Daten und Modelle verwenden können.⁶⁴ Zurückbehaltungsrechte zu Gunsten des Facility Managers z. B. im Falle einer Kündigung sind – soweit möglich – auszuschließen.
- 71 In diesem Zusammenhang ist auch besonderes Augenmerk auf den Schutz vertraulicher Informationen zu regeln. Insbesondere ist sicherzustellen, dass das besondere Know-how der Planungsbeteiligten und auch des Facility Managers geschützt werden. Oftmals werden zum Schutz vertraulicher Informationen sogenannte „Höhlenmodelle“ eingesetzt, die den Schutz besonderen Know-hows gewährleisten sollen, indem einzelne Bauteile innerhalb des Planungsmodells unkenntlich gemacht werden. Diese Methode ist jedoch dem Sinn und Zweck eines BIM-Modells zuwider laufend und beinhaltet vor allem auch die Gefahr von Fehlern. Daher bedarf es einer umfassenden Regelung, um den Einsatz von Höhlenmodellen zu verhindern, andererseits aber das besondere Know-how zu schützen.

63 Schrammel/Wilhelm, in: *Rechtliche Aspekte im Building Information Modeling (BIM)*, Schnellleinstieg für Architekten und Bauingenieure, Wiesbaden 2016, Seite 5 f.

64 Segger, in: *Eschenbruch/Leupertz, BIM und Recht*, Köln 2016, Kap. 12, Rn. 113.

Risk-Management

Kapitel 5 **Controlling der Facility Management-Anforderungen**
Bernd Hanke

Kapitel 6 **Brandschutz**
Annette Rückert

Kapitel 7 **Versicherungen**
Joachim Lenoir



Controlling der Facility Management-Anforderungen

5.1 Definition – 275

- 5.1.1 Art der Instandhaltungsstrategie – 275
- 5.1.2 Anforderungen an die Jahreswartungs- und Prüfplanung – 278
- 5.1.3 Life-Cycle-Management – 291

5.2 Sinn und Zweck des Controllings – 294

- 5.2.1 Sicherstellung der beauftragten Leistung – 294
- 5.2.2 Eingrenzung möglicher Risiken am Beispiel Umweltschäden – 294
- 5.3.2 Sicherstellung der Betreiberverantwortung – 296
- 5.2.4 Einhaltung der Sachverständigenprüfungen, usw. – 297

5.3 Organisatorische Voraussetzungen – 306

- 5.3.1 Aufbauorganisation in der Instandhaltung – 306
- 5.3.2 Ablauforganisation in der Instandhaltung – 306

5.4 EDV-Tools – 307

- 5.4.1 Jahreswartungsplanung – 307
- 5.4.2 Feindisposition – 307

5.5 Controlling der definierten erforderlichen Maßnahmen und Kosten – 309

- 5.5.1 Controlling der Maßnahmen aus DIN 31051, VDMA, usw. – 309
- 5.5.2 Controlling von Änderungen an behördlichen, gesetzlichen und Arbeitsschutzvorschriften – 309
- 5.5.3 Soll-/Ist-Abgleich der definierten Maßnahmen und Kosten – 310
- 5.5.4 Cause Mapping – Ereignisanalyse zum Aufdecken und Lösen von Schwachstellen – 310

5.6 Ausgewählte Beispiele für Checklisten – 310

- 5.6.1 Gefährdungsbeurteilung nach § 3 Betriebssicherheitsverordnung am Beispiel der Universität Duisburg Essen – 311
- 5.6.2 Wartungsnachweise – 312

5.6.3	Prüfnachweise	– 312
5.6.4	Betriebsstunden und Zählerstände	– 314
5.6.5	Sachverständigenprüfungen und Protokollierungen	– 316
5.6.6	Risikobeurteilungen nach DIN EN ISO 14121-1	– 317
5.7	Überwachung der Leistungserbringung durch ein ausgewogenes Kennzahlensystem	– 318
5.7.1	Kurzbeschreibung	– 318
5.7.2	Die vier wesentlichen Steuerungsgrößen der Balanced Scorecard	– 319
5.7.3	Cockpitdarstellungen in 4 Dimensionen	– 319
5.7.4	Notwendigkeit der Kontrolle vor Ort	– 328
5.7.5	Übergeordnete Sicht auf die 4 Perspektiven mittels eines Cockpits	– 330

Zur Sicherstellung eines umfassenden Controllings der Facility Management-Anforderungen ist es von besonderer Bedeutung die Anforderungen an einen sicheren, nachhaltigen und allumfassenden Betrieb der Gebäude, technischen und infrastrukturellen Anlagen, Einrichtungen und Flächen zu kennen und zu berücksichtigen. Die zu beachtenden Gesetze, technische Richtlinien, Umwelt-, Unfall und Brandschutzvorschriften stehen in einem kausalen Zusammenhang mit der Art und Nutzung der Immobilie. Ein wichtiger Indikator, welche Vorschriften und Auflagen für diese Immobilie zutreffend sind, stellt die Baugenehmigung und die im Bauantrag festgelegte Nutzungsart dar. Die darin getroffenen Festlegungen sind zwingend einzuhalten. 1

Vor allem haben sich in den letzten Jahren die zu berücksichtigenden Gesetze, Verordnungen und Anforderungen an Immobilienbesitzer und -betreiber erheblich verschärft und verändert. Diese Anforderungen resultieren teils aus dem Umweltschutzgedanken, teils aus der geringer werdenden Technikakzeptanz oder ganz allgemein aus den sich wandelnden soziokulturellen Umweltbedingungen. Die wechselnden Anforderungen aus der Gesellschaft führten zu neuen, schärferen Gesetzen und einer geänderten Rechtsprechung.¹ 2

Eine wesentliche Verschärfung der Haftungsrisiken stellt das Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofes, Urteil vom 23.07.2009, AZ.: VII ZR 164/08, für Dienstleister und Wartungsfirmen dar, denn insofern ein Hersteller Wartungsvorschriften herausgibt, die über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehen, stellen diese in der Regel den Stand der Technik für diese Anlage dar. Das Wartungsunternehmen muss somit unterstellen, dass im Falle der Nichtbefolgung dieser Wartungsvorschriften Schäden drohen. Weicht das Wartungsunternehmen trotzdem von den Wartungsvorschriften ab, so geht das Wartungsunternehmen, nicht aber der Besteller, ein entsprechendes Risiko ein. Daraus abgeleitet muss dann auch das Wartungsunternehmen die Folgen des sich verwirklichenden Risikos tragen und nicht der Besteller. 3

Umso wichtiger ist es die Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften, aber auch die Normen, VDI-Richtlinien, VDMA-Einheitsblätter und Herstellerangaben zu kennen und zu berücksichtigen.

Eine permanente Überprüfung, Überwachung und Veränderungsanzeige der Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften, aber auch die Normen, VDI-Richtlinien, VDMA-Einheitsblätter und Herstellerangaben sind eigenverantwortlich oder durch entsprechende Anbieter sicherzustellen. 4

Die hier im Anschluss aufgeführten Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften stellen einen Auszug der für Immobilienbesitzer und Facility Manager geltenden Vorschriften dar. Auszugsweise werden hier für einen ersten Überblick einige für die Instandhaltung bedeutsame Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften aufgeführt, erheben jedoch an dieser Stelle keinen Anspruch auf Vollständigkeit. 5

- Anlagensicherheitsrecht,
z.B. dem Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte
(Geräte- und Produktsicherheitsgesetz – GPSG), die Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Bereitstellung von Arbeitsmitteln und deren Benutzung bei

1 Der Instandhaltungsberater, Günter Horn TÜV Media.

der Arbeit, über Sicherheit beim Betrieb überwachungsbedürftiger Anlagen und über die Organisation des betrieblichen Arbeitsschutzes (Betriebssicherheitsverordnung – BetrSichV)

- Gesetze zur Vergabe von Instandhaltungsarbeiten an Fremde
z.B. Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG), Bürgerliches Gesetzbuch – BGB
 - Immissionsschutzrecht
z.B. Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG) oder weiterhin eine Vielzahl von Immissionsschutzverordnungen wie z.B. die Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen – 4. BImSchV
 - EnEV – Energieeinsparverordnung
 - Gewässerschutzgesetz
z.B. Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz – WHG)
 - Abfallvermeidung, -verwertung und -entsorgungsgesetze
z.B. Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz – KrW-/AbfG), Verordnung über Entsorgungsfachbetriebe (Entsorgungsfachbetriebeverordnung – EfbV)
 - Allgemeines Gefahrstoffrecht
z.B. Verordnung zum Schutz vor Gefahrstoffen (Gefahrstoffverordnung – GefStoffV)
 - Transportrecht
z.B. Gesetz über die Beförderung gefährlicher Güter (Gefahrgutbeförderungsgesetz – GGBefG)
 - Arbeitsschutzrecht
z.B. Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit (Arbeitsschutzgesetz – ArbSchG), Verordnung über Arbeitsstätten (Arbeitsstättenverordnung – ArbStättV)
 - Normen, VDI-Richtlinien, VDMA-Einheitsblätter, Herstellerangaben
- 6 Unter Berücksichtigung der hier auszugsweise aufgeführten Anforderungen an den Immobilienbesitzer, -betreiber und Facility Manager ist es zwingend erforderlich eine umfangreiche Planung und Festlegung der Hilfsmittel sowie Überwachung sicherzustellen. Dabei ist die Wahl der Instandhaltungsstrategie, die Festlegung der Eigenleistungstiefe, die Definition der Überwachungs-, und Kontrollaktivitäten zu berücksichtigen.
 - 7 Gleichzeitig kann durch die Erarbeitung von Leistungsverzeichnissen und der damit verbunden Definition von Jahreswartungsplänen, Instandhaltungsanleitungen, Verfügbarkeiten und vieles andere mehr, eine Grundlage für einen möglichen Vertrag, ein Service Level Agreement (SLA) oder für eine Ausschreibung und den damit verbundenen Controllingmöglichkeiten geschaffen werden.
 - 8 Je besser die Vorbereitung der Facility Management Leistungen, umso geringer ist das Risiko eines Organisationsverschuldens, einer Verletzung der Betreiber- und/oder Anla-

genverantwortung und der damit verbunden Haftungsfragen. Eine Fachkompetente und rechtliche Beratung ist empfehlenswert. Nur was eindeutig definiert und beschrieben wurde, kann einem Controlling unterzogen werden.

Um ein umfassendes Controlling sicherstellen zu können ist es unumgänglich, einen durchgängigen Instandhaltungsprozess (siehe Abb. 5.1) beginnend mit der Unternehmenspolitik und den Unternehmenszielen, über Planung und Steuerung einschließlich eines Auftragscontrollings festzulegen. Ein durchgängiger Instandhaltungsprozess wurde im Instandhaltungs-Berater grafisch aufbereitet. 9

Wahl und Festlegung der Instandhaltungsstrategie

10

Jeder Eigentümer und Besitzer trägt die Verantwortung für die in seinem Besitz befindlichen Immobilien. Je nach Nutzungsdauer, Verfügbarkeitsansprüche und Nutzungsart ergeben sich unterschiedliche Instandhaltungsstrategien. Dabei ist es erforderlich eine Risikobeurteilung nach DIN EN 1050 bzw. nach DIN EN ISO 14121-1 durchzuführen. Jeder Verantwortliche sollte aus diesem Grund eine über den gesamten Lebenszyklus fortdauernde Instandhaltungsstrategie für sich festlegen.

5.1 Definition

5.1.1 Art der Instandhaltungsstrategie

5.1.1.1 Zustandsorientierte Instandhaltung

Bei der zustandsorientierten Instandhaltung liegt der Fokus auf der Überwachung. Dabei können die Wartungsarbeiten frühzeitig geplant werden. Eine entsprechende Ersatzteilbevorratung und Schulung der Servicemitarbeiter sorgen für eine hohe Verfügbarkeit. Durch die permanente Überwachung werden Schäden deutlich früher erkannt und können rechtzeitig behoben werden. Die Ausfallzeiten sinken und ungeplante Stillstände werden reduziert. 11

Diese Methode hat jedoch ihre Grenzen. Der Aufwand für die zustandsorientierte Wartung ist in der Regel sehr hoch. Neben möglicherweise hohen Personal-, Schulungs- und Anschaffungskosten kommen noch die Kapitalkosten für die Ersatzteilbevorratung zum tragen. Somit besteht die Möglichkeit, dass der Aufwand höher ist als der erwartete Nutzen. Diese Strategie empfiehlt sich vor allem bei Anlagen mit hohen Qualitätsansprüchen. 12

5.1.1.2 Vorausschauende Instandhaltung

Bei dieser Methode wird gezielt nach Fehlern gesucht und diese werden sofort behoben. Komponenten und Verschleißteile werden präventiv gewechselt. Nach Möglichkeit werden diese Erfahrungen sofort bei Neu- oder Ersatzinvestitionen berücksichtigt. Eine vorausschauende Inspektions- und Wartungsplanung ist Basis dieser Instandhaltungsstrategie. Die Stillstandszeiten und Anlagenausfälle sinken deutlich. 13

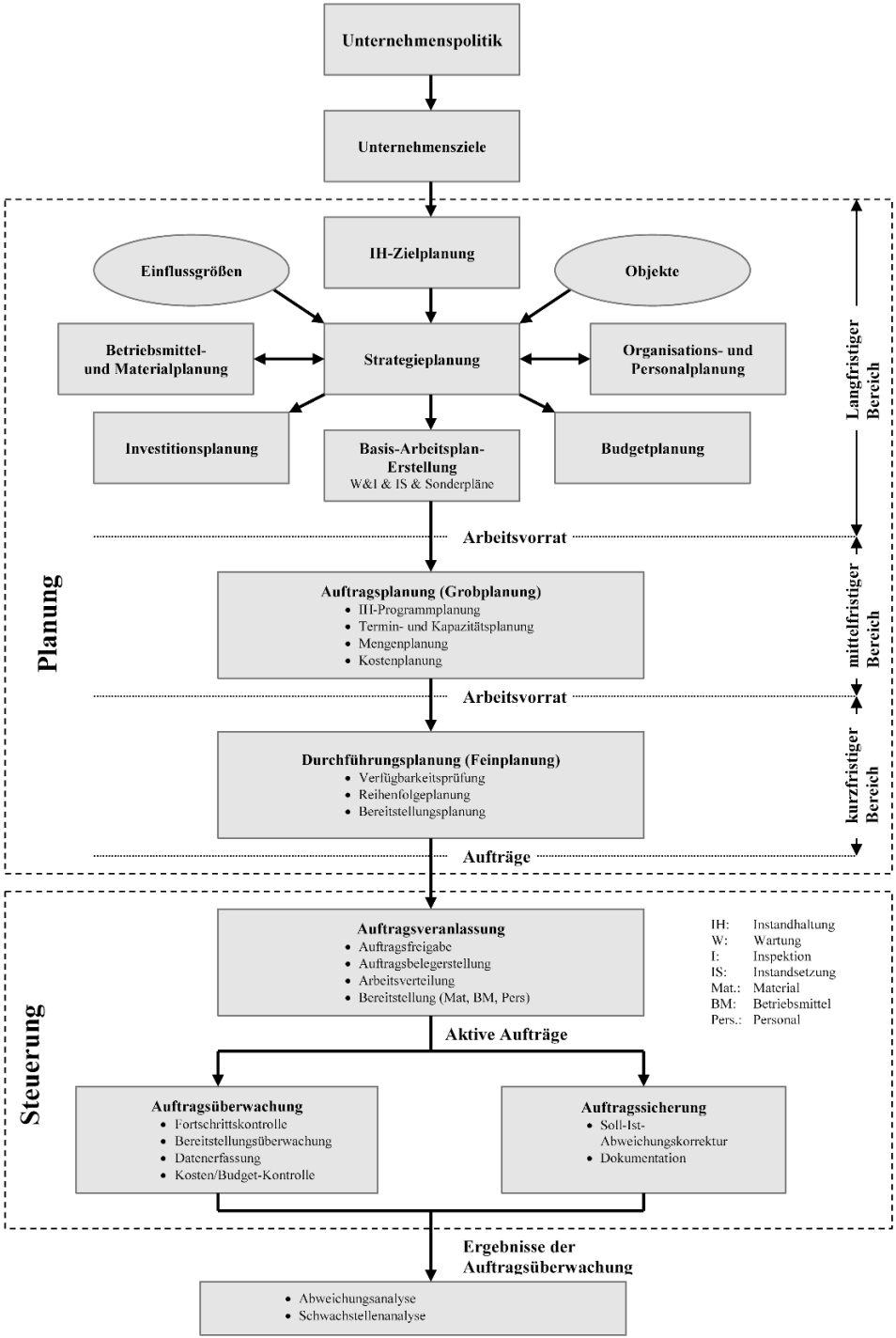


Abb. 5.1 (Quelle: Der Instandhaltungs-Berater, Seite 1554; Abbildung 3; Planung und Steuerung in der Instandhaltung)

Es ist zu beachten, dass dies in der Regel eine der teuersten Instandhaltungsstrategien darstellt. Diese Vorgehensweise stellt hohe Anforderungen an den Instandhalter. Schulungs- und Trainingsmaßnahmen sind im erheblichen Umfang erforderlich. Gleichzeitig ist diese Methode sehr zeitintensiv. Diese Instandhaltungsmethode sollte nur angewendet werden, wenn die Folgeschäden bedingt durch Stillstandszeiten und Anlagenausfälle sehr hoch sind. Eine Anwendung dieser Strategie empfiehlt sich bei Anlagen der Hoch- und Höchstverfügbarkeit. 14

5.1.1.3 Vorbeugende Instandhaltung

Die Kernkompetenz einer vorbeugenden Instandhaltung liegt in der planmäßigen und standardisierten Inspektion und Wartung nach festgelegten Intervallen. Die Intervalle unterliegen verschiedenen Anforderungen. Diese können entweder vom Gesetz- und Richtliniengeber vorgegeben, bzw. durch eine Risikobeurteilung nach DIN EN 1050 bzw. nach DIN EN ISO 14121-1 und / oder durch entsprechende Herstellervorgaben festgelegt werden. Nach dem Urteil des BGH vom 23.07.2009, AZ.: VII ZR 164/08 empfiehlt es sich, die Intervalle nach gesetzlichen und Herstellervorgaben durchzuführen und nur in begründeten Ausnahmefällen davon abzuweichen. 15

Bei dieser Methode besteht die Gefahr das Komponenten und Verschleißteile intervallmäßig getauscht werden, obwohl Ihre Lebensdauer noch nicht erreicht wurde. Dies kann unter Berücksichtigung der Personal- und Ersatzteilkosten zu erhöhten Inspektions- und Wartungskosten durch eine sogenannte „Überwartung“ führen. Unabhängig davon, ist dies die im Immobiliensektor am meisten angewandte Instandhaltungsstrategie. 16

5.1.1.4 Reaktive Instandhaltung / Ausfallabhängige Instandhaltung

Bei dieser Instandhaltungsstrategie werden nur die Mindestanforderungen der Gesetz- und Richtliniengeber berücksichtigt. Grundsätzlich werden die Anlagen und Einrichtungen bis zum Ausfall betrieben. Präventive Maßnahmen, die den gesetzlichen Rahmen überschreiten, finden nicht statt. Damit wird der Aufwand und somit die Kosten in der Instandhaltung auf das Minimum reduziert. Diese Vorgehensweise provoziert jedoch unvorhergesehene Stillstände und Ausfälle mit in der Regel sehr hohen Instandsetzungskosten. Einhergehende notwendige Interimsmaßnahmen, Expresslieferungen oder Sonderschichten führen in Folge meistens zu explodierenden Kosten. 17

Diese Instandhaltungsstrategie empfiehlt sich für Gebäude und Anlagen bei denen das Lebenszyklusende feststeht und eine vertretbare Restnutzungsdauer erkennbar ist.

5.1.1.5 Strategische Instandhaltungsplanung

Zur Vermeidung von überproportional steigenden Instandhaltungskosten empfiehlt es sich, eine strategische Instandhaltungsplanung (siehe Abb. 5.2) zur Ermittlung des optimalen Reinvestitionszeitpunktes oder des optimalen Außerbetriebsetzungstermins vorzunehmen. Zu berücksichtigende Komponenten sind dabei die Abschreibungsdauer bzw. noch vorhandene Restbuchwerte, die noch benötigte Nutzungsdauer, der Anlagenzustandsbericht und die jährlichen Betriebskosten. Durch Berücksichtigung und Bewertung all dieser 18

Präventivstrategie	Inspektionsstrategie	Korrektivstrategie
Instandsetzung vor Ausfall oder Schaden	Planung oder Instandsetzung anhand von Inspektionsergebnissen	Instandsetzung bei Erreichen der Ausfallgrenze (im Schadensfall)
Vorteile • Planung und Abstimmung der Maßnahmen möglich • Konkrete Kriterien für Outsourcing-Entscheidungen • Garantierte Flächenverfügbarkeit • Senkung der Ausfallkosten Nachteile • Hoher Planungsaufwand • Uneinheitliche Aussagen über Verschleißverhalten • Technische Lebensdauer wird u.U. nicht voll genutzt • Höhere Anzahl von Maßnahmen erhöht die Fehlerwahrscheinlichkeit	Vorteile • Geringerer Genauigkeitsgrad für Abnutzungsverhalten erforderlich • Optimale Ausnutzung der technisch möglichen Lebensdauer • Gute Planbarkeit der Maßnahmen • Hohes Maß an Flächenverfügbarkeit • Mögliche Kostenanteile durch zusätzliche Inspektionen	Vorteile • Optimale Ausnutzung der technischen Lebensdauer • Geringer Planungsaufwand • Scheinbare Kostenminimierung Nachteile • Hohe Schadensfolgekosten möglich • Verkürzung der Lebensdauer betroffener Gebäudeelemente • Hoher zeitlicher Druck der Schadensbehebung • Mögliche Engpässe und höhere Preise der Ersatzbeschaffung • Ungleiche Auslastung der Instandhaltungskapazitäten • Eingeschränkte Outsourcingmöglichkeiten • Keine garantierte Flächenverfügbarkeit

Abb. 5.2 Arten strategischer Instandhaltungsplanung

Komponenten kann der optimale Reinvestitionszeitpunkt errechnet werden und eine optimierte Kostenentwicklung erreicht werden.

5.1.2 Anforderungen an die Jahreswartungs- und Prüfplanung

- 19 Die Gebäude und Anlagen müssen während ihrer gesamten Nutzungsdauer sicher, zuverlässig und störungsfrei arbeiten. Die Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften, aber auch die Normen, VDI-Richtlinien, VDMA-Einheitsblätter und Herstellerangaben sind dabei zu beachten. Gleichzeitig sollen diese Anlagen und Immobilien den Qualitätsanforderungen entsprechen, Energie sparen und wirtschaftlich optimal betrieben werden.
- 20 Eine moderne Instandhaltung ist heutzutage deutlich mehr wie ein einfaches Warten und Instandsetzen von Anlagen. Die Sicherstellung dieser Anforderungen, indem sie alle Phasen des Lebenszyklus einer Anlage oder Immobilie berücksichtigt, setzt deutlich andere Anforderungen an den Betreiber von Immobilien und Anlagen. Eine besondere Bedeutung hat die Wahl der Instandhaltungsstrategie und der damit verbundenen Planung und Steuerung der Instandhaltung. Sie schafft die Voraussetzungen für die Durchführung und die gewünschte Effektivität der Instandhaltungsmaßnahmen und beachtet dabei den Stand der Technik.

Ein grundsätzliches Vorgehen für eine Instandhaltungsplanung umfasst mehrere Planungsschritte. Eine umfassende Bestandsaufnahme der zu betreuenden Immobilien inkl. der erforderlichen technischen Anlagen, der Ermittlung der zu berücksichtigenden Anlagen und Flächendaten und der daraus abzuleitenden und zu berücksichtigenden Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften, aber auch die Normen, VDI-Richtlinien, VDMA-Einheitsblätter und Herstellerangaben. 21

Es empfiehlt sich eine grundsätzliche Auftragsplanung (Grobplanung) als ersten Planungsschritt vorzunehmen. Dabei sind die Aufgabeninhalte sowie die Termin- und Kapazitätsplanung zu berücksichtigen. Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften, aber auch die Normen, VDI-Richtlinien, VDMA-Einheitsblätter und Herstellerangaben bestimmen den Umfang und die Zeitabstände für die Auftragsplanung (Grobplanung). 22

Fixe Termine wie z.B. wiederkehrende Sachverständigenprüfungen, sollten zwingend auch als solche festgelegt und nicht verschoben werden. Eine Verschiebung kann falls dies öfters vorkommt, zum Auslassen eines Intervalls führen und somit zu einer Verletzung der vorgeschriebenen maximalen Zeitabstände und entsprechenden Vorschriften. Dem Facility Manager bzw. Betreiber der Anlagen obliegt die Pflicht diese Anforderungen sicherzustellen. 23

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben ist ein Jahreswartungsplanungskalender für alle wartungs- und überwachungspflichtigen Anlagen zu erstellen. Es sind die fixen Termine (z.B. wiederkehrende Sachverständigenprüfungen, DGUV V3, VDI 6022) mit festen Leistungszeiträumen zu terminieren. Die restlichen Leistungen werden danach, entsprechend der verfügbaren Kapazitäten, ebenfalls terminlich zugeordnet. Gleichzeitig kann diese Planung als Kontrollmedium zum Soll/Ist-Abgleich genutzt werden. 24

Es gibt eine Vielzahl von Softwarelösungen (siehe Beispiel Abb. 5.3 und 5.4), die diese Leistungsinhalte anbieten. Diese Softwarelösungen unterstützen graphisch den Planungsvorgang. Es besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dies in Papierform, Excel oder Ähnlichem abzubilden. Dies empfiehlt sich, um ein umfassendes Controlling sicherstellen zu können, nur bei wenig komplexen Immobilien und einer beherrschbaren Anzahl von Anlagen und Infrastruktureinrichtungen. 25

Als Beispiel für solch eine Systemlösung stehen Varianten von SAP, Oxando, Planon, speedikon Facility Management, oder von Loy&Hutz.

Instandhaltungs-Programmplanung

Abgeleitet von der strategischen Instandhaltungsplanung wird die anlagenbezogene Festlegung, der im zutreffenden Planungszeitraum durchzuführenden Instandhaltungsarbeiten nach Häufigkeit, Art, Menge und Zeit, durchgeführt. Dabei ist eine Unterscheidung nach Regelinstandhaltung und ungeplanter Instandhaltung vorzunehmen. Unter regelmäßiger Instandhaltung (RIH) wird das Bedienen, Inspizieren und Warten verstanden. Entstören und Instandsetzen sind unplanmäßige Instandhaltungsmaßnahmen (UIH). RIH-Leistungen sind Nebenkostenumlagefähig. 26

Durch die Ermittlung der Material- und Zeitaufwände, verbunden mit der Ressourcenplanung, kann dies zur Festlegung der Eigen- oder Fremdleistungstiefe genutzt werden. Diese Erkenntnisse dienen gleichzeitig der operativen Planung.

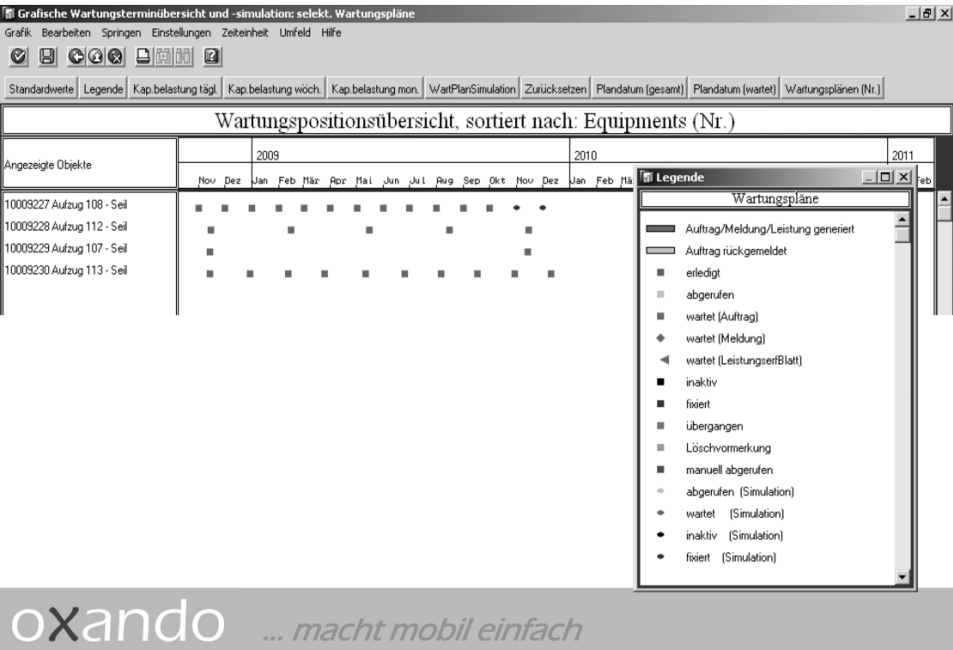


Abb. 5.3 Graphische Wartungspositionsübersicht²

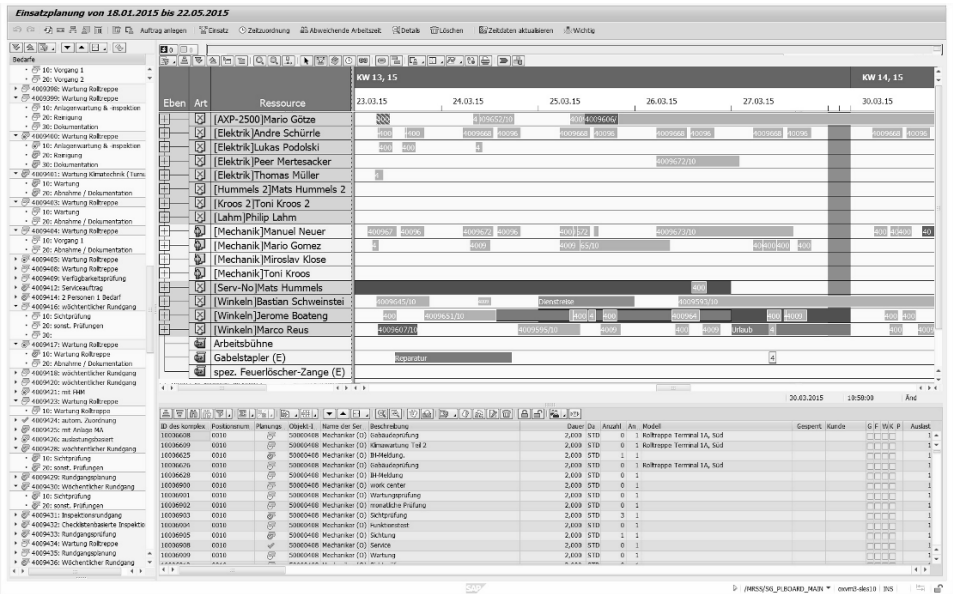


Abb. 5.4 Beispiel einer Einsatzplanung

² Darstellung erfolgt mit freundlicher Genehmigung der oxando GmbH

Den durchzuführenden Umfang und die erforderlichen Verbrauchsmaterialien werden in der Regel aus den Herstellerunterlagen ermittelt. Es empfiehlt sich ein Anlagenkaster zu führen. Abgeleitet von der Anlage wird zur Sicherstellung der termingerechten Jahreswartungsplanung und zur Absicherung der gesetzlichen und herstellerbezogenen Vorgaben und Fristen (Stand der Technik), ein durchgängiger Planungsprozess empfohlen. Für eine transparente Kosten- und Leistungsbeschreibung (Materialstamm), zur nebenkostengerechten Datenbereitstellung pro Gebäude oder Infrastrukturanlage und zur Erstellung von Leistungsverzeichnissen sind durchgängige Daten von hoher Qualität erforderlich.

Ausgehend von der Anlage bis zum Wartungsplan ist ein durchgängiger Instandhaltungsprozess sicherzustellen. Dies ist zur Sicherstellung der Betreiberverantwortung und der Verkehrssicherungspflicht unumgänglich. Diese Vorgehensweise und qualitativ hochwertige Stammdaten (siehe Abb. 5.5) erleichtern die Sicherstellung der Anforderungen und eines notwendigen Controllings.

Konzept der SAP-basierten Instandhaltung, Stammdatenstruktur zur Sicherstellung eines durchgängigen Instandhaltungsprozesses

Mengenplanung (Materialplanung) und Kostenplanung

Eine Erfassung aller durchzuführenden Facility Management Leistungen ist die Basis für eine umfassende Mengen und Kostenplanung. Je umfassender und vollständiger dies erfolgt, umso sicherer kann der Bedarf an Personal, Material, Hilfs- und Betriebsmittel ermittelt werden. Auf dieser Basis ist gleichzeitig eine spätere Produktnachkalkulation möglich, um eine permanente Ressourcen- und Kostenüberprüfung sicherzustellen.

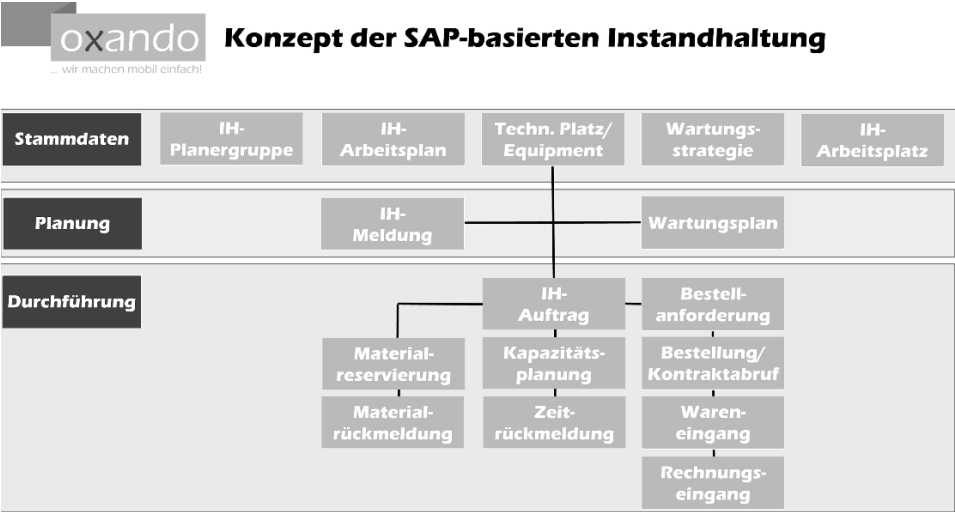


Abb. 5.5 Konzept der SAP-basierten Instandhaltung, Stammdatenstruktur zur Sicherstellung eines durchgängigen Instandhaltungsprozesses (Quelle: Oxando)

30 Die notwendige Voraussetzung für eine vollumfängliche Termin und Kapazitätsplanung sind unter anderem:

- Genaue Ermittlung und Beschreibung der zu erbringenden Facility Management Leistungen
- Kenntnis von eventuellen Abhängigkeiten, Zutrittsbeschränkungen, terminliche Besonderheiten der Kunden, Absprachen, Produktions- und Arbeitspläne usw.
- Eine Übersicht der eigenen Mitarbeiter und ggf. von Fremddienstleistern mit Qualitätsmerkmalen, Ressourcenverfügbarkeit der Personalien (z.B. Krankheit, Urlaub)
- Kenntnis und Erfassung der benötigten Materialien, Ersatzteile und Hilfs- und Betriebsstoffe, Werkzeuge einschließlich der Bezugsquellen und Lieferzeiten durch Stücklisten
- Übersicht und Abschätzung der Effektivitäts- und Produktivitätskennzahlen des eigenen Personals und der Dienstleister

Um eine belastbare Planung und somit ein Kontrollbasis zu schaffen ist eine bestmögliche Qualität und Genauigkeit der Angaben unumgänglich. Je ungenauer die Angaben ermittelt werden, umso größer wird später die Abweichung von der Produktkalkulation sein.

31 Die häufigsten Abweichungen sind oft:

- Unpräzise Produkt- und Leistungsbeschreibungen der zu erbringenden Facility Management Leistungen
- Unvorhergesehene Auftragserweiterungen oder -änderungen
- Falsche Zeitansätze
- Unerwartete Arbeitsunterbrechungen
- Falsche Einschätzung der Materialbedarfe und/oder der Lieferzeiten

32 Zur planmäßigen Absicherung und zur Vorbereitung der Durchführung von Instandhaltungsplanungen gehört somit unter anderem die Bereitstellung der benötigten Materialien nach Termin, Art und Menge. Dies hat mit entsprechenden Vorlauf vor Freigabe des Instandhaltungsauftrages zu erfolgen und ist entsprechend einzuplanen. Berücksichtigt werden in diesem Zusammenhang die ermittelten Mengen, die Lieferzeiten und ob diese Artikel ggf. zur Absicherung der Verfügbarkeit lagerbestandsgeführt werden sollten. Bei größeren Mengen und gleichartigen Aufträgen besteht die Möglichkeit Synergiepotentiale aus Bündelung und Optimierung zu erzielen. Um unnötige Kosten zu vermeiden ist vor Freigabe des Auftrages die Vollständigkeit der Materialien zu kontrollieren.

33 Zur Ermittlung der zu erwarten Gesamtplankosten für die Instandhaltung ist es notwendig eine Abschätzung der Einzelaufträge vorzunehmen. Pro Instandhaltungsmaßnahme sind die Kosten für Personal, Material und für Verbrauchsstoffe und ggf. gesetzliche oder behördliche Anforderungen zu berücksichtigen. Unter Berücksichtigung der Intervalle kann somit eine Gesamtkostenindikation für die Anlage und zusammengefasst für das Objekt vorgenommen werden.

Notwendige Voraussetzung für eine vollumfassende Kosten, Kapazitäts- und Terminplanung ist somit auch die Sicherstellung der gesetzlichen und behördlichen Anforderungen

5.1.2.1 Sicherstellung der gesetzlichen und behördlichen Anforderungen

Für jeden Gebäude- und Grundstückseigentümer besteht eine Vielzahl von rechtlichen 34
Pflichten. Die Verkehrssicherungspflicht ist eine deliktsrechtliche Pflicht zur Abwehr von Gefahrenquellen deren Unterlassen zu Schadensersatzansprüchen nach den §§ 823 ff. BGB führen kann. Verkehrssicherungspflichtig ist der, in dessen Verantwortungsbereich sich Gefahrenquellen befinden, diese schafft, wer gefährliche Quellen in Verkehr bringt, dem allgemeinen Verkehr aussetzt, oder eine Sache beherrscht, die für Dritte gefährlich werden kann. Für Gewerbebetriebe werden die Verkehrssicherungspflichten durch die Unfallverhütungsvorschriften weiter präzisiert. Wer gegen diese Vorschriften verstößt indiziert ein Verschulden.

Für den Betrieb von Gebäude und gebäudetechnischen Anlagen im gewerblichen Bereich 35
bestehen allgemeine und spezielle Pflichten der Eigentümer und/oder Betreiber. Allgemeine Pflichten betreffen vor allem den Arbeitsschutz und beziehen sich u. A. auf folgende Rechtsgrundlagen:

- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)
- Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit (ArbSchG)
- Unfallverhütungsvorschriften (UVV)
- Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit (Arbeitssicherheitsgesetz – AsiG)
- Siebtes Buch Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Unfallversicherung - (SGB VII)

Die speziellen Pflichten des Gebäudeeigentümers und/oder Betreiber beruhen auf der Tatsache, dass aus dem Betrieb von Gebäuden und gebäudetechnischen Anlagen Gefährdungen für die Sicherheit von Menschen, Tiere oder für die Umwelt ausgehen können.

Der Gesetzgeber und die gesetzlichen Unfallversicherungen haben aus diesem Grund zur 36
Absicherung einer mangelfreien Herstellung, eines ordnungsgemäßen Betriebes und von regelmäßigen Prüfungen eine Vielzahl von Vorschriften erlassen. Für Anlagen und Gebäude gelten vor allem die neue Betriebssicherheitsverordnung und die dementsprechenden Unfallverhütungsvorschriften, da diese im Sinne der Gesetzgebung als Arbeitsmittel gelten.

Dabei gelten vor allem nachfolgende Rechtsgrundlagen: 37

- Verordnung über die Prüfung technischer Anlagen und Einrichtungen in Gebäuden (Technische Prüfverordnung – TPrüfVO)
- Unfallverhütungsvorschriften (UVV)
- Verordnung über die Organisation und Durchführung der Brandschau (Brandschauverordnung – BrSchV)
- Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Bereitstellung von Arbeitsmitteln und deren Benutzung bei der Arbeit, über Sicherheit beim Betrieb überwachungsbedürftiger Anlagen und über die Organisation des betrieblichen Arbeitsschutzes (Betriebssicherheitsverordnung – BetrSichV)
- Gesetz über technische Arbeitsmittel (Gerätesicherheitsgesetz – GSG)

- 38 Unter bestimmten Voraussetzungen gelten auch die:
- Verordnung über den Bau und Betrieb von Hochhäusern (Hochhausverordnung – HochhVO)
 - Verordnung über den Bau und Betrieb von Versammlungsstätten (Versammlungsstättenverordnung – VStättV)
- 39 Befinden sich im entsprechenden Gebäude Arbeitsstätten sind weitere Vorschriften zu beachten, wie die:
- Arbeitsstättenrichtlinien (ASR)
 - Verordnung über Arbeitsstätten (Arbeitsstättenverordnung – ArbStättV)
 - Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit an Bildschirmgeräten (Bildschirmarbeitsverordnung – BildscharbV)

Grundsätzlich ist weiterhin zu beachten, ob sich weitere Pflichten aus den bau- und Betriebsgenehmigungen, bzw. aus behördlichen Vorschriften oder Satzungen ergeben.

5.1.2.2 Sicherstellung der betrieblichen Anforderungen

- 40 Aus all diesen Vorschriften ergeben sich für den Gebäudebetreiber eine Vielzahl von öffentlich rechtlichen Pflichten wie die Wahrnehmung der Verkehrssicherungspflicht, (u.A. Winterdienst zum Freihalten von Wegen und Zugängen von Eis und Schnee, Wegesicherung Absturzsicherung, Baustellensicherung usw.), die Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebes, die Durchführung bzw. Beauftragung von gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungen durch Sachverständige oder Sachkundige und die Störungsbeseitigung und Instandhaltung zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit.³
- 41 Eine zentrale Rolle nimmt in diesem Zusammenhang die Sicherstellung der Betreiberverantwortung ein. Neben der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebes ist die fristgemäße Durchführung der gesetzlich und betrieblich vorgeschriebenen Prüfungen eine besondere Bedeutung einzuräumen. Darunter versteht man die Erstprüfung (vor Inbetriebnahme oder bei wesentlichen Änderungen) die wiederkehrende und ggf. die besondere Prüfung. Die dabei in den Bundesländern geltenden Vorschriften und Verordnungen sind zu beachten. Jede einzelne Prüfung ist entsprechend der gültigen Verordnungen und Satzungen und unter der Beachtung der gebäudespezifischen Anforderungen (Hochhausverordnung usw.) und Auflagen termingerecht sicherzustellen. Die betrieblichen Anforderungen regeln auch die entsprechend dem Stand der Technik durchzuführenden Regelstandhaltungen. Wie unter Punkt b) beschrieben ist es erforderlich eine Jahresgrobplanung und eine zum Zeitpunkt erforderliche Feindisposition vorzunehmen. Die Leistungserbringungstermine sind gegenüber dem Ursprungstermin zu vergleichen. Abweichungen sind nach Fixtermine und variable Termine zu unterscheiden und entsprechend zu analysieren. Dabei ist ein Abgleich der Bestandsdokumentation erforderlich, da dort die Prüf- und überwachungspflichtigen Anlagen und Einrichtungen verzeichnet sind. In dieser Be-

3 Auszüge aus der vierteiligen Serie -Betreiberverantwortung im Facility Management – veröffentlicht im Rödl & Partner Immobilienbrief 2002/2003 und IMMOBILIEN ZEITUNG Ausgaben 19-22/2002

standsdokumentation sind auch die Aussagen des Herstellers enthalten wie die Prüfungen im Einzelfall vorzunehmen sind und es sollten die Nachweise der Prüf- und Abnahmeprotokolle, notwendige Zertifikate Sachverständigengutachten usw. vorhanden sein.

Einen entsprechende Dokumentation, der erbrachten Leistungen ist zwingend erforderlich.

5.1.2.3 Sicherstellung der Anforderungen aus dem Arbeitsschutz

Auf Basis des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG), der BetrSichV § 3 „Gefährdungsbeurteilung und der Unfallverhütungsvorschrift „Grundsätze der Prävention“ (BGV A1 bzw. GUV-V A1) sind alle Arbeitgeber (unabhängig von der Anzahl der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter) verpflichtet, eine Gefährdungsbeurteilung durchzuführen. 42

§ 5 ArbSchG regelt die Pflicht des Arbeitgebers zur Ermittlung und Beurteilung der Gefährdungen und konkretisiert mögliche Gefahrenursachen und Gegenstände der Gefährdungsbeurteilung.

§ 6 verpflichtet Arbeitgeber, das Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung, die von ihm festgelegten Arbeitsschutzmaßnahmen und das Ergebnis ihrer Überprüfung zu dokumentieren. Somit liegt die Verantwortung für die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung und die Umsetzung der Ergebnisse beim Arbeitgeber. 43

Zur Berücksichtigung der Anforderungen aus dem § 5 des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) ist es erforderlich eine Gefährdungsbeurteilung und Dokumentationspflicht nach dem Arbeitsschutzgesetz nachzukommen. Die Gefährdungsbeurteilung ist das zentrale Element im betrieblichen Arbeitsschutz. Sie ist die Grundlage für ein systematisches und erfolgreiches Sicherheits- und Gesundheitsmanagement. 44

Damit soll es zu einer Verbesserung des Arbeitsschutzes durch die systematische Ermittlung von Gesundheitsgefahren für die Beschäftigten, zu einer Verbesserung der technischen Sicherheit, zur Beseitigung krankmachender Faktoren u.s.w. kommen.

Im § 5 Beurteilung der Arbeitsbedingungen⁴ ist ausgeführt:

(1) Der Arbeitgeber hat durch eine Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdung zu ermitteln, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind.

(2) Der Arbeitgeber hat die Beurteilung je nach Art der Tätigkeiten vorzunehmen. Bei gleichartigen Arbeitsbedingungen ist die Beurteilung eines Arbeitsplatzes oder einer Tätigkeit ausreichend.

(3) Eine Gefährdung kann sich insbesondere ergeben durch

- 1. die Gestaltung und die Einrichtung der Arbeitsstätte und des Arbeitsplatzes,*
- 2. physikalische, chemische und biologische Einwirkungen,*
- 3. die Gestaltung, die Auswahl und den Einsatz von Arbeitsmitteln, insbesondere von Arbeitsstoffen, Maschinen, Geräten und Anlagen sowie den Umgang damit,*

⁴ Bundesministerium der Justiz: Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit; Abbildung wie im Originaltext.

4. die Gestaltung von Arbeits- und Fertigungsverfahren, Arbeitsabläufen und Arbeitszeit und deren Zusammenwirken,

5. unzureichende Qualifikation und Unterweisung der Beschäftigten.

- 45 Es gibt keine gesetzlichen Ausführungsvorschriften darüber, wie Betriebe oder Institutionen Gefährdungsbeurteilungen durchzuführen haben und wie die Ergebnisse der Gefährdungsbeurteilung formal zu dokumentieren sind. Der Gesetzgeber hat mit Absicht davon abgesehen, enge Formvorschriften vorzugeben. Es sind keine weiteren Detailvorschriften zur Gestaltung von Gefährdungsbeurteilungen und deren Dokumentation vorgesehen. Eine sinnvolle Gefährdungsbeurteilung ist ein kreativer Prozess, der nicht durch Formalismus erstickt werden darf. Der Arbeitgeber verfügt normalerweise nicht über die erforderlichen Kenntnisse, um Gefährdungsbeurteilungen selbst durchführen zu können und wird sich durch Arbeitsschutzsachverständige wie Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit beraten lassen müssen. Für Kleinbetriebe bieten einige Berufsgenossenschaften das Unternehmermodell an. Im Rahmen dieses Modells werden Arbeitgeber geschult, so dass sie Gefährdungsbeurteilungen selbst vornehmen und die notwendigen Arbeitsschutzmaßnahmen ermitteln können. Natürlich bedürfen die Betriebe nicht nur der Kontrolle sondern auch der Information und Unterstützung durch die Arbeitsschutzbehörde. Im Landesamt für Arbeitsschutz, Gesundheitsschutz und technische Sicherheit Berlin (LAGetSi) gibt es eine Fachgruppe, die sich speziell mit dieser Thematik befasst. Die Mitarbeiter dieser Arbeitsgruppe stehen für einschlägige Fragen zur Verfügung. Die Gefährdungsbeurteilung sollte, nach den unterschiedlichen Arbeitsbereichen und Gefährdungsarten gegliedert, durchgeführt und dokumentiert werden. Die Gefährdungsbeurteilung kann tätigkeits-, arbeitsplatz-, arbeitsmittel- oder personenbezogen erstellt werden. In den meisten Fällen werden Mischvarianten erforderlich sein, je nachdem wo der Gefahrschwerpunkt liegt.

Tätigkeit, z. B.: Aufstellen von Baugerüsten

Arbeitsplatz, z. B.: Bildschirmarbeitsplatz

Arbeitsmittel, z. B.: Hammer

Personen, z. B.: Fremdhandwerker

- 46 Die Dokumentation dient sowohl der Eigenkontrolle des Betriebes als auch der Kontrolle durch die Überwachungsbehörden und ist keine Formalie sondern echtes Arbeitsmittel. Auf vorhandene Betriebsanweisungen z. B. für den Umgang mit Gefahrstoffen sowie das Gefahrstoffkataster, Bedienungsanleitungen für Geräte und Maschinen, Prüfzeugnisse von Sachkundigen bzw. Sachverständigen, Konformitätsbescheinigungen kann verwiesen werden. Nach § 6 Abs. 1 ArbSchG ist eine Dokumentation verpflichtend für Betriebe mit mehr als 10 Beschäftigte, seit dem Stichtag 21. August 1997, vorgesehen.

47 a) Die Dokumentation besteht aus:

- dem Ergebnis der jeweiligen Gefährdungsbeurteilung
 - Welchen Gefährdungen sind die Beschäftigten ausgesetzt?
 - Wie groß ist das Ausmaß der Gefährdungen (klein, mittel, groß)?
 - Wie dringlich ist die Beseitigung der Gefährdung (sofort, kurz-, mittel-, langfristig)?
 - Welches Schutzziel muss erreicht werden (Vorschriften)?

- der Festlegung der erforderlichen Arbeitsschutzmaßnahmen (Handlungsbedarf)
 - Welche Maßnahmen sind durchzuführen?
 - Wer ist für die Durchführung verantwortlich?
 - Bis wann sind die Maßnahmen zu realisieren (Terminkontrolle)?
- den Ergebnissen der Überprüfung der durchgeführten Maßnahmen
 - Wie wirksam sind die durchgeführten Maßnahmen?
 - Was muss zusätzlich veranlasst werden?

Besonders wichtig ist, dass bei Änderungen z. B. der Produktionsweise, Einsatz anderer Maschinen oder Stoffe, Veränderung von Konzentrationen und Mengen eingesetzter Gefahrstoffe, wesentlichen Änderungen der Arbeitsorganisation, u.s.w. die Gefährdungsbeurteilung neu durchgeführt wird, da es erfahrungsgemäß nach oder bei Änderungen häufig zu Schadensfällen oder Unfällen kommt. Die Änderungen sind ebenfalls zu dokumentieren. Arbeitsunfälle und das Auftreten von Berufserkrankungen sind ebenfalls zwingende Anlässe, erneut Gefährdungsbeurteilungen durchzuführen. Die Dokumentation kann in schriftlicher Form (Aktenordner, Karteikarten) oder mittels Computer erfolgen. Im Fachhandel sind Arbeitshilfen wie Vordrucke, spezielle Software u.s.w. erhältlich. Hinweise und Empfehlungen für die Ermittlung und Beurteilung von Gefahrenschwerpunkten, Belastungsanalysen als Bestandteil von Gefährdungsbeurteilungen bieten die Unfallversicherungsträger einschlägige Merkblätter bzw. Software an. Bei der Verwendung von Checklisten und Computerprogrammen für die Erstellung und Dokumentation von Gefährdungsbeurteilungen ist zu beachten, dass derartige Programme nie alle denkbaren Gefahrenmomente beinhalten können. Deshalb muss geprüft werden, ob auch außerhalb der vorgegebenen Gefährdungslisten spezielle, betriebsspezifische Gefahren vorhanden sind. Von der Berliner Arbeitsschutzverwaltung wird ein praxisnaher Vollzug angestrebt. Der Schwerpunkt liegt auf der sachgerechten Ermittlung von Gefährdungen und der Erreichung sicherer Arbeitsbedingungen. Aus der Dokumentation muss erkennbar sein, dass die Gefährdungsbeurteilung effektiv durchgeführt wurde. Eine nur formale Pflichterfüllung seitens der Betriebe liegt nicht im Interesse der Beschäftigten. Die äußere Form der Dokumentation ist nachrangig.⁵

48

b) Belastungs- und Gefährdungsarten, besonders schutzbedürftige Personen

49

- Organisatorische Mängel in den Punkten
 - Unterweisung
 - arbeitsplatzbezogene Betriebsanweisung
 - Arbeitskoordination, Einsatz von Fremdfirmen
 - Gefährliche Arbeiten (z. B. Absturzgefahr, Umgang mit Chemikalien)
 - Persönliche Schutzausrüstungen (Atemschutzmasken, Handschuhe)
 - erste Hilfe (ausgebildete Ersthelfer, Material für 1. Hilfe)
 - Prüfung, Wartung, Reparatur, Ersatzbeschaffung
 - Ordnung, Sauberkeit

5 Quelle: LAGeSi – Landesamt für Arbeitsschutz, Gesundheitsschutz und technische Sicherheit Berlin

- Arbeitsplatzgestaltung
 - Arbeitsräume (Licht, Platz, Klima [Temperatur, Feuchtigkeitsgehalt der Luft, Zug])
 - Innerbetriebliche Verkehrswege (Markierung, Übersichtlichkeit, Absperrungen)
 - Stolperstellen, Bodenglätte
 - Absturz (Geländer, Absturzsicherungen)
 - Arbeiten in engen Räumen, Behältern, Röhren, Kriechgängen
 - Arbeiten am Wasser
- Ergonomie
 - schwere körperliche Arbeiten (Heben, Tragen, Umsetzen)
 - Handhabbarkeit von Arbeitsmitteln (Tragehilfen)
 - einseitig belastende körperliche Arbeit (Zwangshaltung, häufiges Bücken)
 - Beleuchtung (Lichtstärke, Blendfreiheit)
 - Bediensicherheit, Aufnahme und Verarbeitung von Informationen (optische und akustische Signale in Schaltwarten, an programmgesteuerten Maschinen
 - und komplexen Anlagen, Kommunikation der Beschäftigten untereinander und mit den Vorgesetzten)
 - Bildschirmarbeitsplätze
- Mechanische Gefährdung
 - ungeschützte Quetsch- und Scherstellen an bewegten Maschinenteilen
 - scharfe, kantige rauhe Oberflächen Transportmittel
 - unkontrolliert bewegte Teile (z. B. weggeschleuderte Teile bei Schredderanlagen, Einrichtungsarbeiten an Robotern)
- Elektrik
 - Gefährliche Körperströme, Lichtbögen, Chemikalien, Gefahrstoffe
 - Gesundheitsschädigung durch: Einatmen, Verschlucken, Hautkontakt
- Brände, Explosionen
 - Umgang mit brennbaren Materialien (Gase, Dämpfe, Flüssigkeiten, Feststoffe)
 - Zündquellen (offenes Feuer, Schweißen, Funken, Reibungswärme)
 - zündfähige Luft/Stoffgemische (Staub, Lösemitteldämpfe, Gase)
 - durchgehende chemische Reaktionen (sehr schneller Druckanstieg in Reaktionsgefäßen)
 - schlagartige Verdampfung (heiße Metallschmelzen in Wasser, „boilover“ bei Tankbränden)
 - Umgang mit Sprengstoffen
 - Selbstzersetzliche Substanzen wie Peroxide, Acetylen
 - explosionsfähige Stoffe (brennbare Gase und Dämpfe)
- Biologische Gefährdung
 - Umgang mit Menschen, Tieren Pflanzen, biologischen Produkten, bei dem Krankheitserreger frei werden oder sensibilisierende Stoffe frei werden
 - Tätigkeiten mit biologischen Arbeitsstoffen (Infektionserreger, sensibilisierende Biostoffe, toxische Stoffe)
 - Umgang mit gentechnisch veränderten Mikroorganismen, bzw. Bestandteilen von Erbmaterial

- Umgang mit kontaminiertes Material (Abfälle, Kleidung, Arbeitsmaterial, Nahrungsmittel)
- Physikalische Einwirkung
 - Lärm
 - Ultraschall
 - Ganzkörperschwingungen
 - Hand-, Armschwingungen
 - nichtionisierende, ionisierende Strahlung
 - elektromagnetische Felder
 - Heiße oder tiefkalte Medien (Heißwasser, Wasserdampf, flüssige Luft)
- Besondere betriebsspezifische Gefahren
 - Arbeiten in großer Höhe mit Absturzgefahr
 - Arbeiten unter Über- oder Unterdruck
 - Arbeiten mit heißen oder tiefkalten Medien
- Psychische Belastung
 - Streß (Über-, Unterforderung)
 - Handlungsspielraum, Verantwortung, Eigenständigkeit
 - Sozialbedingungen (Arbeitsplatzsicherheit, Arbeitsklima, Teamarbeit, Mobbing, berufliche Anerkennung)
 - Körperliche Angriffe durch Menschen und Tiere
 - Alkohol- und Drogenmissbrauch
- Besonders schutzbedürftige Personengruppen
 - Jugendliche
 - werdende und stillende Mütter
 - Behinderte

Zur Sicherstellung der Arbeitsschutzvorschriften ist die Beachtung der Gefahrstoffverordnung (GefStoffV) unabdingbar.

GefStoffV § 16 Ermittlungspflicht⁶

1. *Der Arbeitgeber, der mit einem Stoff, einer Zubereitung oder einem Erzeugnis umgeht, hat festzustellen, ob es sich im Hinblick auf den vorgesehenen Umgang um einen Gefahrstoff handelt. Der Arbeitgeber, der nicht über andere Erkenntnisse verfügt, kann davon ausgehen, dass eine Kennzeichnung, die sich auf der Verpackung befindet, und dass Angaben, die in einer beigefügten Mitteilung oder einem Sicherheitsdatenblatt enthalten sind, zutreffend sind. Das Ergebnis der Ermittlung nach Satz 1 ist, soweit dabei Gefahrstoffe festgestellt worden sind, der zuständigen Behörde auf Verlangen darzulegen.*
2. *Der Arbeitgeber muss prüfen, ob Stoffe, Zubereitungen oder Erzeugnisse mit einem geringeren gesundheitlichen Risiko als die von ihm in Aussicht genommenen erhältlich sind. Ist ihm die Verwendung dieser Stoffe, Zubereitungen und Erzeugnisse zumutbar und ist die Substitution zum Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer erforder-*

6 Quelle: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit; Abbildung wie im Originaltext

lich, so darf er nur diese verwenden. Kann der Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer vor Gefährdung durch das Auftreten von Gefahrstoffen am Arbeitsplatz nicht durch andere Maßnahmen gewährleistet werden, muss der Arbeitgeber prüfen, ob durch Änderung des Herstellungs- und Verwendungsverfahrens oder durch den Einsatz von emissionsarmen Verwendungsformen von Gefahrstoffen deren Auftreten am Arbeitsplatz verhindert oder vermindert werden kann. Ist dies technisch möglich und dem Arbeitgeber zumutbar, muss der Arbeitgeber die erforderliche Verfahrensänderung vornehmen oder die emissionsarmen Verwendungsformen anwenden. Das Ergebnis der Prüfung nach den Sätzen 1 und 3 ist schriftlich festzuhalten und der zuständigen Behörde auf Verlangen vorzulegen.

3. Verbleiben bei der Ermittlung nach Absatz 1 Ungewissheiten über die Gefährdung, hat der Hersteller oder Einführer dem Arbeitgeber auf Verlangen die gefährlichen Inhaltsstoffe der Gefahrstoffe sowie die von den Gefahrstoffen ausgehenden Gefahren und die zu ergreifenden Maßnahmen mitzuteilen. Der Arbeitgeber kann, auch soweit diese Angaben nach den Vorschriften des Dritten Abschnitts oder nach anderen Rechtsvorschriften nicht erforderlich sind, mindestens Angaben entsprechend Artikel 3 der Richtlinie 91/155/EWG verlangen.

(3a) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, ein Verzeichnis aller nach den Absätzen 1 und 3 ermittelten Gefahrstoffe zu führen. Dies gilt nicht für Gefahrstoffe, die im Hinblick auf ihre gefährlichen Eigenschaften und Menge keine Gefahr für die Beschäftigten darstellen. Das Verzeichnis muss mindestens folgende Angaben erhalten:

- Bezeichnung des Gefahrstoffes,
- Einstufung des Gefahrstoffes oder Angabe der gefährlichen Eigenschaften,
- Mengenbereiche des Gefahrstoffes im Betrieb,
- Arbeitsbereiche, in denen mit dem Gefahrstoff umgegangen wird.

Die Angaben können schriftlich festgehalten oder auf elektronischen Datenträgern gespeichert werden. Das Verzeichnis ist bei wesentlichen Änderungen fortzuschreiben und mindestens einmal jährlich zu überprüfen. Es ist kurzfristig verfügbar aufzubewahren und der zuständigen Behörde auf Verlangen vorzulegen.

Ein Muster, in dem alle erforderlichen Angaben erfasst werden hat z.B. die Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau (SVLFG) erstellt (Abb. 5.6). Dieses erfüllt die an den Arbeitgeber gestellten Anforderungen.

- 50 Bevor der Arbeitgeber Arbeitnehmer beim Umgang mit Gefahrstoffen beschäftigt, hat er zur Feststellung der erforderlichen Maßnahmen die mit dem Umgang verbundenen Gefahren zu ermitteln und zu beurteilen. Welche Maßnahmen zur Abwehr der Gefahren zu treffen sind, die beim Umgang mit Gefahrstoffen entstehen können, hat der Arbeitgeber zu regeln, bevor er mit Gefahrstoffen umgeht.
- 51 Die Gefahrstoffverordnung (GefStoffV) ist im Instandhaltungsbereich des Facility Managements eine nicht zu unterschätzende geltende Verordnung. In der Instandhaltung werden

7 Quelle: Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau (SVLFG), Praxishilfen Sicherheitsdatenblätter/Gefahrstoffverzeichnis

Gefahrstoffverzeichnis
(gemäß GefStoffV)

Datum/ Unterschrift:

Unternehmen:

Lager/ Bereich:

Bezeichnung des Gefahrstoffs:														Wenn kein Symbol/ Piktogramm im Sicherheitsdatenblatt angegeben ist.	Sicherheitsdatenblatt aktuell? ja (Stand) ¹⁾	Angaben zu dem im Betrieb verwendeten Mengenbereich	Verwendungs- bzw. Arbeitsbereich, in denen Beschäftigte dem Gefahrstoff ausgesetzt sein können.
																	
Bsp. Dieselmotorenkraftstoff	☐	☒	☐	☐	☐	☐	☒	☒	☒	☐	☐	☐	☐		24.02.16	900 Liter	Betanken
	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐				
	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐				
	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐				
	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐				
	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐				
	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐				
	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐				

1) sofern nicht aktuell vorliegend, sofort vom Hersteller/ Händler/ Lieferanten anfordern!

Abb. 5.6 Muster eines Gefahrstoffverzeichnis

routinemäßig eine Vielzahl von Gefahrstoffen verwendet und gelagert. Oft erfolgt dies nur in kleinen Mengen und der damit verbundene Regelungsbereich wird unterschätzt. Bei einer genaueren Prüfung erkennt man die Bandbreite der Gefahrstoffe. Diese reicht von Farben, über Reinigungsmitteln, zu Gasen und Säuren, um nur einige zu nennen.

Neben den Pflichten beim Inverkehrbringen von Gefahrstoffen enthält die GefStoffV in den §§ 16–34 allgemeine Umgangsvorschriften für Gefahrstoffe.

5.1.3 Life-Cycle-Management

5.1.3.1 Instandhaltung im Spannungsfeld zwischen Investition und Life-Cycle-Kosten

„Die Methode des Life-Cycle-Costing zielt darauf ab, die gesamten Kosten und Erlöse eines Systems und der damit verbundenen Aktivitäten und Prozesse (siehe Abb. 5.7), die über dessen Lebenszyklus entstehen, zu optimieren“ (VDI 2884). Dies bedeutet das Ermitteln der wirtschaftlichsten Lösung unter Berücksichtigung der Investitionskosten und der Nutzungskosten. Erfahrungsgemäß betragen die Investitionskosten zwischen 10 und 30 %, am Beispiel raumluftechnischen Anlagen im Durchschnitt lediglich 10 % der Gesamtkosten im Lebenszyklus. Life-Cycle-Costs optimierte Systeme amortisieren sich daher bereits nach wenigen Betriebsjahren. Die Wirtschaftlichkeit am Beispiel von RLT-Systemen ergibt

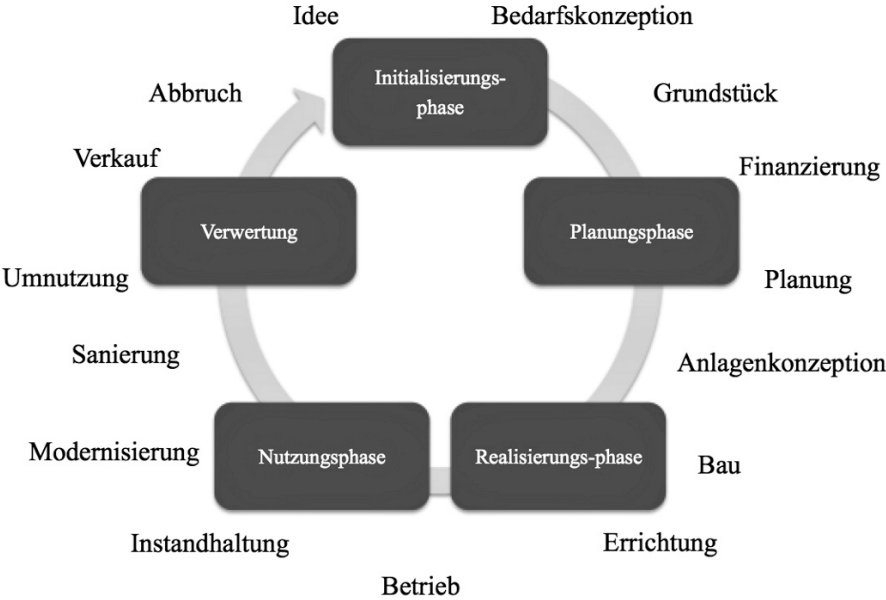
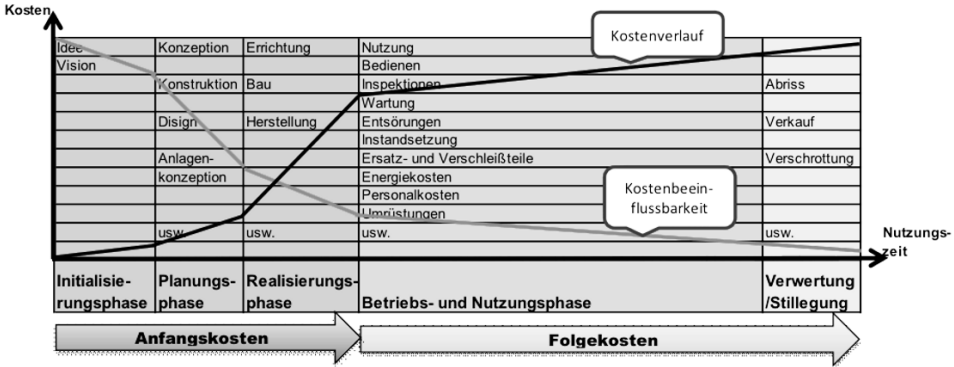


Abb. 5.7 Prinzipdarstellung eines Lebenszyklusbetrachtung

sich demzufolge nicht alleine aus geringen Investitionskosten, sondern aus der Summe aller Lebensdauerkosten (Energie-, Wartungs-, Service- und Entsorgungskosten). Es ist somit eine ganzheitliche Bewertung des Einsatzes von Investitionsgütern erforderlich, um die wirtschaftlichste Investitionsstrategie zu ermitteln.

53 Das Life-Cycle-Costing betrachtet somit vor allem die immer wieder unterschätzten langfristigen Kosten. Eine transparente Kostenstruktur, unter Berücksichtigung der langfristig anfallenden Betriebskosten, hat so genau wie möglich zu erfolgen und ist in die Investitionsentscheidung mit einzubeziehen. Je höher die Prognosegenauigkeit des Life-Cycle-



Prinzipdarstellung des Kostenverlaufs und der Kostenbeeinflussbarkeit über den gesamten Lebenszyklus betrachtet

Abb. 5.8 Prinzipdarstellung des Kostenverlaufs

Costing, desto präziser können daraus die strategischen Entscheidungen und Geschäftsmodelle abgeleitet werden.

Prinzipiell ist festzustellen, dass die Kostenbeeinflussbarkeit (siehe Abb. 5.8) während der Initialisierungs-, Planungs- und Realisierungsphase am Höchsten ist und dies bei vergleichsweise geringen Kosten. Während der Nutzungsphase ist die Kostenbeeinflussbarkeit durch den Facility Manager nur im sehr geringen Umfang möglich, begleitet durch einen relativ hohen Kostenverlauf. 54

5.1.3.2 Ausgewählte Normen, Richtlinien und Empfehlungen im Zusammenhang mit Lebenszykluskosten

Die Lebenszykluskosten werden u. a. in nachfolgenden Normen, Richtlinien und Empfehlungen berücksichtigt. 55

- DIN 276 „Kosten im Bauwesen – Teil 1: Hochbau“
Die Norm DIN 276-1 gilt für die Ermittlung und Gliederung von Kosten im Hochbau. Sie erfasst die Kosten für Maßnahmen zur Herstellung, zum Umbau und zur Modernisierung der Bauwerke sowie die damit zusammenhängenden Aufwendungen. Das Dokument legt Begriffe und Unterscheidungsmerkmale fest und schafft damit die Voraussetzungen für die Vergleichbarkeit der Ergebnisse von Kostenermittlungen, die auf der Grundlage von Ergebnissen der Bauplanung durchgeführt werden.
- DIN 18960 „Nutzungskosten im Hochbau“
Die Norm, die der Ermittlung von Nutzungskosten im Hochbau dient, legt den Begriff „Nutzungskosten im Hochbau“ fest und enthält eine Kostengliederung. Die Struktur der Norm entspricht im Prinzip der der DIN 276 „Kosten im Hochbau“.
- DIN 32736 „Gebäudemanagement“
Die Norm beschreibt die Gesamtheit aller Leistungen zum Betreiben und Bewirtschaften von Gebäuden einschließlich der baulichen und technischen Anlagen auf der Grundlage ganzheitlicher Strategien. Dazu gehören auch die infrastrukturellen und kaufmännischen Leistungen.
- GEFMA 220 „Lebenszykluskostenrechnung im FM“
„In der Lebenszyklusrechnung werden alle regelmäßig oder unregelmäßig anfallende Kosten für die Bereitstellung, Nutzung und Erhaltung baulicher und technischer Anlagen berücksichtigt. Dazu gehört auch die Inanspruchnahme von nicht zum Kerngeschäft gehörenden Leistungen der Betriebs- und Nutzungsphase.“
- GEFMA 200 „Kosten im Facility Management“
Die GEFMA-Richtlinie 200 stellt bewusst eine Verbindung mit der DIN 276 „Kosten im Hochbau“ her und schreibt diese für den Zeitraum der Nutzung eines Gebäudes fort. Mit der Richtlinie soll eine Grundlage für eine einheitliche Planung der zu erwartenden Nutzungskosten bei Neubauten geschaffen werden.

Die Überprüfung der Life-Cycle-Costing-Ermittlungen ist in jeder der Nutzungsphasen sicherzustellen. Nur so kann auf eventuelle Veränderungen und Abweichungen sofort reagiert werden. Ein permanentes Controlling ist somit unabdingbar.

5.2 Sinn und Zweck des Controllings

5.2.1 Sicherstellung der beauftragten Leistung

- 56 Eine wesentliche Aufgabe des Controllings von FM-Aufgaben liegt in der Überprüfung der Arbeitsstände im Facility Management. Nur wer die beauftragten Leistungen (inkl. aller technischer und gesetzlicher Anforderungen) vollumfänglich kennt (siehe Planung und Steuerung in der Instandhaltung) und in der vorher beschriebenen Jahreswartungsplanung terminlich vordisponiert hat, kann den Sollstand dem Arbeitstand gegenüber stellen. Dabei wird in Arbeitsüberwachung und Auftragssicherung unterschieden. Wesentliche Steuerungsinstrumente für die Auftragsüberwachung sind die Fortschrittskontrolle, die Bereitstellungsüberwachung, die Datenerfassung und die Kosten/Budgetkontrolle, verbunden mit ggf. notwendigen Nachkalkulationen. Weiterhin ist eine Kontrolle zu Auftragssicherung unumgänglich. Mit dieser Kontrolle werden vor allem die Soll-Ist-Abweichungen und die Dokumentation überwacht und bei Erfordernis korrigiert. Die verfügbaren IT-FM-Softwarelösungen unterstützen in der Regel mit entsprechenden Listen oder graphisch aufbereiteten Auswertungen (siehe z.B. SAP grafische Wartungsterminübersicht) die Kontrolle der FM-Anforderungen.

5.2.2 Eingrenzung möglicher Risiken am Beispiel Umweltschäden

- 57 Zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Facility Managements gehört auch die Beachtung der sich in vielen Teilen der Rechtsordnung vorhanden umweltschutzrechtlichen Regelungen. Dazu gehören grundsätzlich:

- Gefahrstoffrecht
- Gewässerschutzrecht
- Bodenschutzrecht.
- Immissionsschutzrecht
- Abfallrecht
- Naturschutz- und Landschaftspflegerecht
- Strahlenschutzrecht

usw.

Diese Rechtsgebiete sind durch einzelne Gesetze, wie z. B. Bundes-Immissionsschutzgesetz im (BImSchG) geregelt.

- 59 Umweltschäden entstehen meist durch unsachgemäßen Umgang mit Gefahrstoffen oder Umwelteinflüsse wie Lärm, Strahlung, Abgase usw. Für Eigentümer von Grundstücken sowie Betreiber von Gebäuden und Anlagen sind insbesondere die nachfolgend aufgeführten Teilbereiche des Umweltschutzes bedeutsam:

5.2.2.1 Immissionsschutz

Für den Immissionsschutz gelten unter anderem nachfolgende Gesetze: Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG), zugehörige Durchführungsverordnungen (BImSchV auf Landesebene), Geräte und Maschinenlärmschutzverordnung (BImSchV 32), Verordnung über elektromagnetische Felder 105 (BImSchV 26) sowie allgemeine Verwaltungsvorschriften („Technische Anleitungen“) wie TAAbfall, TALuft, TALärm, usw. 60

Die hier aufgeführten Rechtsgrundlagen zeigen die für den Betreiber und/oder Eigentümer geltenden Pflichten bzw. Anforderungen im Zusammenhang mit dem Immissionsschutz. Zu vermeiden sind demnach Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen (§ 3 BImSchG). Dazu gehören u.a. Licht, Wärme, Strahlen, Erschütterungen, Geräusche und Luftverunreinigungen. Da diese Regelungen für die Errichtung und den Bau gelten, werden häufig diese durch Auflagen in Betriebserlaubnissen und in Baugenehmigungen untermauert. 61

Für die Einhaltung der Immissionsschutzgesetze und Auflagen in Betriebserlaubnissen und Baugenehmigungen hat der Eigentümer oder der beauftragte Facility Manager zu sorgen.

5.2.2.2 Klimaschutz

Der Klimaschutz unterliegt zurzeit keiner direkten Gesetzgebung. Es gibt zurzeit Hinweise zum Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden (BauGBÄndG 2011), welches im Rundschreiben des Ministeriums der Finanzen vom 15. März 2012 veröffentlicht wurde. Grundlage dieses Rundschreibens ist der durch die Fachkommission Städtebau beschlossene Muster-Einführungserlass. 62

Das Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden vom 22. Juli 2011 (BGBl. I S. 1509) ist am 30. Juli 2011 in Kraft getreten. Eine Neubekanntmachung des Baugesetzbuchs ist nicht vorgesehen.

Besondere Sorgfalt sollte der Betreiber auf den Umgang mit ozonabbauenden und/oder fluorierenden, den Treibhauseffekt fördernde Kältemitteln, walten lassen. Hierzu sind mit dem Montrealer- und Kyoto-Protokoll entsprechende Verordnungen und Richtlinien als weltweite Regelung verabschiedet worden. 63

Eine grundsätzliche Gegenüberstellung der beiden Protokolle wurde von der Westfalen AG vorgenommen (Abb. 5.9).⁸

Risiken können u.a. aus der Fehlbedienung durch Dritte, oder durch ein unberechtigtes bzw. nicht fachgerechtes Betreiben entstehen. Umwelteinflüsse nehmen ebenfalls ständig zu. Der Betreiber ist gefordert diese Risiken nach Möglichkeit auszuschließen oder Vorkehrungen zur Schadensminimierung zu treffen und dieses nachzuhalten. 64

⁸ Westfalen-AG/technische Grundlagen; <http://www.westfalen-ag.de/technische/grundlagen.php>

Gesetzliche Grundlagen Verordnungen und Richtlinien

Ozonabbauende Kältemittel	Fluorierte, den Treibhauseffekt fördernde Kältemittel
Weltweite Regelungen	
Montrealer Protokoll	Kyoto-Protokoll
Europäische Regelungen	
Verordnung (EG) Nr. 1005/2009	Verordnung (EG) Nr. 842/2006 und Ergänzungsverordnungen
Nationale Regelungen	
Chemikalien-Ozonschicht-Verordnung	Chemikalien-Klimaschutzverordnung
Kältemittelbeispiele	
R-22, R-123, R-124, R-401A, R402A, R-403B, R-408A, R-409A, R-412A	R-23, R-134a, R-227, R404A, R-407C, R-410A, R-422D, R-507
Ausstieg	
- Verbot der Verwendung von Neuware seit 1.1.2010 - Allgemeines Verwendungsverbot ab 1.1.2015	- in der stationären Kältetechnik kein Ausstieg vorgesehen - Ausstieg R-134a in Pkw-Klimaanlagen ab 1.1.2011 (Richtlinie 2006/40/EG)
Prüfung auf Dichtheit	
- Anlagen ab 3 kg Füllgewicht (ab 6 kg hermetisch) mindestens 1-mal jährlich - Anlagen ab 30 kg Füllgewicht mindestens 1-mal halbjährlich - Anlagen ab 300 kg Füllgewicht mindestens 1-mal vierteljährlich	- Anlagen ab 3 kg Füllgewicht (ab 6 kg hermetisch) 1-mal jährlich - Anlagen ab 30 kg Füllgewicht 1-mal halbjährlich, mit Leckage-Erkennung 1-mal jährlich - Anlagen ab 300 kg Füllgewicht 1-mal vierteljährlich, mit Leckage-Erkennung 1-mal halbjährlich
Rückgewinnung	
Der Betreiber sind verantwortlich, dafür zu sorgen, dass die geregelten Stoffe ordnungsgemäß zurückgewonnen werden, um deren Recycling, Aufarbeitung oder Zerstörung sicherzustellen. Über die zurückgewonnen Mengen sind entsprechende Aufzeichnungen zu führen.	
Ausbildung und Zertifizierung	
- Abgeschlossene Ausbildung als Kälteanlagenbauer/in - Staatlich geprüfte/r Techniker/in in Fachrichtung Kälteanlagen-technik - Ingenieur/in nach einem Studium, in dem Grundlagen der Kältetechnik vermittelt wurden - eine zur jeweiligen Tätigkeit befähigende technische oder handwerkliche Ausbildung sowie Teilnahme an einer von der zuständigen Behörde anerkannten Fortbildungsveranstaltung	Zertifizierung nach Kategorien: - Kategorie I: alle Tätigkeiten - Kategorie II: Dichtheitskontrolle ohne Einschränkung, andere Tätigkeiten bis 3kg Füllgewicht (6 kg hermetisch) - Kategorie III: Rückgewinnung bis 3kg Füllgewicht (6 kg hermetisch) - Kategorie IV: Dichtheitskontrolle

Abb. 5.9 Technische Gase, gesetzliche Grundlagen (Quelle: Westfalen-AG)

5.2.3 Sicherstellung der Betreiberverantwortung

- 65 „Eigentum verpflichtet“ ist eine Festlegung im Grundgesetz und legt damit dem Gebäudeeigentümer entsprechende Pflichten auf. Die Pflichten, die für den Gebäudeeigentümer aus der Betreiberverantwortung entstehen, haben somit Ihre Basis im Grundgesetz (GG). Diese Pflichten resultieren, wie schon beschrieben, aus den Gefahren des Gebäudebetriebs für die Umwelt (Luft, Klima, Boden, Wasser) sowie für das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit und das Eigentum von Personen.

Dies alles wird unter dem Begriff Betreiberverantwortung zusammengefasst.

66

Es sind somit alle öffentlich rechtlichen Vorschriften zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Betreiberverantwortung sicherzustellen. Dazu gehören u.a. die Bau- und Betriebsvorschriften. In den Bauvorschriften werden z.B. entsprechende Sicherheitseinrichtungen (Brandmeldeeinrichtungen, Blitzschutzeinrichtungen, Sicherheitsbeleuchtungen usw.) festgelegt. Die Betriebsvorschriften regeln z.B. die Prüfintervalle oder die Gewährleistung der Standsicherheit von Bauwerken und die Verkehrssicherheit. Vor allem Gebäude sind entsprechend der Musterbauordnung bzw. der Bauordnungen der Bundesländer so „instand zu halten“, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere das Leben, die Gesundheit und die natürlichen Lebensgrundlagen nicht gefährdet werden.“⁹

Die Betreiberverantwortung ist dabei eine Zusammenfassung von allen gesetzlichen Betreiberpflichten für Gebäudebetreiber und den darin handelnden Personen, dem Risiko der Pflichtverletzung bzw. Verschuldens und den daraus entstehenden möglichen Rechtsfolgen für Personen und Unternehmen. Zur Einhaltung der Anforderungen aus der Betreiberverantwortung ist eine für diesen Zweck geeignete Organisation vorzuhalten. Dabei spielt die Form der Aufbauorganisation und die Auswahl und Berufung der geeigneten Mitarbeiter eine wesentliche Rolle um den Organisationspflichten nachkommen zu können. Zu den speziellen Pflichten des Gebäudebetreibers zählen u.a. die unter i) aufgeführten Gesetze und behördlichen Anforderungen. Dazu zählt auch die Sicherstellung der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungen. Weiterhin ist eine Vorhaltung und Fortführung der zur Wahrnehmung der Betreiberverantwortung notwendigen Bestandsdokumentation unerlässlich. Nach Möglichkeit sollten entsprechende Anlagen- und Betriebstagebücher geführt werden. Dies erleichtert im Bedarfsfall die Ursachenermittlung und Nachweisführung erheblich. Gleichzeitig können die Nachweisbücher zur Qualitäts- und Leistungskontrolle verwandt werden.

67

Zusammengefasst bedeutet eine optimal umgesetzte Betreiberverantwortung, die Einhaltung der gesetzlichen und öffentlich-rechtlichen Vorschriften und die eindeutige Dokumentation und Nachweisführung, der dafür notwendigen Leistungen.

5.2.4 Einhaltung der Sachverständigenprüfungen, usw.

Jede überwachungsbedürftige Anlage sowie ihre Anlagenteile sind nach § 15 BetrSichV in bestimmten Fristen wiederkehrend durch eine zugelassene Überwachungsstelle zu prüfen. Der Betreiber hat die Prüf Fristen für die Gesamtanlage und die Anlagenteile (bezogen auf die Arten der Prüfungen nach § 15 Abs. 2) auf der Grundlage einer sicherheitstechnischen Bewertung zu ermitteln (Falls er als Arbeitgeber auf Grund von § 3 BetrSichV verpflichtet ist, eine Gefährdungsbeurteilung anzufertigen, und diese dieselben Anforderungen erfüllt, kann er diese zugrunde legen.). Das ist eine markante Änderung zum Regelungsgegenstand der Prüf Fristen für die wiederkehrenden Prüfungen gegenüber den zuvor geltenden Verordnungen.

68

9 Quelle: Der Instandhaltungs-Berater, Seite 4201; Instandhaltung von Gebäuden – Notwendigkeit, Grundlagen, Ziele, Strategien, Planung von Jörg Klingenberg.

- 69 Die zuvor in den Verordnungen für überwachungsbedürftige Anlagen fixierten Regel-fristen werden nunmehr als Höchstfristen (§ 15 Abs. 3) festgelegt. Damit wird u. a. der Tatsache Rechnung getragen, dass die sicherheitstechnische Beschaffenheit der ausschließlich nach europäischen Richtlinien auf den Markt gebrachten Geräte geringer ausfallen kann, als jene nach bis dahin geltenden nationalen Beschaffenheitsanforderungen, für die die Regelfristen festgelegt waren. Es ist jedoch Absicht des Gesetzgebers, das in Deutschland geltende Sicherheitsniveau während des Betriebs über die Lebensphase der Anlage beizubehalten.¹⁰
- 70 Es gibt eine Vielzahl von wiederkehrenden Prüfungen an technischen Anlagen. Die Erfordernis zur Prüfung, die Qualifikation und die Anforderung an den Prüfer sind sehr komplex. Die TÜV NORD AG hat im Jahr 2015 eine Übersicht unter dem Titel „Prüfpflichtige Anlagen – Prüfungen – Fristen“ mit dem Stand 2015 veröffentlicht (siehe Abb. 5.10). Diese ist ohne Gewähr auf Vollständigkeit im Bezug auf die dargestellten Inhalte abgebildet. Die wesentlichen Aussagen können Sie in der beigefügten Tabelle „Prüfpflichtige Anlagen – Prüfungen – Fristen“ entnehmen.¹¹

10 Der Instandhaltungsberater, TÜV Media; Anlagen prüfen und betreiben nach der Betriebssicherheitsverordnung von Rainer Leye, Seite 3648.

11 Abdruck erfolgt mit Genehmigung TÜV NORD AG; „Prüfpflichtige Anlagen – Prüfungen – Prüffristen (Übersicht aus dem Jahr 2015, Angaben ohne Gewähr)

Anlagenart	Bezeichnung	Rechtsgrundlage	Ausführender/Prüfer	Prüfintervall	Prüfinhalte
Anlagen (alle)	Anlagen und Maschinen (allgemein)	BImSchG, TA Lärm, technische Lieferbedingungen	SV	in Genehmigungsverfahren, vor Inbetriebnahme, auf Kundenwunsch	Geräuschemissionen
Anlagen in explosionsgefährdeten Bereichen	Ex-Anlage (Geräte, Schutzsysteme, Sicherheits- und Kontrolleinrichtungen)	BetrSichV	bP oder ZÜS	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Veränderung/Änderung, wiederkehrend gem. Prüfristmittlung, Maximalfrist 36 Monate	Montage, Installation, Aufstellungsbedingungen, sichere Funktion, ordnungsgemäßer Betrieb
	Ex-Anlage (Gesamtanlage auf Explosionssicherheit)		bP oder ZÜS	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Veränderung/Änderung, wiederkehrend gem. Prüfristmittlung, Maximalfrist 72 Monate	Prüfung auf Zustand, sichere Verwendung und ordnungsgemäßen Betrieb sowie Wirksamkeit technischer und organisatorischer Maßnahmen
Aufzugsanlagen	Personen- und Lastenaufzüge nach ARL 95/16/EG und ARL 201 4/33/EU	ARL	Konformitätsbewertungsverfahren: Hersteller/ notifizierte (benannte) Stelle	max. 12/24 Monate	Prüfungen der Sicherheitseinrichtungen, Beurteilung sicherheitstechnische Sicht
		BetrSichV	Prüfung vor Inbetriebnahme nach §15 und wiederkehrende Prüfung nach §16: ZÜS		
	Aufzüge nur zum Gütertransport nach MRL 98/37/EG und MRL 2006/42/EG	MRL	Konformitätsbewertungsverfahren: Hersteller/ notifizierte (benannte) Stelle	Betreiber legt Prüfrist fest	
		BetrSichV	Prüfung nach §14: bP		
	Aufzüge gemäß Anhang IV MRL 98/37/EG und MRL 2006/42/EG	MRL	Konformitätsbewertungsverfahren: Hersteller/ notifizierte (benannte) Stelle	max. 12/24 Monate	
	Fassadenaufzüge gemäß Anhang IV MRL 98/37/EG und MRL 2006/42/EG	BetrSichV	Prüfung vor Inbetriebnahme nach §15 und wiederkehrende Prüfung nach §16: ZÜS		
	Anlagen gemäß Anhang IV MRL 98/37/EG und MRL 2006/42/EG z. B. hochziehbare Personenaufnahmemittel in Windkraftanlagen				
Aufzugsbrandfallsteuerungen		DVNBauO	SV	Vor Inbetriebnahme, nach wesentlichen Änderungen, wiederkehrend 36 Monate z.B. NI	Betriebssicherheit und Wirksamkeit (vorschriftsmäßige Ansteuerung)
Bergwerke	elektrische Anlagen unter Tage	EBergV	SV	12 Monate	
Bestrahlungs- und Beschleunigeranlagen (Medizin & Technik)		StrlSchV	SV	im Allgemeinen 12 Monate	Strahlenschutzprüfung
Biogasanlagen	Anlagen in explosionsgefährdeten Bereichen	BetrSichV			(siehe Anlagen in explosionsgefährdeten Bereichen)
	Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen	WHG, VAwS, Anlagenverordnung			(siehe wassergefährdende Stoffe)
	immissionsschutzrechtliche genehmigungsbedürftige Anlagen	BImSchG, 4. BImSchV			sicherheitstechnische Prüfung
Blitzschutzanlagen		TAnIVO (bundeslandabhängig), ASR, BetrSichV	SK	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Änderung, wiederkehrend bis 60 Monate gem. Prüfristmittlung, gem. normativer Festlegung	Betriebssicherheit und Wirksamkeit (vorschriftsmäßige Ausführung, Erhaltungszustand)
Brandmelde- und Alarmanlagen (Gefahrmeldeanlagen)		BremAnlPrüfV, TPrüfVO, PVO, TAnIVO, AnlPrüfVO, DVNBauO, PrüfVO-NRW, PrüfVO (bundeslandabhängig), ASR	SV	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Änderung, wiederkehrend 36 Monate, z.B. HB, HE, HH, ST, MV, NI, NW, SH	Betriebssicherheit und Wirksamkeit (vorschriftsgemäßer Einbau, Funktion, Ansteuerungen, Aufschaltung)

Abb. 5.10 TÜV NORD AG, Prüfpflichtige Anlagen – Prüfungen – Fristen, Stand 2015, Teil 1

Anlagenart	Bezeichnung	Rechtsgrundlage	Ausführender/Prüfer	Prüfintervall	Prüfinhalte
Brückenbauwerke	Ingenieurbauwerke im Zuge von Straßen und Wegen z. B. Brücken, Verkehrszeichenbrücken, Tunnel, Trogbauwerke, Stützbauwerke, Lärmschutzbauwerke, sonst. Ingenieurbauwerke	DIN 1076	SK	Hauptprüfung: vor Abnahme der Bauleistung, vor Ablauf der Verjährungsfrist, jedes sechste Jahr Einfache Prüfungen: drei Jahre nach einer Hauptprüfung Prüfung aus besonderem Anlass Prüfung nach besonderen Vorschriften	Prüfung von Ingenieurbauwerken hinsichtlich ihrer Standsicherheit, Verkehrssicherheit und Dauerhaftigkeit
CO-Warnanlagen		BremAnlPrüfV, TPrüfVO, PVO, TAnlVO, AnlPrüfVO, DVNBauO, PrüfVO-NRW, PrüfVO (bundeslandabhängig)	SV	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Änderung, wiederkehrend 36 Monate, z. B. HB, HH, HE, ST, MV, NI, NW, SH	Betriebssicherheit und Wirksamkeit (Anordnung und Anzahl der Messstellen, Überprüfung der Schaltepunkte für die Ventilatoren)
Einfache Druckbehälter, (Herstellung)	z. B. Druckluftbehälter	Richtlinie 2009/105/EG (Richtlinie 97/23/EG) 6. ProdSV	notifizierte (benannte) Stelle	benannte Stellen (Inverkehrbringen)	Entwurfsprüfung, Baumusterprüfung, Produktprüfungen, Herstellervoraussetzungen
Druckgeräte und Baugruppen (Herstellung)	Druckbehälter, Dampfkessel, Rohrleitungen, Ausrüstungsteile, Baugruppen	Druckgeräterichtlinie Richtlinie 97/23/EG (Richtlinie 2014/68/EU) 14. ProdSV	notifizierte (benannte) Stelle	Konformitätsbewertung (Inverkehrbringen)	Entwurfsprüfung, Baumusterprüfung, Produktprüfungen, Abnahmeprüfung, Herstellervoraussetzungen, Qualitätssicherungssysteme, Schweißprüfung, Verfahrensprüfung, Werkstoffeinzelgutachten, PMA, EAM
Druckgeräte, ortsbewegliche (Herstellung und Betrieb)	Gefäße (Flaschen, Druckfässer etc.), Tanks (TKW, EKW), Armaturen	TPED RL 2010/35/EU, ODV, GGVSEB, ADR/RID	notifizierte (benannte) Stelle	Konformitätsbewertung (Inverkehrbringen), wiederkehrende Prüfung gemäß ADR, RID	Entwurfsprüfung, Baumusterzulassung, Produktprüfungen, Zwischenprüfung, betriebseigener Prüfdienst, Neubewertungen, wiederkehrende Prüfungen, Überwachung Herstellung
Druckgeräte (Betrieb)	Druckbehälter, Rohrleitungen, Dampfkessel, Füllanlagen, Druckeranlagen	BetrSichV	Sachverständiger der ZÜS	abhängig vom Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung gemäß BetrSichV (Maximalfristen gemäß BetrSichV)	Prüfbericht im Erlaubnisverfahren, Prüfung vor Inbetriebnahme, wiederkehrende Prüfungen, Prüfung nach Änderung
elektrische Anlagen und Betriebsmittel	ortsfest	PVO, PrüfVO-NRW (bundeslandabhängig), AFB (VdS), DGUV V3, BetrSichV	SV, SK (rechtsgebietsabhängig)	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Änderung, wiederkehrend 12 bis 72 Monate (rechtsbereichabhängig)	Betriebs- und Brandsicherheit, Unfallschutz
	nicht ortsfest	DGUV V3, BetrSichV	SK	6 bis 24 Monate	
Erdöl-/Erdgasförder- und Speicheranlagen	elektrische Anlagen	ElBergV	anerkannte SV der jeweils zuständigen Bergämter	wiederkehrende Prüfung 12 Monate, Prüfungen vor Inbetriebnahme	ordnungsgemäßer Zustand hinsichtlich Montage, Installation und Betrieb
	Blitzschutz und Potenzialausgleich	BVOT Anlage zu § 5 (entsprechende Errichtung)		wiederkehrende Prüfung 36 Monate, Prüfung vor Inbetriebnahme	Betriebssicherheit und Wirksamkeit, vorschriftsmäßige Ausführung, Erhaltungszustand
	Anlagen zur Lagerung und Umschlag von entzündlichen, leicht- oder hochentzündlichen Flüssigkeiten (V > 1.000 Liter unterirdisch bzw. V > 5.000 Liter oberirdisch)	BVOT Anlage zu § 5		wiederkehrende Prüfung 5 Jahre, Prüfung vor Inbetriebnahme, nach Stillstand > 12 Monate, nach Wiederinbetriebnahme und nach wesentlicher Änderung	Begutachtung und Prüfung von Lageranlagen, Füllstellen, Tankstellen, Sicherheitseinrichtungen, Tanks, Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen: Ordnungsprüfung, Technische Prüfung, Dichtheit/äußere Funktionsprüfung

(Fortsetzung nächste Seite)

Abb. 5.10 TÜV NORD AG, Prüfpflichtige Anlagen – Prüfungen – Fristen, Stand 2015, Teil 2

Anlagenart	Bezeichnung	Rechtsgrundlage	Ausführender/Prüfer	Prüfintervall	Prüfinhalte
Erdöl-/Erdgasförder- und Speicheranlagen	Verdichteranlagen mit Leistung > 20 kW	BVOT Anlage zu § 5	anerkannte SV der jeweils zuständigen Bergämter	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Änderung	Mechanik (Rohrleitungen): Vorprüfung, Bau- und Druckprüfung Elektrotechnik: Analyse der Sicherheitsstromkreise, Wartungs- und Prüfpläne, Funktionskontrolle, vorschriftsmäßiger Einbau, Betriebssicherheit im Zusammenhang mit Explosionsschutz (siehe Anlagen in explosionsgefährdeten Bereichen)
	kraftbetriebene Hebezeuge			vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Änderung alle 4 Jahre	Wirksamkeit der mechanischen und elektrischen Sicherheitseinrichtungen, Unfallschutz
	Rohrleitung zum Befördern gef. Gase und Flüssigkeiten und Sole			vor Inbetriebnahme	Dichtigkeit, Festigkeit, Funktionssicherheit, Schweißnähte während der Errichtung
Fahrtreppen und Fahrsteige		BetrSichV, MRL, DIN EN 115	bP/SV	Prüfumfang, -inhalt, -fristen gemäß Festlegungen in Gefährdungsbeurteilung	Übereinstimmung der Anlagen mit den Schutzzielen der MRL und ggf. Übereinstimmung mit der Produktnorm, Wirksamkeit der mechanischen und elektrischen Sicherheitseinrichtungen, Unfallschutz, ordnungsgemäßer Zustand
Fenster, Türen und Tore	kraftbetätigte Fenster, Türen und Tore	BetrSichV, Richtlinie ASR 1.7	bP/SK	Prüfumfang, -inhalt, -fristen gemäß Festlegungen in Gefährdungsbeurteilung	Unfallschutz
	automatische Schiebetüren in Flucht- und Rettungswegen	TAniVO (bundeslandabhängig)	SK	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Änderung, wiederkehrend (36 Monate)	Betriebssicherheit und Wirksamkeit
	Feststellanlagen	TAniVO (bundeslandabhängig), DIN 14677			Betriebssicherheit und Wirksamkeit (ordnungsgemäßes und störungsfreies Zusammenwirken)
	elektrische Türverriegelungen in Rettungswegen	TAniVO (bundeslandabhängig)			Betriebssicherheit und Wirksamkeit
Feuerlöschanlagen ortsfest (Wasser-, Schaum-, Gas-, Pulveranlagen u. a.)	selbsttätig (automatisch auslösende, stationäre Anlagen wie Sprinkleranlagen, Sprühwasser-, Schaum-, Gas- oder Pulverlöschanlagen)	BremAniPrüfV, TPrüfVO, PVO, TAniVO, AniPrüfVO, DVNBauO, PrüfVO-NRW, PrüfVO (bundeslandabhängig), ASR (Gaslöschanlagen BGR 134)	SV	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Änderung, wiederkehrend 36 Monate, z. B. HB, HE, HH, ST, MV, NI, MW, SH (Gaslöschanlagen: 2 Jahre)	Betriebssicherheit und Wirksamkeit (vorschriftsgemäßer Einbau)
	nicht selbsttätig (Wandhydranten)		SV (Wandhydrantenanlagen, stationäre) SK (z. B. halbstationäre Löschanlagen, ortsfeste mit trockenen Steigleitungen ohne Druckerhöhung – bundeslandabhängig)	wie oben, NW: wiederkehrend 72 Monate	
Feuerungsanlagen	besondere feste oder flüssige Brennstoffe > 100 kW	BlmSchG, 4. BlmSchV, 13. BlmSchV, 1. BlmSchV, TA Luft	SV	12 bis 60 Monate	Emissionsmessung (z. B. Staub, SO ₂ , CO, NO _x), Kalibrierung von Emissionsüberwachungssystemen
	feste Brennstoffe, z. B. Kohle, Holz, Heizöl (außer Heizöl EL) > 1 MW				
	besondere gasförmige Brennstoffe > 10 MW				
	flüssige und gasförmige Brennstoffe > 20 MW				

Abb. 5.10 TÜV NORD AG, Prüfpflichtige Anlagen – Prüfungen – Fristen, Stand 2015, Teil 3

Anlagenart	Bezeichnung	Rechtsgrundlage	Ausführender/Prüfer	Prüfintervall	Prüfinhalte	
Fliegende Bauten		LBauO der Länder	SV	12 bis 60 Monate	Vor-, Bau- und Abnahmeprüfung, Verlängerungsprüfung, Gutachten, Erteilung der Ausführungsgenehmigung, Verlängerung der Geltungsdauer	
Flüssiggasanlagen	Flüssiggaslagerbehälter	BetrSichV, BImSchG	bP/SV der ZÜS (je nach Prüfung) SV nach § 29 BImSchG	24 bis 120 Monate	Gutachten im Genehmigungsverfahren, Prüfung vor Inbetriebnahme, wiederkehrende Prüfung	
Füllanlagen Gastankstellen (Betrieb)	Abfüllung von Gasen in Flaschen	BetrSichV	SV der ZÜS	Drucktechnischer Teil: 60 Monate, bezüglich Ex: siehe Anlagen in explosionsgefährdeten Bereichen	Prüfbericht im Erlaubnisverfahren, Prüfung vor Inbetriebnahme, wiederkehrende Prüfung	
	Tankstellen für Erdgas, Flüssiggas, Wasserstoff					
Gefahrguttransport	Tankfahrzeuge	ADR/RID, GGVSEB	notifizierte (benannte) Stelle	36 Monate, 72 Monate	Erhaltungszustand (innere Prüfung, äußere Prüfung, Druckprüfung), Dichtheitsprüfung, Funktionsprüfung, Ausrüstung	
	Eisenbahnkesselwagen			48 Monate, 96 Monate		
	IBC			30 Monate, 60 Monate		
	Tankcontainer	ADR/RID, GGVSEB, GGVSee, IMDG				
gewerksübergreifende Prüfungen (Wirk-Prinzip-Prüfungen)	bauordnungsrechtlich erforderliche sicherheitstechnische Anlagen	BremAnlPrüfV, TPrüfVO, PVO, TAnfVO, AnlPrüfVO, DVNBauO, PrüfVO-NRW, PrüfVO (bundeslandabh.)	SV	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Änderung, wiederkehrend 36 Monate z.B. ST, NI, NW, SH	Betriebssicherheit und Wirksamkeit (vorschriftsmäßiges Zusammenwirken)	
Hebezeuge und Förderanlagen	Bagger, Lader, Erdbaumaschinen	BetrSichV	bP	12 Monate	Wirksamkeit der mechanischen und elektrischen Sicherheitseinrichtungen, Unfallschutz, ordnungsgemäßer Zustand elektrischer Sicherheitseinrichtungen, Unfallschutz, ordnungsgemäßer Zustand	
	Flurförderzeuge	BetrSichV, DGUV Vorschrift 68	bP/SK			
	Hebebühnen	BetrSichV, DGUV Regel 100-500	bP	Prüfumfang, -inhalt, -fristen gemäß Festlegungen in Gefährdungsbeurteilung		
	Hebebühnen für Fahrzeuge					
	Krane	BetrSichV, Anhang 3 (zu § 14 Abs. 4) Abschnitt 1 Krane	bP/Prüf-SV	die Prüffrist gem. BetrSichV (zu § 14 Abs. 4) Anhang 3 Abschnitt 1 Tab. 1 festgelegt		
	Lastaufnahmeeinrichtungen	BetrSichV, DGUV Regel 100-500	bP	Prüfumfang, -inhalt, -fristen gemäß Festlegungen in Gefährdungsbeurteilung		
	Regalbediengeräte	BetrSichV, DGUV Regel 108-007				
	Vertikalumsetzeinrichtungen	BetrSichV, DGUV Regel 108-009				
	Winden, Hub- und Zuggeräte	BetrSichV, VStättV DGUV Vorschrift 54	bP/SK/SV	SK: 12 Monate, SV: 48 Monate		
Zieh- und Versellmaschinen	BetrSichV	bP	Prüfumfang, -inhalt, -fristen gemäß Festlegungen in Gefährdungsbeurteilung			
Kälteanlagen		BetrSichV, BImSchG	SV/ZÜS: SV nach § 29 BImSchG	Anlagenprüfung (60 Monate)	Prüfung vor Inbetriebnahme, wiederkehrende Prüfung, sicherheitstechnische Prüfung nach BImSchG	
		VAnS/AnSV	SV	60 Monate		
lüftungstechnische Anlagen		BremAnlPrüfV, TPrüfVO, PVO, TAnfVO, AnlPrüfVO, DVNBauO, PrüfVO-NRW, PrüfVO (bundeslandabhängig), ASR	SV	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Änderung, wiederkehrend 36 Monate, z.B. HB, HE, HH, ST, MV, NI, NW, SH	Betriebssicherheit und Wirksamkeit (Ermittlung der Luftmengen, Raumluftzustände, Luftverteilung, Zustandsbeurteilung der Anlagenteile, Überprüfung der Regelungen, Prüfung von Brandschutzklappen hinsichtlich Einbau und Funktion) im Zusammenhang mit Explosionsschutz s. Anlagen in explosionsgefährdeten Bereichen	

Abb. 5.10 TÜV NORD AG, Prüfpflichtige Anlagen – Prüfungen – Fristen, Stand 2015, Teil 4

Anlagenart	Bezeichnung	Rechtsgrundlage	Ausführender/Prüfer	Prüfintervall	Prüfinhalte
Medizinprodukte (aktive)	Sicherheits- und messtechnische Kontrolle	MPBetreibV	SK	6 bis 24 Monate	Prüfung nach Herstellerangaben und den allgemein anerkannten Regeln der Technik
MSR-Anlagen zur Anlagensicherung		BImSchG, BetrSichV	SV	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Veränderung/Änderung, wiederkehrend gem. Gefährdungsbeurteilung, als Bestandteil überwachungsbedürftiger Anlagen in Fristen der Anlage	Analyse der Sicherheitsstromkreise, Wartungs- und Prüfpläne, Funktionskontrolle, vorschrittmäßiger Einbau, Betriebssicherheit im Zusammenhang mit Explosionsschutz (siehe Anlagen in explosionsgefährdeten Bereichen)
radioaktive Stoffe (umschlossene)		StrSchV	SV	gemäß Genehmigung (meist jährlich), hochradioaktive Quellen im Allgemeinen jährlich, bei bauartzugelassenen Vorrichtungen alle 10 Jahre (Zulassungsschein ist zu beachten)	Dichtheitsprüfung
Rauchabzugsanlagen und -vorrichtungen sowie Anlagen zur Rauchfreihaltung von Rettungswegen	natürliche und maschinelle Rauchabzugsanlagen und -vorrichtungen sowie Überdruckanlagen zur Rauchfreihaltung von Rettungswegen	BremAnlPrüfV, TrüfVO, PVO, TAnlVO, AnlPrüfVO, DVNBauO, PrüfVO-NRW, PrüfVO (bundeslandabhängig)	SV/SK (bundeslandabhängig)	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Änderung, wiederkehrend 36 Monate, z.B. HB, HE, HH, ST, MV, NI, NW, SH (NW: natürliche 72 Monate)	Betriebssicherheit und Wirksamkeit (richtiger Einbau, Funktion, Dimensionierung)
Röntgeneinrichtungen	zur medizinischen Diagnose	RöV	SV	60 Monate	Strahlenschutzprüfungen
	zur medizinischen Therapie (bis 1 MeV)				
	technisch				
Rohrfernleitungen	Gashochdruckleitungen öffentliche Gasversorgung	EnWG, UVPg, GasHdrltGv, DVGW-Regelwerk	SV der akkreditierten Inspektionsstelle	gutachterliche Äußerung, Prüfung vor Inbetriebnahme	Vorprüfung, Bau- und Druckprüfung, Prüfung Sicherheitseinrichtungen
	Rohrfernleitungsanlage zum Transport gefährlicher Gase und Flüssigkeiten	UVPg, ProdSG, RohrFtgV, TRFL	SV der anerkannten Prüfstelle	Prüfung vor Inbetriebnahme, wiederkehrende Prüfung alle 24 Monate	Vorprüfung, Bau- und Druckprüfung, Abnahmeprüfung, Prüfung der sicherheitstechnischen Einrichtungen, KKS, wiederkehrende Prüfungen
Schachtförderanlagen	Seilfahranlagen, Güterförderanlagen	BVOS Tabellen 1–4 gemäß § 13 Abs. 4	SV	6/12/24 Monate	BVOS
Schutzeinrichtungen der Prozessleittechnik	elektrische/elektronische/programmierbare elektronische Systeme (Steuerungen), mechanische, hydraulische und pneumatische Schutzeinrichtungen	BetrSichV	SK/SV	anlagen- und konfigurationsabhängig, Anforderungen gem. DIN EN 61508, DIN EN 61511, VDI/VDE 2180, DIN EN 50156, DIN EN 13849	Funktionsprüfungen der einzelnen Sicherheitsfunktionen, Überprüfung der festgelegten Anforderungen an das Schutzsystem im Zusammenhang mit Explosionsschutz (siehe Anlagen in explosionsgefährdeten Bereichen)
Schutz- und Überwachungseinrichtungen		BImSchG	SV		Funktions- und Betriebssicherheit, Wartungspläne, Prüfpläne im Zusammenhang mit Explosionsschutz (siehe Anlagen in explosionsgefährdeten Bereichen)
Sicherheitsbeleuchtung und Sicherheitsstromversorgung		BremAnlPrüfV, TrüfVO, PVO, TAnlVO, AnlPrüfVO, DVNBauO, PrüfVO-NRW, PrüfVO (bundeslandabhängig), ASR	SV	vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Änderung, wiederkehrend 36 Monate, z.B. HB, HE, HH, ST, MV, NI, NW, SH	Betriebssicherheit und Wirksamkeit (vorschriftsgemäßer Einbau, Funktion, Ansteuerungen, Aufschaltung)

Abb. 5.10 TÜV NORD AG, Prüfpflichtige Anlagen – Prüfungen – Fristen, Stand 2015, Teil 5

Anlagenart	Bezeichnung	Rechtsgrundlage	Ausführender/Prüfer	Prüfintervall	Prüfinhalte
Störfallanlagen	genehmigungsbedürftige Anlagen bei Überschreitung von Mengenschwellen gefährlicher Stoffe	12. BImSchV (StörfallV)	SV (nach § 29a BImSchG)	erstmalig und bei wesentlichen Änderungen der Anlage Dokumentenüberprüfung (Sicherheitskonzept, Sicherheitsbericht, Sicherheitsmanagementsysteme sowie deren Umsetzung im Betrieb) spätestens alle 5 Jahre	Sicherheitskonzept, Sicherheitsbericht, Sicherheitsmanagementsysteme sowie deren Umsetzung im Betrieb
Stetigförderer		BetrSichV, DGV Information 208-018	bP	Prüfumfang, -inhalt, -fristen gemäß Festlegungen in Gefährdungsbeurteilung	Wirksamkeit der mechanischen und elektrischen Sicherheitseinrichtungen, Unfallschutz, ordnungsgemäßer Zustand
Tankstellen und Tanklager für flüssige Kraft- und Betriebsstoffe	Lagerbehälter (Dieselkraftstoff, Heizöl, Altköl)	WHG, VAwS/AwSV	SV/ZÜS	30 bis 60 Monate	Begutachtung und Prüfung von Lageranlagen, Füllstellen, Tankstellen, Sicherheitseinrichtungen, Tanks, Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen; Ordnungsprüfung, Technische Prüfung, Dichtheit
	Abfüllplatz (inkl. Zapfsäule Diesel)				
	Lagerbehälter Ottokraftstoff, Zapfsäule Leichtflüssigkeitsabscheider, sonstige Ex-Einrichtungen	BetrSichV		vor Inbetriebnahme, nach wesentlicher Veränderung/Änderung, wiederkehrend gem. Prüfristermittlung, Maximalfrist 36 oder 72 Monate	Äußere Prüfung, Funktionsprüfung
	Gaspendelung (tankstellenseitige Ausrüstung an den Lagertanks, Tankfahrzeug)	20. BImSchV		60 Monate	
	Sonderfall: Tankfahrzeuge für Ottokraftstoff Gaspendelung			60 Monate, in der Regel aber in Verbindung mit Haupt- und Zwischenprüfung	Ausrüstung, Dichtheit, Äußere Prüfung
	Leichtflüssigkeitsabscheider	VAwS/AwSV, AbwasserVO, DIN 1999-100 (EN 858), Landeswasserrecht, Kommunalsatzung		60 Monate	Funktionsfähigkeit, Dichtheit, Erhaltungszustand
	Gasrückführung (Zapfsäule, Pkw-Tank- und Lagerbehälter)	21. BImSchV			Ausrüstung, Dichtheit, Wirksamkeit
Tankstellen für gasförmige Kraftstoffe	Tankstelle für Erdgas, Flüssiggas oder Wasserstoff	BetrSichV	SV	Prüfung vor Inbetriebnahme Drucktechnischer Teil: 60 Monate, bezüglich Ex: siehe Anlagen in explosionsgefährdeten Bereichen	Prüfbericht im Erlaubnisverfahren, Prüfung vor Inbetriebnahme, wiederkehrende Prüfung
wassergefährdende Stoffe	Anlagen zum Lagern, Abfüllen und Umschlagen	WHG, VAwS/AwSV	SV	30 bis 60 Monate	wiederkehrende Prüfung
	Anlagen zum Herstellen, Behandeln und Verwenden				
	Rohrleitungen				
zerstörungsfreie Prüfungen, Personalqualifikation		DIN ISO 9712	Prüfungsbeauftragter der Zertifizierungsstelle	60 Monate	VT (visuelle Prüfung), PT (Eindringprüfung), MT (Magnetpulverprüfung), UT (Ultraschallprüfung), RT (Durchstrahlungsprüfung), jeweils Stufe 1 bis 3

Abb. 5.10 TÜV NORD AG, Prüfpflichtige Anlagen – Prüfungen – Fristen, Stand 2015, Teil 6

Abkürzung	Rechtsgrundlagen, ausführender Prüfer und Prüfintervall	Abkürzung	Bundesland (Prüfintervall)
ADR	Europäisches Übereinkommen über die internationale Beförderung gefährlicher Güter auf der Straße	BW	Baden-Württemberg
AFB	Allgemeine Feuerversicherungsbedingungen	BY	Bayern
AnlPrüfVO	Anlagenprüfverordnung	BE	Berlin
ArbStättV	Arbeitsstättenverordnung	BB	Brandenburg
ARL	Aufzugsrichtlinie	HB	Bremen
ASiG	Arbeitssicherheitsgesetz	HH	Hamburg
ASR	Arbeitsstättenrichtlinien	HE	Hessen
AwSV	Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen	MV	Mecklenburg-Vorpommern
BetrSichV	Betriebssicherheitsverordnung	NI	Niedersachsen
BeVO	Beherbungsverordnung	NW	Nordrhein-Westfalen
BGG	Berufsgenossenschaftliche Grundsätze	RP	Rheinland-Pfalz
BGI	Berufsgenossenschaftliche Informationen	SL	Saarland
BGR	Berufsgenossenschaftliche Regeln	SN	Sachsen
BGV	Berufsgenossenschaftliche Vorschriften	ST	Sachsen-Anhalt
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz	SH	Schleswig-Holstein
BImSchV	Bundesimmissionsschutzverordnung	TH	Thüringen
BOA	Bau- und Betriebsordnung für Anschlussbahnen		
BremAnlPrüfV	Bremische Anlagenprüfverordnung		
BVOS	Bergverordnung für Schacht- und Schrägförderanlagen		
BVOT	Tiefbohrverordnung		
bP	befähigte Person		
DIN	Deutsches Institut für Normung (Deutsche Industrie Norm)		
DGUV	Deutsche gesetzliche Unfallversicherung		
DVGW	Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V.		
DVNBauO	Allgemeine Durchführungsverordnung zur Niedersächsischen Bauordnung		
ElBergV	Elektrobergverordnung		
EN	Europäische Norm		
EniWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz)		
EX-RL	Explosionsschutzregeln für die Vermeidung der Gefahren d. explosionsfähige Atmosphäre (BGR 104)		
FliegBauVV	Verwaltungsvorschriften über die Ausführungsgenehmigungen Fliegender Bauten		
GarVO	Garagenverordnung		
GasHdRLtgV	Gas-Hochdruckleitungsverordnung		
GastVO	Gaststättenbauverordnung		
GGVSEB	Gefahrgutverordnung Straße, Eisenbahn und Binnengewässer		
GGVSee	Gefahrgutverordnung See		
HeimRL	Heimrichtlinie		
Hochh-RL	Hochhausrichtlinie		
HochhVO	Hochhausverordnung		
HVBG	Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften		
IBC	Industriecontainer (Intermediate Bulk Container)		
IMDG	International Maritime Dangerous Goods Code		
IndBauRL	Industriebaurichtlinie		
KfzBauVO	Krankenhausbauverordnung		
LBauO	Landesbauordnung der Länder		
LWG	Landeswassergesetz		
MRL	Maschinenrichtlinie		
ODV	Ortsbewegliche Druckgeräte-Verordnung		
PPVO	Verordnung über Prüfingenieure und Prüfsachverständige		
ProdSG	Produktsicherheitsgesetz (Nachfolger des GPSG)		
ProdSV	Verordnung zum ProdSG		
PrüfVO	Prüfverordnung; Verordnung über die Prüfung technischer Anlagen und wiederkehrende Prüfung von Sonderbauten/Prüfverordnung über die Prüfung technischer Anlagen und Einrichtungen nach dem Bauordnungsrecht		
PVO	Prüfverordnung		
RID	Ordnung für die internationale Eisenbahnbeförderung gefährlicher Güter		
RöV	Röntgenverordnung		
RohFtgV	Verordnung über Rohrfernleitungen		
SBauVO	Verordnung über den Bau und Betrieb von Sonderbauten		
SchulBauRL	Schulbau-Richtlinie		
SK	Sachkundige		
SPrüfV	Sicherheitsanlagen Prüfverordnung		
StörfallV	Störfallverordnung		
StrlSchV	Strahlenschutzverordnung		
SV	Sachverständiger		
TA Lärm	Technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm		
TA Luft	Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft		
TanIVO	Verordnung über technische Anlagen und Einrichtungen nach Bauordnungsrecht		
TPrüfVO	Technische Prüfverordnung		
TRFL	Technische Regeln für Rohrfernleitungen		
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung		
UVV	Unfallverhütungsvorschrift		
VaWS	Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen		
VDE	Verband der Elektrotechnik e.V.		
VdS	Verband der Schadensversicherer e.V.		
VkVO / VkV VStättVO	Verkaufsstättenverordnung		
VStättV	Versammlungsstättenverordnung		
VVFuA	Versammlungsstättenverordnung		
WHG	Wasserhaushaltsgesetz		
ZH	Berufsgenossenschaftliche Richtlinie, Sicherheitsregeln, Grundsätze		
ZS	Zertifizierungsstelle		
ZÜS	Zugelassene Überwachungsstelle		

Abb. 5.10 TÜV NORD AG, Prüfpflichtige Anlagen – Prüfungen – Fristen, Stand 2015, Glossar

5.3 Organisatorische Voraussetzungen

5.3.1 Aufbauorganisation in der Instandhaltung

- 71 Zur Sicherstellung eines effizienten und betriebssicheren Facility Managements, ist der Aufbau der notwendigen Organisation von besonderer Bedeutung. Sich ständig veränderte Rahmenbedingungen, verschärfte Gesetze und immer wieder neue Trends haben einen maßgeblichen Einfluss auf die Aufbauorganisation. Die Anforderungen an den Facility Manager, der Umfang der Leistung, Qualität, Verfügbarkeit und Verantwortung wirken sich ebenfalls auf die Aufbauorganisation aus. Geregelt werden müssen auch Kompetenzen, Zuständigkeiten und Entscheidungsspielräume. Unter Berücksichtigung aller diese Rahmenbedingungen kann es keine ideale Lösung geben. Es ist wichtig entsprechend seiner Anforderungen eine Aufbauorganisation zu entwickeln und festzulegen. Dies ist maßgeblich vom Geschäftszweck der Branche und der Nutzungsart der Immobilien abhängig. Dabei sind die Zuständigkeiten, die technischen Anforderungen, die Mitarbeiteranzahl sowie die gesetzlichen und betrieblichen Erfordernisse zu beachten. Empfehlenswert sind Aufbauorganisationen, die flexibel auf Ereignisse reagieren und so sich den permanenten Veränderungen stellen können. Dabei spielt auch der Anteil der Eigen- und Fremdleistung eine Rolle.
- 72 Zusammenfassend ist auszuführen, dass die Aufbauorganisation die vollumfängliche Verantwortung und Zuständigkeit, entsprechend des Geschäftszweckes bzw. der Wirtschaftlichkeit, der Angemessenheit, der Ausgewogenheit und der entsprechenden Regelungsbedarfe wahrnehmen kann. Dabei ist es erforderlich, dass die Organisation dementsprechend hierarchisch und funktional aufgebaut ist. Unter diesen Bedingungen ist eine reibungslose zielgerichtete Sicherstellung der Betriebsaufgaben möglich. Die Aufbauorganisation ist ständig auf Aktualität zu überprüfen und bildet die Grundlage für die Ablauforganisation.

5.3.2 Ablauforganisation in der Instandhaltung

- 73 Die Ablauforganisation baut auf die Aufbauorganisation auf und beschreibt die Prozesse und Aufgabenverteilungen. Dabei stellt die Ablauforganisation sicher, dass die unternehmensinternen Anforderungen, Gesetze und Richtlinien als Prozesse unter Beachtung der bestehenden Aufbauorganisation im Unternehmen fixiert werden. Dabei ist ein wesentlicher Kernprozess die Auftragsabwicklung. Je besser die Auftragssteuerung (bevorzugt mittels eines IT-Programmes als Hilfsmittel) umso besser ist das Facility Management, verbunden mit einer professionellen Instandhaltung.
- 74 Instandhaltungsprozesse, Ablaufdiagramme, Checklisten Formblätter usw. unterstützen den Prozess, stellen einen einheitlichen gleichartigen Instandhaltungsprozess sicher und sichern gleichzeitig die notwendigen Leistungsdokumentationen. In der Ablauforganisation sind auch die Schnittstellen und Optimierungsprozesse angesiedelt. Durch den zunehmenden Kostendruck, den Umweltauforderungen und der Aufforderung zur Optimierung in der Technik und in der Abwicklung der Prozesse sind alle Facility Management

Dienstleister gefordert, ihr Fachwissen und ihre Kompetenz einzubringen. Damit nimmt der Facility Management Dienstleister, mittels seiner Ablauforganisation, für die Anlagenverfügbarkeit und Nachhaltigkeit der Anlagen eine besondere Rolle ein. Er ermöglicht damit gleichzeitig aus dem Betrieb der Anlagen heraus, dass Einbringen seines Fachwissens für mögliche Ersatzinvestitionen und Neubauten unter Life Cycle Gesichtspunkten.

5.4 EDV-Tools

Zur Unterstützung der Arbeitsprozesse gibt es eine Vielzahl von IT-Programmen, die die Facility Management Unternehmen und Abteilungen im Unternehmen unterstützen. Fast alle dieser Programme sind so professionell aufgebaut, dass Sie die Anforderungen erfüllen. SAP (siehe Abb. 5.3), Loy&Hutz (siehe Abb. 5.4), Speedikon FM, Planon und MobileX sind nur einige wenige willkürlich aufgeführte Anbieter, die die Anforderungen an die Jahreswartungs- und Prüfplanung erfüllen. Details sind im Abschnitt b) Jahreswartungs- und Prüfplanung prinzipiell beschrieben. 75

5.4.1 Jahreswartungsplanung

Wie bereits beschrieben ist ein Jahreswartungsplanungskalender für alle wartungs- und überwachungspflichtigen Anlagen zu erstellen. Es sind die fixen Termine (z.B. wiederkehrende Sachverständigenprüfungen, DGUV V3, VDI 6022) mit den festen Leistungszeiträumen zuerst zu terminieren. Im zweiten Schritt werden dann, unter Berücksichtigung der vorhandener Kapazitäten, die restlichen noch zu verplanenden Leistungen zugeordnet. Bei Anlagen die eine laufzeitabhängige Wartungsterminierung haben, sollte nach Möglichkeit die empfohlene Laufzeit des Herstellers nach Betriebsstunden genutzt werden. Jedoch ist sicherzustellen, dass diese Anlagen bei nichterreichen der Laufleistung nach einer maximalen Nutzungsdauer der Wartung zugeführt werden. Bei Anlagen, die eine sicherheitsrelevante Prüfung erfordern, z.B. eine DGUV V3-Prüfung, sollte zu diesem Zeitpunkt auch die Wartung erfolgen. Gleichzeitig sollte diese Planung als Kontrollmedium zum Soll/Ist-Abgleich genutzt werden. 76

5.4.2 Feindisposition

Die Feindisposition stellt die direkte Arbeitsübertragung mit Terminvorgabe an den Leistungserbringer dar. Dabei ist es unerheblich ob diese Leistung durch Eigen- oder Fremdpersonal erbracht wird. In der Feindisposition für Eigenpersonal sind die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Materialien, Werkzeuge sowie Hilfs- und Betriebsstoffe mit zu disponieren und die Verfügbarkeit sicherzustellen. Nur unter diesen Bedingungen ist die Arbeitserledigung zum Termin möglich. 77

5.4.2.1 Dynamisierte Disposition

- 78 Hierunter ist die laufzeitabhängige Disposition angesiedelt. Anlagen die betriebsstundenabhängige Wartungsintervalle aufweisen können durch die dynamisierte Disposition gesteuert werden. Hierunter sind z.B. Kompressoren oder Zonenleuchtmittelwechsel nach Brenndauer zu nennen. Unabhängig von der echten Laufzeit ist aus Erfahrungswerten der ungefähre Wartungstermin zur Kapazitätsplanung in den Jahreswartungsplan aufzunehmen. Es ist jedoch sicherzustellen, dass die gesetzlich vorgeschriebenen Termine, die fix in dem Jahreswartungsplan verankert wurden, eingehalten werden (z.B. DGUV V3 oder Sachverständigenprüfungen).

5.4.2.2 Statische Disposition

- 79 Die statische Disposition beinhaltet alle „fest“ vorgegebenen Inspektions-, Wartungs- und Prüftermine. Hierbei sind die Wartungsvorgaben des Herstellers oder der Gefährdungsbeurteilung zu beachten und in der Jahreswartungsplanung als fixen Termin einzutragen. Diese Termine sind nur im sehr geringen Umfang terminlich disponibel, da bei sehr langen wiederkehrenden Terminüberschreitungen ein Intervall übersprungen werden könnte. Dies ist vor allem bei sicherheitsrelevanten Anlagen nicht akzeptierbar. Diese statischen Termine können für jede Anlage jahresübergreifend vordisponiert werden, da die meisten Anlagen einer dem Stand der Technik entsprechenden Intervallvorgabe unterliegen.

5.4.2.3 Systemseitige Reports

- 80 Die modernen FM-Managementtools haben vorinstallierte Reports standardmäßig eingearbeitet. Diese sind für die meisten Standardanwendungen absolut ausreichend. Abarbeitungsstand der planbaren Leistung im Jahresverlauf gegenüber dem Plan, Ressourcenplanung für Personal und Material, Leistungsverläufe, Arbeits- und Wegezeiten, Leerzeiten und vieles andere mehr ist in der Regel standardmäßig vorhanden. Aufgabenbezogene Reports sind ebenfalls unkompliziert ableitbar.

5.4.2.4 Daten- und Dokumentenmanagement

- 81 Eine vollständige und aktuelle Daten- und Dokumentenlage ist für jeden Facility Manager eine wichtige Grundlage für die tägliche Arbeit. Ein einheitliches und strukturiertes Dokumentenmanagementsystem unterstützt den Prozess. Die Dokumente können sehr unterschiedliche Darstellungsformen und Aufbewahrungsfristen unterliegen. Geoinformationsdaten, über Baugenehmigungen, Brandschutzakten, Schaltpläne bis zu Leistungsnachweisen und Checklisten, um nur einige zu nennen, sind in ein Daten- und Dokumentenmanagement zu integrieren. Dabei sollte die Struktur, das Zugriffsrecht, die Ablageform und Dauer geregelt werden. IT-Programme unterstützen diesen Prozess.

5.5 Controlling der definierten erforderlichen Maßnahmen und Kosten

5.5.1 Controlling der Maßnahmen aus DIN 31051, VDMA, usw.

Leistungserbringung nach DIN 31051 sind die am häufigsten anzutreffenden Vertragsformen im Facility Management. Wartung, Inspektion, Instandsetzung und Optimierung bzw. Verbesserungen sind wiederkehrende Tätigkeiten die in der Regel in den modernen Managementtools z.B. mit dem VDMA-Katalog hinterlegt sind. 82

Für jeden Arbeitsauftrag, der disponiert wird, sollten entsprechende eindeutige Aufgabenbeschreibungen mit Arbeitsinhalt und -umfang, Zeitvorgabe und Materialbedarf vorhanden sein. Die daraus ableitbaren Arbeitsnachweise und Checklisten sind Bestandteil der notwendigen Dokumentation. 83

Stichprobenartig sollten diese Nachweise immer wieder auf Aktualität, Qualität und Aufgabenerfüllung überprüft werden. Moderne IT-Systeme unterstützen eine elektronische Auftragsabwicklung mittels einer mobilen elektronischen Serviceunterstützung. Mit dieser Methode ist es auch möglich, u.a. an sicherheitsrelevanten Anlagen (z.B. Brandschutzklappen), mittels der RFID-Technik, eindeutig, die in der Regel schwer zugängliche Anlage zu identifizieren und die Vorort-Tätigkeit nachzuweisen. Dies ist durch ein RFID-Tag mit kurzem Leseabstand möglich. 84

Für jeden FM-Serviceanbieter ist es wichtig, die entsprechenden notwendigen Qualitätskontrollen durchzuführen. Stichprobenartig sollten Leistungsnachweise nachkontrolliert werden. Dazu sollte ein Qualitätskontrollsystem z.B. nach DIN ISO 2859-1 Stichprobenprüfverfahren vorhanden sein. Diese Kontrollen sind im Anlagen- und Dokumentenmanagementsystem abzulegen. 85

5.5.2 Controlling von Änderungen an behördlichen, gesetzlichen und Arbeitsschutzvorschriften

Es ist die Aufgabe eines jeden verantwortungsbewussten Facility Managers die Aktualität der behördlichen, gesetzlichen und Arbeitsschutzvorschriften zu überprüfen. Diese Vorschriften unterliegen einer regelmäßigen Überarbeitung. Als Facility Management Anbieter ist man verpflichtet diese Veränderungen zu kennen, seinen Mitarbeitern bekannt zu geben und die neuen Vorschriften vorzuhalten. Es ist dazu besonders wichtig, die Kenntnis zu besitzen, welche Vorschriften für mich zutreffend sind. Die Herausgeber der Gesetze, Normen und Vorschriften zeigen die Veränderungen an. Es gibt weiterhin verschiedene Anbieter am Markt, die für Sie regelmäßig die Aktualität prüfen und Ihnen die Änderungen aktiv anzeigen. Je nach Umfang der geltenden Gesetze, Normen und Vorschriften kann dies sinnvoll sein. 86

5.5.3 Soll-/Ist-Abgleich der definierten Maßnahmen und Kosten

- 87 Vor Leistungsbeginn sollte immer eine Herstellkostenkalkulation der zu erbringenden Leistung erstellt werden. Darin sind u.a. Art, Umfang, Dauer, Zeitpunkt, Intervall, Material und weitere Besonderheiten zu berücksichtigen. Gegen diese Basis kann dann eine Nachkalkulation erfolgen. Dabei ist auch ein Abgleich gegenüber dem Jahreswartungsplan integriert. Dieser Abgleich sollte regelmäßig erfolgen und bei Abweichungen sollte entsprechend reagiert werden.

5.5.4 Cause Mapping – Ereignisanalyse zum Aufdecken und Lösen von Schwachstellen

- 88 Jeder Eigentümer und Nutzer von Anlagen möchte diese so effizient versorgungssicher wie möglich bewirtschaftet wissen. Frühzeitiges Erkennen und Beseitigen von Fehlern ist dabei eine wichtige Voraussetzung. Dabei ist es eine wichtige Aufgabe des Instandhalters, wiederkehrend Schwachstellenanalysen durchzuführen, um diese Schwachstellen zu beseitigen und gleichzeitig Kosten nachhaltig senken. Dabei sollte der Dienstleister präventiv tätig werden, Ursache und Wechselwirkungen erkennen um die Ursachen aufzuzeigen, die zu einer Schwachstelle geführt haben, oder führen können. Dabei kann es mehrere Lösungen zur Schwachstellenbeseitigung geben. Zielsetzung muss es sein, die beste Lösung zu finden. Mit dieser Lösung ist dann die Schwachstelle zu beseitigen und somit zur optimalen Erreichung des Unternehmenszieles, u.a. in Fragen des Ergebnisses, der Sicherheit oder der Nachhaltigkeit beizutragen.

5.6 Ausgewählte Beispiele für Checklisten

- 89 Checklisten haben eine vielfältige Einsatzmöglichkeit. Sie können zur Dokumentation und zum Nachweis der erbrachten Leistung, einschließlich der verschiedenen Arten der Prüfung von prüfpflichtigen Anlagen, der Beurteilung von Arbeitsstätten und Anlagen usw. beitragen. Zur Sicherstellung einer unternehmensweiten gleichförmigen Qualität und Dokumentationsform, empfiehlt sich ebenfalls der Einsatz von Checklisten und Formblätter. Damit ist eine Nachkontrolle der Leistungserbringung, aber auch eine Leistungsdokumentation und Anlagenzustandsbewertung möglich.

5.6.1 Gefährdungsbeurteilung nach § 3 Betriebssicherheitsverordnung am Beispiel der Universität Duisburg Essen (siehe Abb. 5.11)

UNIVERSITÄT DUISBURG ESSEN		Gefährdungsbeurteilung gemäß Betriebssicherheitsverordnung Selbstgefertigte Arbeitsmitte		Bogen 6	
Gefährdungen in Anlehnung an DIN EN 1050, Sicherheit von Maschinen – Leitsätze zur Risikobeurteilung					
Die Beurteilung erfolgt für das Arbeitsmittel oder für Teile des Arbeitsmittels. Sollten Gefährdungen für unterschiedliche Arbeitsmittelteile gleichermaßen zutreffen, so sind diese ggf. getrennt zu bearbeiten.					
Lehrstuhl / Bereich					
Arbeitsmittel:					
Arbeitsmittelteile:					
1	Mechanische Gefährdungen	Maßnahmen	erfüllt ja nein	ent- fällt	Bemerkungen
Mechanische Gefährdungen durch Maschinenteile und Werkstücke, z.B.: Form; relative Anordnung; Masse und Standfestigkeit (potentielle Energie von Elementen, die sich unter dem Einfluss der Schwerkraft bewegen können); Masse und Geschwindigkeit (kinetische Energie von Elementen in unkontrollierter bewegung); unzureichende mechanische Festigkeit; Ansammlung von Energie im Innern der Maschine, z.B.: Elastische Elemente (Federn); Flüssigkeiten und gase unter Druck; Unterdruck					
1.1	Schneiden, Quetschen, Scheren				
1.2	Erfassen, Einziehen, Aufwickeln				
1.3	Durchstich, Einstich				
1.4	Stoß				
1.5	Reibung, Abrieb				
1.6	Eindringen oder Herausspritzen von Flüssigkeiten unter Druck				
2	Elektrische Gefährdungen	Maßnahmen	erfüllt ja nein	ent- fällt	Bemerkungen
2.1	Direkte Berührung unter Spannung stehender Teile				
2.2	Berührung von Teilen, die durch Fehlzustände spannungsführend geworden sind				
2.3	Annäherung an unter Hochspannung stehende Teile				
2.4	Elektrostatische Vorgänge				
2.5	Vorgänge bei Kurzschlüssen, Überbelastungen etc. (z.B. thermische Strahlung, Herausschlädern geschmolzener Teilchen)				
3	Thermische Gefährdungen	Maßnahmen	erfüllt ja nein	ent- fällt	Bemerkungen
3.1	Verbrennungen, Kälteverbrennung oder andere Verletzungen durch Kontakt mit heißen oder kalten Geräteteilen oder Werkstoffen, Wärmestrahlung, Flammen oder Explosion				
3.2	Gesundheitsschädigung durch heiße oder kalte Arbeitsumgebung				
4	Gefährdung durch Lärm	Maßnahmen	erfüllt ja nein	ent- fällt	Bemerkungen
4.1	Gehörverlust, Gehörbeeinträchtigung, Gleichgewichtsstörungen				
4.2	Störung der Sprachkommunikation, Störung akustischer Signale				

Abb. 5.11 Mustererfassungsbogen für Gefährdungsbeurteilungen der Universität Duisburg Essen; <http://www.uni-due.de/verwaltung/arbeitsicherheit/betriebssicherheitsverordnung.php> Bereitstellung & Benutzung von Arbeitsmitteln, Die Gefährdungsbeurteilung nach Betriebs-sicherheitsverordnung

5	Gefährdungen durch Vibration	Maßnahmen	erfüllt ja nein		ent- fällt	
5,1	Verwendung handgeführter Werkzeuge mit dem Ergebnis von Nerven- und Gefäßstörungen					
5,2	Ganzkörpervibration, speziell in Verbindung mit Zwangshaltungen					
6	Gefährdungen durch Strahlung	Maßnahmen	erfüllt ja nein		ent- fällt	
6,1	Niederfrequenz, Funkfrequenz, Mikrowellen					
6,2	IR-, VIS-, UV-Strahlung					
6,3	Röntgen- und Gammastrahlen					
6,4	Alpha-, Betastrahlen, Elektronen- oder Ionenstrahlen, Neutronenstrahlen					
6,5	Laserstrahlung					
7	Gefährdungen durch Werkstoffe und andere Stoffe	Maßnahmen	erfüllt ja nein		ent- fällt	
Stoffe, die von Maschinen verarbeitet oder verwendet werden oder von diesen freigesetzt werden können						
7,1	Kontakt mit Gefahrstoffen, Einatmen von Aerosolen					
7,2	Feuer oder Explosion					
7,3	Biologische oder mikrobiologische Gefährdungen					
8	Sonstige Gefährdungen	Maßnahmen	erfüllt ja nein		ent- fällt	
8,1	Ungesunde Körperhaltung, besondere Anstrengungen					
8,2	Ungenügende Berücksichtigung der Anatomie					

Sonstige Gefährdungen und eingeleitete Schutzmaßnahmen:

Abb. 5.11 Mustererfassungsbogen für Gefährdungsbeurteilungen der Universität Duisburg Essen (Fortsetzung)

5.6.2 Wartungsnachweise

91 Wartungsnachweise (siehe Abb. 5.12) sind in der Regel die Arbeitsunterlagen der Servicemitarbeiter mit Erfassung der durchgeführten Arbeitsleistungen und den ausgefüllten Checklisten und Prüfprotokolle.

Es empfiehlt sich in den Anlagen ein Anlagenbuch zur Vorort-Dokumentation der Leistungen vorzuhalten und diese Einträge auch für spätere Einsätze nutzen zu können. Gleichzeitig ist es ratsam an den Anlagen Wartungsaufkleber mit Wartungsdatum und nächster Wartung anzubringen (Abb. 5.13).

5.6.3 Prüfnachweise

92 Prüfnachweise müssen revisionssicher, nicht nachträglich veränderbar und unterschrieben sein. In der Regel ist dies in Papierform (mit den erforderlichen Angaben und vom Prüfer unterschrieben) vorhanden. Moderne Messgeräte erzeugen oft über eine entspre-

Vorlage: Download Wartungsprotokoll Lüftungssystem

D Dimplex

GDD Auftrag Nr. Erstinbetriebnahme		GDD Lüftungsprojekt Nr.		Die regelmäßige Wartung der Lüftungsanlage ist aus hygienischen und energetischen Gründen dringend notwendig!		Auftrag Nr. Wartung	
Datum Inbetriebnahme		Fälligkeit 1. Wartung		Empfehlung Wartungsintervalle - Filterprüfung: halbjährlich - Wartung nach Protokoll: jährlich		☐ 1. ☐ 2. ☐ 3. ☐ 4. ☐ 5. jährliche Wartung	
Lüftungsgerät Typ _____ S/N (Softwareversion) _____ S/N (Serien-Nummer) _____ FD (Fertigungsdatum) _____				Anlagenstandort ☐ EFH ☐ Wohnheim in MFH ☐ Gewerlich Name _____ Straße, Nr. _____ Land - PLZ, Ort _____ - _____			

Status vor Wartung				Prüfung Luftfein-/Auslässe und Kanalsystem			
Lüftungsanlage in Betrieb ☐ ja ☐ nein Lüftungsanlage mit Störung ☐ ja ☐ nein Lüftungsanlage spannungsfrei ☐ ja ☐ nein				Außenluft- / Fortluftführung Sichtprüfung Luftkanäle (inkl. Anschlüsse) ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Wärmedämmung Luftkanäle geprüft (trocken) ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Lüftungsgitter / Dachhauben unbehindert (frei von Laub, Schnee) ☐ ja ☐ nein Lüftungsgitter / Dachhauben gereinigt ☐ ja ☐ nein Luft-Erdwärmetauscher geprüft (trocken und frei von Verschmutzung) ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein			
Prüfung Lüftungsgerät				Zuluft- / Abluftführung			
Aufstellort sauber, trocken, frostfrei ☐ ja ☐ nein Filter Außenluft / Zuluft gewechselt ☐ ja ☐ nein Filter Abluft / Fortluft gewechselt ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Filter Bypass gewechselt ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Filterwechsel mit Datum am Gerät / in Anleitung notiert ☐ ja ☐ nein Filtermeldung zurückgesetzt / quittiert ☐ ja ☐ nein Wärmetauscher geprüft ☐ ja ☐ nein Wärmetauscher gereinigt ☐ ja ☐ nein Kondensatwanne und Geräte-Innenraum gereinigt ☐ ja ☐ nein Kondensatablauf gereinigt ☐ ja ☐ nein Kondensatablauf geprüft (Siphon mit Wasser vorgefüllt, dichter Anschluss, einwandfreier Ablauf) ☐ ja ☐ nein				Sichtprüfung Luftkanäle (inkl. Anschlüsse / Lüftungseier) ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Zuluft-/Abluft-Ventile, Luftfein-/Auslässe offen und unbehindert ☐ ja ☐ nein Zuluft-/Abluft-Ventile, Luftfein-/Auslässe gereinigt ☐ ja ☐ nein Filter in Abluft-Ventilen gewechselt ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Überströmung von Zuluft- in Abluft-Räume gewährleistet (Türspalt oder Überlappungsgitter) ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein			
Prüfung sonstige Komponenten				Prüfung Einstellungen			
Filterbox gereinigt und Filter gewechselt ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Heizregister (☐ Elektr. ☐ Sole ☐ Wasser) gereinigt und geprüft ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Externer Bypass geprüft ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Externe Kondensatpumpe geprüft ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein				Einstellung Luftvolumenströme geprüft (plausibel/sinnvoll) ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Einstellung Filtermeldung geprüft ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Einstellung Bypass geprüft ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Einstellung für externes Gerät geprüft ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Feuerstätte vorhanden ☐ ja ☐ nein Feuerstätten-Sicherheitsfunktion aktiv (nur ZL 155.275.300.400 / Anzeige J ² im Display) ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein			
Prüfung elektrische Anschlüsse				Funktionsprüfung			
Anschlussklemmen Spannungsversorgung geprüft ☐ ja ☐ nein Anschlüsse Bedienschalter und Sensoren geprüft ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Anschluss sonstige Komponenten geprüft ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein				Funktion Lüftungsgerät geprüft ☐ ja ☐ nein Funktion Bedienelement(e) geprüft ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Funktion Sensor(en) geprüft ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Funktion externe Komponenten geprüft ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein Funktion externe Steuerung geprüft ☐ n.v. ☐ ja ☐ nein			
Bemerkungen				Protokoll enthält Wartungspunkte verschiedener Lüftungssysteme (n.v. = nicht vorhanden / nicht zutreffend). Ggf. mit Lüftungsanlage kombiniertes Wärmepumpensystem separat warten.			
_____ _____ _____				_____ _____ _____			

Ausführende Fachfirma (alternativ Stempel)		Wartungsergebnis	
Firma _____ KD-Techniker _____ Straße, Nr. _____ Land - PLZ, Ort _____ ☐ Tel. / ☐ Fax _____ E-Mail _____		☐ Wartung wurde erfolgreich durchgeführt ☐ Wartung wurde durchgeführt, Mängel im Feld Bemerkungen sind zu beseitigen Im Wartungsprotokoll vermerkte Mängel unverzüglich beseitigen bzw. beheben lassen, da diese die Herstellergarantie beeinflussen. Wartungsintervall: 1 Jahr Fälligkeit nächste Wartung: _____ Wartungsarbeiten spätestens innerhalb von 3 Monaten nach Fälligkeit durchführen und bestätigen.	
Stand 11/2011 • Dimplex Lüftung_Wartungsprotokoll_02_2012_extern.doc WEEE-Reg.-Nr. DE 26295273		Datum _____ e-Mail: 09221709566@dimplex.de www.dimplex.de Öffentlich freigegebenes Wartungsprotokoll	

Abb. 5.12 Muster eines Wartungsprotokolls der Firma ©Glen Dimplex Deutschland GmbH;
http://www.glendimplex.de/kundendienstportal/formulare/upload/dimplex_vorlage_wartungsprotokoll_lueftungsgeraet_1209-2012

W a r t u n g s n a c h w e i s		
Geprüft am hier Prüfplakette einkleben	Sachverständiger:	Nächste Prüfung hier Prüfplakette einkleben

Abb. 5.13 Muster eines Wartungsaufklebers an Anlagen

chende Software fertige Prüfprotokolle, die den Ansprüchen entsprechen. Es ist ratsam, neben dem Prüfprotokoll, auch am Prüfobjekt eine Kennzeichnung mit dem nächsten Prüftermin oder dem Datum der Prüfung anzubringen (Abb. 5.14).

5.6.4 Betriebsstunden und Zählerstände

- 93 Die Erfassung der Betriebsstunden und Zählerstände ist eine Voraussetzung für ein Nachhaltigkeits- und Energiemanagement. Die Daten sollten fortlaufend erfasst und analysiert werden. In der Regel werden Zählerstände durch Fernablesung oder während der Wartungstätigkeit erfasst. Die Ausnahme stellt die Einzelablesung dar.

Abb. 5.14 (rechts) Musterprüfprotokoll des ZVEH (Seite 1 von 4)

Prüfung elektrischer Anlagen
Prüfprotokoll[®] Nr.:



Kunden-Nr.: _____ Blatt _____ von _____		Auftrag-Nr.: _____																																																																																																																																																																																																																									
Auftraggeber (Kunde): [®] _____		Auftragnehmer: [®] _____																																																																																																																																																																																																																									
Anlage:																																																																																																																																																																																																																											
Prüfung [®] nach: DIN VDE 0100-600 ☐ DIN VDE 0105-100 ☐ DGUV Vorschrift 3 ☐ _____/_____. BetrSichV ☐ E-CHECK ☐																																																																																																																																																																																																																											
Neuanlage ☐ Erweiterung ☐ Änderung ☐ Instandsetzung ☐ Wiederholungsprüfung ☐																																																																																																																																																																																																																											
Beginn der Prüfung: _____ Uhrzeit: _____		Ende der Prüfung: _____ Uhrzeit: _____																																																																																																																																																																																																																									
Netz _____/_____. V Netzform: TN-C ☐ TN-S ☐ TN-C-S ☐ TT ☐ IT ☐																																																																																																																																																																																																																											
Netzbetreiber: _____																																																																																																																																																																																																																											
<table><tr><td>Besichtigen</td><td>i.O. ☐ n.i.O. ☐</td><td></td><td>i.O. ☐ n.i.O. ☐</td><td></td><td>i.O. ☐ n.i.O. ☐</td></tr><tr><td>Auswahl der Betriebsmittel</td><td>☐</td><td>Kennzeichnung Stromkreis, Betriebsmittel</td><td>☐</td><td>Zugänglichkeit</td><td>☐</td></tr><tr><td>Trenn- und Schaltgeräte</td><td>☐</td><td>Kennzeichnung N- und PE-Leiter</td><td>☐</td><td>Schutzpotenzialausgleich</td><td>☐</td></tr><tr><td>Brandabschottungen</td><td>☐</td><td>Leiterverbindungen</td><td>☐</td><td>Zus. örtl. Potenzialausgleich</td><td>☐</td></tr><tr><td>Gebäudesystemtechnik</td><td>☐</td><td>Schutz- und Überwachungseinrichtungen</td><td>☐</td><td>Dokumentation[®] siehe</td><td>☐</td></tr><tr><td>Kabel, Leitungen, Stromschienen</td><td>☐</td><td>Basisschutz (Schutz gegen direktes Berühren)</td><td>☐</td><td>Ergänzungsblätter</td><td>☐</td></tr></table>				Besichtigen	i.O. ☐ n.i.O. ☐		i.O. ☐ n.i.O. ☐		i.O. ☐ n.i.O. ☐	Auswahl der Betriebsmittel	☐	Kennzeichnung Stromkreis, Betriebsmittel	☐	Zugänglichkeit	☐	Trenn- und Schaltgeräte	☐	Kennzeichnung N- und PE-Leiter	☐	Schutzpotenzialausgleich	☐	Brandabschottungen	☐	Leiterverbindungen	☐	Zus. örtl. Potenzialausgleich	☐	Gebäudesystemtechnik	☐	Schutz- und Überwachungseinrichtungen	☐	Dokumentation [®] siehe	☐	Kabel, Leitungen, Stromschienen	☐	Basisschutz (Schutz gegen direktes Berühren)	☐	Ergänzungsblätter	☐																																																																																																																																																																																				
Besichtigen	i.O. ☐ n.i.O. ☐		i.O. ☐ n.i.O. ☐		i.O. ☐ n.i.O. ☐																																																																																																																																																																																																																						
Auswahl der Betriebsmittel	☐	Kennzeichnung Stromkreis, Betriebsmittel	☐	Zugänglichkeit	☐																																																																																																																																																																																																																						
Trenn- und Schaltgeräte	☐	Kennzeichnung N- und PE-Leiter	☐	Schutzpotenzialausgleich	☐																																																																																																																																																																																																																						
Brandabschottungen	☐	Leiterverbindungen	☐	Zus. örtl. Potenzialausgleich	☐																																																																																																																																																																																																																						
Gebäudesystemtechnik	☐	Schutz- und Überwachungseinrichtungen	☐	Dokumentation [®] siehe	☐																																																																																																																																																																																																																						
Kabel, Leitungen, Stromschienen	☐	Basisschutz (Schutz gegen direktes Berühren)	☐	Ergänzungsblätter	☐																																																																																																																																																																																																																						
<table><tr><td>Erproben</td><td>☐</td><td></td><td>☐</td><td></td><td>☐</td></tr><tr><td>Funktionsprüfung der Anlage</td><td>☐</td><td>Funktion der Schutz-, Sicherheits-, und Überwachungseinrichtungen</td><td>☐</td><td>Rechtsdrehfeld</td><td>☐</td></tr><tr><td>FI-Schutzschalter (RCD)</td><td>☐</td><td>Drehrichtung der Motoren</td><td>☐</td><td>Überprüfung Spannungsfall</td><td>☐</td></tr><tr><td></td><td>☐</td><td></td><td>☐</td><td>Gebäudesystemtechnik</td><td>☐</td></tr></table>				Erproben	☐		☐		☐	Funktionsprüfung der Anlage	☐	Funktion der Schutz-, Sicherheits-, und Überwachungseinrichtungen	☐	Rechtsdrehfeld	☐	FI-Schutzschalter (RCD)	☐	Drehrichtung der Motoren	☐	Überprüfung Spannungsfall	☐		☐		☐	Gebäudesystemtechnik	☐																																																																																																																																																																																																
Erproben	☐		☐		☐																																																																																																																																																																																																																						
Funktionsprüfung der Anlage	☐	Funktion der Schutz-, Sicherheits-, und Überwachungseinrichtungen	☐	Rechtsdrehfeld	☐																																																																																																																																																																																																																						
FI-Schutzschalter (RCD)	☐	Drehrichtung der Motoren	☐	Überprüfung Spannungsfall	☐																																																																																																																																																																																																																						
	☐		☐	Gebäudesystemtechnik	☐																																																																																																																																																																																																																						
Spannungsfall nachgewiesen [®] _____ %		Durchgängigkeit des Schutzleiters [®] $\leq 1 \Omega$ ☐																																																																																																																																																																																																																									
Erdungswiderstand: R_E _____ Ω																																																																																																																																																																																																																											
Durchgängigkeit Potenzialausgleich [®] ($\leq 1 \Omega$ nachgewiesen)																																																																																																																																																																																																																											
<table><tr><td>Fundamentender</td><td>☐</td><td>Hauptwasserleitung</td><td>☐</td><td>Heizungsanlage</td><td>☐</td><td>EDV-Anlage</td><td>☐</td><td>Antennenanlage/BK</td><td>☐</td></tr><tr><td>Haupterdungsschiene</td><td>☐</td><td>Hauptschutzleiter</td><td>☐</td><td>Klimaanlage</td><td>☐</td><td>Telefonanlage</td><td>☐</td><td>Gebäudekonstruktion</td><td>☐</td></tr><tr><td>Wasserzweischwächer</td><td>☐</td><td>Gasinnenleitung</td><td>☐</td><td>Aufzugsanlage</td><td>☐</td><td>Blitzschutzanlage</td><td>☐</td><td></td><td>☐</td></tr></table>				Fundamentender	☐	Hauptwasserleitung	☐	Heizungsanlage	☐	EDV-Anlage	☐	Antennenanlage/BK	☐	Haupterdungsschiene	☐	Hauptschutzleiter	☐	Klimaanlage	☐	Telefonanlage	☐	Gebäudekonstruktion	☐	Wasserzweischwächer	☐	Gasinnenleitung	☐	Aufzugsanlage	☐	Blitzschutzanlage	☐		☐																																																																																																																																																																																										
Fundamentender	☐	Hauptwasserleitung	☐	Heizungsanlage	☐	EDV-Anlage	☐	Antennenanlage/BK	☐																																																																																																																																																																																																																		
Haupterdungsschiene	☐	Hauptschutzleiter	☐	Klimaanlage	☐	Telefonanlage	☐	Gebäudekonstruktion	☐																																																																																																																																																																																																																		
Wasserzweischwächer	☐	Gasinnenleitung	☐	Aufzugsanlage	☐	Blitzschutzanlage	☐		☐																																																																																																																																																																																																																		
Verwendete Messgeräte nach VDE _____		Fabrikat: _____ Typ: _____																																																																																																																																																																																																																									
		Fabrikat: _____ Typ: _____																																																																																																																																																																																																																									
		Fabrikat: _____ Typ: _____																																																																																																																																																																																																																									
Messen Stromkreisverteiler Nr.:																																																																																																																																																																																																																											
<table><tr><th>Stromkreis</th><th>Leitung/Kabel</th><th>Überstrom-Schutzeinrichtung</th><th>R_{so} (MΩ)</th><th>Fehlerstrom-Schutzeinrichtung (RCD)</th><th>Fehlercode</th></tr><tr><th>Nr.</th><th>Zielbezeichnung</th><th>Typ</th><th>Leiter Anzahl Quers. (mm²)</th><th>Art Charakteristik</th><th>I_n (A)</th><th>Z_n (Ω) Z_L (Ω) $I_{\Delta n}$ (kA) $I_{\Delta L}$ (kA)</th><th>Verbraucher ohne mit</th><th>Typ</th><th>$2 \times I_{\Delta n}$ $4 \times I_{\Delta n}$ (A)</th><th>$I_{\Delta n}$ (mA)</th><th>I_{mess} (mA)</th><th>Ausl.-Zeit t_a (ms)</th><th>siehe auch ⑦</th></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td>x</td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr></table>				Stromkreis	Leitung/Kabel	Überstrom-Schutzeinrichtung	R_{so} (M Ω)	Fehlerstrom-Schutzeinrichtung (RCD)	Fehlercode	Nr.	Zielbezeichnung	Typ	Leiter Anzahl Quers. (mm ²)	Art Charakteristik	I_n (A)	Z_n (Ω) Z_L (Ω) $I_{\Delta n}$ (kA) $I_{\Delta L}$ (kA)	Verbraucher ohne mit	Typ	$2 \times I_{\Delta n}$ $4 \times I_{\Delta n}$ (A)	$I_{\Delta n}$ (mA)	I_{mess} (mA)	Ausl.-Zeit t_a (ms)	siehe auch ⑦				x														x														x														x														x														x														x														x														x														x														x														x														x														x										
Stromkreis	Leitung/Kabel	Überstrom-Schutzeinrichtung	R_{so} (M Ω)	Fehlerstrom-Schutzeinrichtung (RCD)	Fehlercode																																																																																																																																																																																																																						
Nr.	Zielbezeichnung	Typ	Leiter Anzahl Quers. (mm ²)	Art Charakteristik	I_n (A)	Z_n (Ω) Z_L (Ω) $I_{\Delta n}$ (kA) $I_{\Delta L}$ (kA)	Verbraucher ohne mit	Typ	$2 \times I_{\Delta n}$ $4 \times I_{\Delta n}$ (A)	$I_{\Delta n}$ (mA)	I_{mess} (mA)	Ausl.-Zeit t_a (ms)	siehe auch ⑦																																																																																																																																																																																																														
			x																																																																																																																																																																																																																								
			x																																																																																																																																																																																																																								
			x																																																																																																																																																																																																																								
			x																																																																																																																																																																																																																								
			x																																																																																																																																																																																																																								
			x																																																																																																																																																																																																																								
			x																																																																																																																																																																																																																								
			x																																																																																																																																																																																																																								
			x																																																																																																																																																																																																																								
			x																																																																																																																																																																																																																								
			x																																																																																																																																																																																																																								
			x																																																																																																																																																																																																																								
			x																																																																																																																																																																																																																								
			x																																																																																																																																																																																																																								
Prüfergebnis: keine Mängel festgestellt ☐ Mängel festgestellt ☐		Prüf-Plakette angebracht: Ja ☐ Nein ☐																																																																																																																																																																																																																									
Nächster Prüftermin: _____																																																																																																																																																																																																																											
Auftraggeber: [®] _____ Name _____		Prüfer: [®] _____ Name _____																																																																																																																																																																																																																									
oder Bbeauftragter des Auftraggebers Name _____																																																																																																																																																																																																																											
☐ Gemäß Übergabebericht vollständig übernommen		☐ Die elektrische Anlage entspricht den anerkannten Regeln der Elektrotechnik																																																																																																																																																																																																																									
☐ Zustandsbericht erhalten		☐ Die elektrische Anlage entspricht nicht den anerkannten Regeln der Elektrotechnik																																																																																																																																																																																																																									
Ort/Datum _____ Unterschrift _____		Ort/Datum _____ Unterschrift _____																																																																																																																																																																																																																									

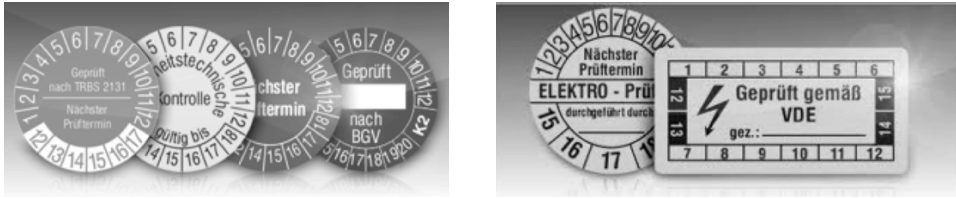


Abb. 5.15 Muster von Prüfaufklebern

5.6.5 Sachverständigenprüfungen und Protokollierungen¹²

- 94** Verordnung über die Prüfung technischer Anlagen und Einrichtungen in Gebäuden (Technische Prüfverordnung - TPrüfVO) *)

Vom 18. Dezember 2006 **)

Gesamtausgabe in der Gültigkeit vom 01.01.2007 bis 31.12.2012

§ 2 Prüfungen

(1) Durch bauaufsichtlich anerkannte Prüfsachverständige müssen auf ihre Wirksamkeit und Betriebssicherheit geprüft werden:

1. Lüftungsanlagen, ausgenommen solche, deren Leitungen nicht durch Decken oder Wände geführt sind, für die aus Gründen des Raumabschlusses eine Feuerwiderstandsfähigkeit vorgeschrieben ist,
2. CO-Warnanlagen,
3. Rauch- und Wärmeabzugsanlagen sowie maschinelle Anlagen zur Rauchfreihaltung von Rettungswegen,
4. selbsttätige Feuerlöschanlagen, wie Sprinkleranlagen, Sprühwasser-Löschanlagen und Wassernebel-Löschanlagen und nicht selbsttätige Feuerlöschanlagen mit nassen Steigleitungen und Druckerhöhungsanlagen einschließlich des Anschlusses an die Wasserversorgungsanlage,
5. Brandmelde- und Alarmierungsanlagen und
6. Sicherheitsstromversorgungen.

(2) Die Prüfungen nach Abs. 1 sind vor der ersten Inbetriebnahme der baulichen Anlagen, unverzüglich nach einer wesentlichen Änderung der technischen Anlagen oder Einrichtungen, sowie jeweils innerhalb einer Frist von drei Jahren (wiederkehrende Prüfungen) durchführen zu lassen. Die untere Bauaufsichtsbehörde kann im Einzelfall die wiederkehrende Prüffrist nach Satz 1 verkürzen oder weitere Prüfungen anordnen, wenn dies zur Gefahrenabwehr erforderlich ist.

(3) Die Bauherrschaft, die Betreiberin oder der Betreiber hat die Prüfungen nach Abs. 1 und 2 zu veranlassen, die für die Durchführung nötigen Vorrichtungen und fachlich geeigneten Arbeitskräfte bereitzustellen und die erforderlichen Unterlagen bereitzuhalten.

¹² Verordnung über die Prüfung technischer Anlagen und Einrichtungen in Gebäuden (Technische Prüfverordnung - TPrüfVO) *) vom 18. Dezember 2006.; Abbildung wie im Originaltext

- (4) Die Bauherrschaft, die Betreiberin oder der Betreiber hat die Berichte über die Prüfungen nach Abs. 1 und 2 mindestens sechs Jahre aufzubewahren und der unteren Bauaufsichtsbehörde auf Verlangen vorzulegen.
- (5) Die Prüfungen nach Abs. 1 und 2 sind nicht erforderlich, soweit amtliche Prüfungen oder Prüfungen aufgrund anderer Rechtsvorschriften an den technischen Anlagen und Einrichtungen durchgeführt werden, die die Feststellung ihrer Wirksamkeit und ihrer Betriebssicherheit einschließen.¹³

5.6.6 Risikobeurteilungen nach DIN EN ISO 14121-1

Auszug aus einem Beispiel (siehe Abb. 5.14) einer Risikobeurteilung für eine Kreissäge der Firma Umwelttechnik Bojahr erstellt von Armin Bojahr.

Auf Grundlage der Rechtsprechung zur Produkthaftung ist geregelt, dass jede ggf. auftretende Gefährdung ausreichend ermittelt und dargelegt werden muss. Dabei sollen unsichere Zustände erkannt und behoben werden. Somit ist es für jeden Immobilien und Anlagenbetreiber für seine Maschinen und Anlagen eine entsprechende Gefährdungsbeurteilung nach DIN EN ISO 14121-1 durchzuführen.

Umwelttechnik Bojahr

Risikobeurteilung			Maschine: Kreissäge			Schadensausmaß (S)			Wahrscheinlichkeit (W)			Datum:			
Betriebsart: Normalbetrieb			Teilsystem:			I Tod II schwerer bleibender Gesundheitsschaden III leichter bleibender Gesundheitsschaden IV heilbare Verletzung mit Arbeitsausfall V heilbare Verletzung ohne Arbeitsausfall			A häufig B gelegentlich C selten D unwahrscheinlich E praktisch unmöglich						
Nr.	Beschreibung der Betriebsart	Nr.	Gefahrensituation		Nr.	Ursache	Ereignis	Risiko		Schutz-Ziel	Nr.	Maßnahmen	Rest-risiko		Hin-weise
			Gefahr	Person im Gefahrenbereich				S	W				S	W	
1.	Profil auf Auflage auflegen	1.1	Schneiden durch rotierendes Sägeblatt	Hand oder Arm des Bedieners im Bereich des Sägeblattes	1.1.1	unerwarteter Anlauf nach Netzunterbruch und Kleidung des Mechanikers von Sägeblatt erfasst	Hand- und / oder Armverletzung								
					1.1.2	unerwarteter Anlauf nach Netzunterbruch und Mechaniker korrigiert die Lage des Profils	Hand- und / oder Armverletzung								

Abb. 5.16 Muster einer Risikobeurteilung der Firma Umwelttechnik Bojahr; http://www.u-t-b.de/de/pdf/Risikoanalyse_nach_der_Maschinenrichtlinie.pdf; Risikoanalyse und -bewertung nach der Maschinenrichtlinie vorgelegt von Umwelttechnik Bojahr, Armin Bojahr, Berg, Januar 2008

13 Quelle TPrüfVO Land Hessen, Fundstelle GVBl. I 2006, 745.

5.7 Überwachung der Leistungserbringung durch ein ausgewogenes Kennzahlensystem

5.7.1 Kurzbeschreibung

- 95 Für einen Abgleich ist ein ausgewogenes Kennzahlensystem für einen erfolgreichen Immobilienbetreiber unumgänglich. Wer nur einseitig mittels finanzieller Kennzahlen steuert, wird mittel- und langfristig keinen Erfolg haben. Kurzfristig besteht die Möglichkeit, seinen Erfolg u.a. durch die Reduzierung von Instandhaltungs- und Werterhaltungsmaßnahmen, einer geringeren Qualität, oder einen Vergabeerfolg durch Preisdumping zu erzielen. Dies kann und wird jedoch schnell zu Problemen führen, denn die Anforderungen der Kunden, die gesellschaftlichen Perspektiven, die Weiterentwicklung der Prozesse einschl. der Organisation und Innovationen bleiben auf der Strecke.

Anfang der 1990er Jahre wurde in einer US-amerikanischen Studie ein ausgewogenes Kennzahlensystem im Bezug auf „Leistungsmessungen in Unternehmen der Zukunft“ entwickelt. Die Balanced Scorecard war geboren.

Dieses Grundmodell der ausgewogenen Balanced Scorecard, umfasst mit seiner Finanzperspektive, der Kundenperspektive, der internen Prozessperspektive einschl. der Aufbau- und Ablauforganisation und mit seinen Mitarbeiterressourcen ein ausgewogenes Kennzahlensystem.

- 96 Die Vorteile der Balanced Scorecard zeigen sich bei ihrer praktischen Anwendung. Mittels Controlling und Leistungskennzahlen besteht die Möglichkeit erfolgreich zu steuern.

Diese 4 Unternehmensperspektiven stehen in einer Wechselbeziehung und haben einen Einfluss aufeinander.

Die aus den Steuerungs- und Leistungskennzahlen gewonnen Erkenntnisse, sollten im Einklang mit der Vision und Strategie des Unternehmens stehen. Nur wer langfristig seine Ziele im Blick hat, immer wieder auf Aktualität prüft und vor allem danach steuert, wird am Markt erfolgreich sein, bzw. seine Immobilien erfolgreich bewirtschaften. Dabei ist es genauso erforderlich eine qualitative und quantitative Überprüfung der eigenen und der Fremdleistungen vorzunehmen und kontinuierlich zu überwachen. Dabei ist ebenfalls wichtig, bereits bei der Vergabe von Fremdleistungen auf eine ausgewogene Verteilung zwischen finanziellen und qualitativen Zielstellungen zu achten.

Es gibt in der Auswahl und Bildung von Kennzahlen nur sehr wenige Veröffentlichungen u.a. der Verbände, Normungsorganisationen. Zu diesen gehören die DIN EN 15341¹⁴ „Instandhaltung – Wesentliche Leistungskennzahlen für die Instandhaltung“ und die DIN EN 17007¹⁵ „Instandhaltungsprozess und verbundene Leistungskennzahlen“ und die VDI 2893.

Dabei wird die VDI 2893, aus dem Jahr 2006, „Auswahl und Bildung von Kennzahlen für die Instandhaltung“ zu wenig beachtet. Darin wird unter dem Absatz 2.2 „Balanced Score Card und EFQM-Modell für die Instandhaltung“ dargelegt: Kennzahlen und Kennzahlensysteme sind zentraler Bestandteil eines Instandhaltungs-Controlling“.¹⁶

14 Aktuelle Ausgabe [DIN EN 15341 2007-06].

15 Aktuelle Ausgabe [DIN EN 17007 E 2016-07].

16 siehe [VDI 2893 2006-05], S. 6 Absatz 2.2.

KPIs			
Finanzen	Kunden	Prozesse	Mitarbeiter
Kosten/Erlöse	Mieterzufriedenheit Kundenbarometer	Verbesserungsvorschläge / durchschnittliche Überschreitungstage	Zufriedenheitsindex Fluktuationsrate
Effizienz			
Wertbeitrag	Zeitraum der Auftrags- abarbeitung	Verfügbarkeit technische Anlagen	Anzahl Weiterbildungs- tage
regelmäßiges Finanzfeedback			
Kosten / Erlöse	Mieterfluktuation	Soll-Ist-Abgleich der Aufträge und Termine	Krankheitstage
Nebenkostenkonditionen / nicht umgelegte	Auftragsdurchlaufzeit		Personalausfallzeiten
Betriebskosten	Störungsbearbeitung und Rückmeldung	Durchlaufzeit der Aufträge	pro Abteilung
Realisierungsquote (Budget Einhaltung)			

Abb. 5.17 Beispiele möglicher KPIs.

Im Monatsbericht enthaltene Kennzahlen			
Finanzen	Kunden	Prozesse	Mitarbeiter
Kosten/Erlöse	Verfügbarkeit techn. Anlagen z.B. RLT, Elektro, Aufzugs- und Fahranlagen	Verbesserungsvorschläge Stand / Neueingang bearbeitet / durchschnittliche Überschreitungstage / offene	Personalkennzahlen (z.B. Produktivität)
Effizienz			Krankenquote
Wertbeitrag	Störungsanzahl und deren zeitliche Abarbeitung		Qualifikationsmaßnahmen
regelmäßiges Finanzfeedback			
Kosten / Erlöse	Mieterbeschwerden	Soll-Ist-Abgleich der Aufträge und Termine	Personalausfallzeiten
Realisierungsquote (Budget Einhaltung)		Durchlaufzeit der Aufträge	Anzahl Arbeitsunfälle
Fremd / Leihpersonal nach AÜG			Ausfalltage durch Arbeitsunterbrechung

Abb. 5.18 Beispiele möglicher Monatsberichtskenzahlen.

5.7.2 Die vier wesentlichen Steuerungsgrößen der Balanced Scorecard

Aufbauend auf den vier wesentlichen Steuerungsgrößen der Balanced Scorecard (Finanzen, Kunde, Prozesse, und Innovation/Mitarbeiter), gibt es für Servicedienstleister, aber auch für den Immobilienbesitzer wesentliche Steuerungs- und Leistungskennzahlen, von denen hier einige exemplarisch aufgeführt sind. Dabei besteht die Möglichkeit noch zwischen KPIs (s. Abb. 5.17) und monatliche Kennzahlen (s. Abb. 5.18) zu unterscheiden.

5.7.3 Cockpitdarstellungen in 4 Dimensionen

Grundsätzlich haben sich Cockpit-Anzeigen bewährt. Durch die in der Regel heute eingesetzten Systeme werden eine Vielzahl von Kennzahlen, Auswertungen und Berichte zur

Finanzen		Kunden	
1	Ergebnisentwicklung unterjährig	10	Zufriedenheit:
2	Ergebnisentwicklung Hochrechnung		○ Kundenbefragung intern
3	Materialaufwand detailliert (Zeitverlauf)		○ Beschwerdeneingang
4	○ Ungeplante Instandhaltung		○ Nach Störticketbearbeitung
5	○ Regelleistung	11	Sachstand SLA
6	○ Sonderleistung	12	Erfüllungsgrad der Leistung
7	○ Projekthilfeleistung	13	Termintreue Regelleistung
8	Deckungsbeitrag auf Produktebene	14	Termintreue Störtickets
9	Produktivstunden je Mitarbeiter	15	Anlagenverfügbarkeit
Prozesse		Mitarbeiter-Entwicklung	
16	Statusbericht Regelstandhaltung	23	Zeitkonten (Gleitzeit, Überstunden, Verfügungstage (Schicht))
17	Störfalltickets (Mengenbetrachtung)	24	Abwesenheit; Fehlzeitenquote
18	Kundenanforderung (Anzahl und Status; Volumen: Material+Personal)	25	Urlaubsstatistik
19	Produktverwendung (am wenigsten/meisten)	26	Mitarbeiter / Mengenbetrachtung + Fremdleistung
20	Stundenverwendungsgrafik	27	Externe Schulungen
21	Termingerechnet Auftragserledigung	28	Interne Schulungen (Ausfallzeit und absolute/Zeit je Mitarbeiter)
22	Auftragsdurchlaufzeit	29	Krankenquote

Abb. 5.19 Beispiel für die Inhalte in einer Cockpitdarstellung in dem die 4 Dimensionen dargestellt sind und in einer tiefer gehenden Einzelbetrachtung weiter ausgebaut werden können (die Kennzahl ist frei vergeben)

Verfügung gestellt. Nur welcher helfen wirklich weiter? Ein altes Sprichwort sagt: „Viel hilft nicht immer viel“. Genau so ist es. Im Cockpit sollten die Kennzahlen angezeigt werden, an denen auf dem ersten Blick die wesentlichen Indikatoren und Steuerungsgrößen erkannt werden können. Wichtig sind dabei die Kennzahlen, die auf der einen Seite die eigenen Unternehmensziele aufzeigen, jedoch die Mitarbeiter und Endkunden genauso berücksichtigen (vgl. Abb. 5.19). Nur ein ausgewogenes Verhältnis, zwischen diesen durchaus auch konkurrierenden Zielen, schafft einen langfristigen Erfolg.

Dafür gibt es eine Vielzahl von Beispielen. Nicht nur die Servicedienstleister haben die Balanced Scorecard für sich entdeckt.

Auch die Wohnungs- und Immobilienwirtschaft nutzt dieses Instrument immer häufiger. Ein Vergleich der Controlling und Leistungskennzahlen von Serviceunternehmen und denen eines Immobilienbesitzers, wie z.B. die Kennzahlen aus einem Benchmark der Wohnungswirtschaft (vgl. Abb. 5.20), lässt sehr schnell den Rückschluss zu, dass nur wenn die Serviceunternehmen erfolgreich und kundenorientiert arbeiten, auch der Immobilienbesitzer in der Regel erfolgreich ist und gegenüber seiner Konkurrenten einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil haben.

- 99 Für die Wichtigkeit von ausgewogenen Steuerungs- und Controlling-Instrumenten ist die VDI 2893¹⁷ aus dem Jahr 2006 „Auswahl und Bildung von Kennzahlen für die Instandhal-

17 [VDI 2893 2006-05].

	Ziele	Indikatoren	Messzahlen
Finanzwirtschaftliche Perspektive	Verbesserung der Rentabilität	Gesamtkapitalrentabilität Return on Investment Cash-flow	- Jahresüberschuss/-fehlbetrag + Fremdkapitalzinsen / Bilanzsumme - Jahresüberschuss/-fehlbetrag / Bilanzsumme - Jahresüberschuss/-fehlbetrag / AB-/Zuschreibungen auf Gegenständen des Anlagevermögens + Veränderung der Rückstellungen für Pensionen bzw. anderer langfristiger Rückstellungen + Veränderung des Sonderpostens mit Rücklagenanteil + andere nicht zahlungswirksame Aufwendungen und Erträge von wesentlicher Bedeutung + Bereinigung ungewöhnlicher zahlungswirksamer Aufwendungen/Erträge von wesentlicher Bedeutung - Jahresüberschuss/-fehlbetrag / Eigenkapital
	Verbesserung der Kapitalstruktur	Verschuldungsgrad Dynamischer Verschuldungsgrad	- Fremdkapital / Eigenkapital - Langfristiges Fremdkapital / Cash flow
	Verbesserung der Vermögensstruktur	Anlagenintensität	- Anlagevermögen / Bilanzsumme
	Ausgeprägte Kundenzufriedenheit	Beschwerden, Beanstandungen	- Anzahl der Beschwerden und Beanstandungen je 1.000 WE
Kundenperspektive	Hohe Kundenbindung	Leerstände Fluktuation	- Anzahl leerstehender WE / Gesamtzahl WE - Anzahl Mieterkündigungen / Gesamtzahl WE
	Kundengerechtes Preis- / Leistungsverhältnis	Mietkosten Betriebskosten Heizkosten	- Ortsübliche Miete für den Bestand / Bruttokaltmiete für den Bestand - Betriebskosten / Fläche aller WE - Heizkosten / Fläche aller WE
	Positives Image	Unternehmensimage	- Befragungen und Befragungsrhythmus
	Beanstandserhaltung und -verbesserung	Modernisierungs- und Instandhaltungsinvestitionen Sicherung von Investitionsspielräumen	- Betriebsergebnis + Instandhaltungskosten + Sonderabschreibungen / Fläche aller WE - Zins + Tilgung / Nettokaltmiete < 0,5
Interne Prozessperspektive	Kundennahe Organisationsstrukturen	Dezentralität Erreichbarkeit Service-Kompetenz	- Mieter pro Verwaltungseinheit - Öffnungs- und Ansprechzeiten (telefonisch, persönlich, Call Center) - Anzahl der Ansprechpartner für verschiedene Belange
	Optimierung der Geschäftsprozesse	Termineinhaltung Verwaltungsaufwand Qualitätsmanagement	- Zeitvorgaben für Reparaturen - Verwaltungskosten / qm - QS-System und ISO 9000 Zertifizierung
		Managementsysteme	- Hierarchieebenen - Projektorientierung / Teamarbeit / Zielvereinbarungen
	Lean Management		
Innovationsperspektive	Mitarbeiterzufriedenheit	Personalfuktuation Betriebszugehörigkeit Anreizsysteme und Aufstiegsmöglichkeiten	- Personalbestandsänderungen - Durchschnittliche Anzahl der Jahre im Unternehmen - Arten der Anreizsysteme
	Mitarbeiterproduktivität	Mitarbeiterumsatz Bildungsinvestitionen Weiterbildungsmaßnahmen	- Umsatz pro Stelle - Summe pro Mitarbeiter - Anzahl pro Jahr und Mitarbeiter
	Integration neuer Informationssysteme	Technologische Vernetzung der Mitarbeiter Nutzung des Internets	- Internet- und Intranetanschlüsse, Telematik und Gebäude - Arten der Nutzung
	Komplementäre Geschäftsfelder	Komplementäre wohnbegleitende Dienstleistungen	- Aufzählung verschiedener Dienstleistungen

Abb. 5.20 Benchmarking für die Wohnungs- und Immobilienwirtschaft – Entwicklung einer Balanced Scorecard¹⁸

tung“ eine gute Orientierung. Es ist erstaunlich, wie wenig diese kennen und nutzen. Auch die Verbände sind in dieser Angelegenheit gefordert.

Mit den vier Dimensionen und den richtigen Kennzahlen ist jeder der am Prozess Beteiligte in der Lage schnell, effizient und zielgerichtet auf Situationen zu reagieren.

Die verwendeten Berichtsvarianten erleichtern es den Servicedienstleister seine Produktion zu steuern und dem Immobilienbesitzer seine Beauftragungen und Leistungen zu kontrollieren und in seine eigene Betrachtung zu integrieren. Dies ist somit eine Win-Win-Situation.

Ein guter Servicedienstleister befindet sich zur Zeit, wie viele in seiner Branche in einer Neuorientierung und Ausrichtung. Es reicht heutzutage nicht mehr, ein guter Servicedienstleister zu sein, der seine Aufträge abarbeitet, sondern er muss sich vom Betreiber zum Manager von Immobilien entwickeln. Nur wer seinen Auftraggeber mit seinen Leistungen entlastet, für ihn einen Mehrwert generiert und damit sein Leistungsversprechen vollumfänglich sicherstellt, wird mit seinem Auftraggeber eine langfristige Verbindung eingehen.

Wenn man die einzelnen der vier Perspektiven näher betrachtet, ergeben sich eine hohe Anzahl von Möglichkeiten diese für seine Zwecke zu nutzen und somit für sein Unternehmen, für seine Kunden und für den Dienstleister erfolversprechend zu sein.

18 [IZT WerkstattBericht Nr. 53], S. 40 Abb. 16

Ziel muss es sein, mit dieser Vorgehensweise die Anforderungen, die die verschiedenen Perspektiven an die Controlling und Leistungskennzahlen stellen, erfolgreich für sich zu nutzen.

Balanced Scorecard im Technischen Controlling

Jedoch was sollte in den vier Quadranten und somit in der Finanzperspektive, der Kundenperspektive, der Prozessperspektive und der Lern- und Entwicklungsperspektive berücksichtigt werden? Zu den gesellschaftlich wichtigsten Aufgaben gehört ein ressourcenschonender Betrieb aller Gebäude und Anlagen. Die umweltpolitischen Forderungen und Notwendigkeiten, die Life Circle Kosten optimal zu gestalten, erfordern neue Wege. Der Aufbau einer gerichtsfesten Struktur, die Sicherstellung der Betreiberverantwortung und der Verkehrssicherungspflicht, verschärft durch einen immer höheren Technologisierungsgrad, erhöhen die Anforderungen an einen qualitativ hochwertigen Servicedienstleister, aber auch an den Bestandshalter. Der Kunde oder Nutzer erwartet zu Recht sichere und kostenoptimierte Infrastruktureinrichtungen, die den energiepolitischen Anforderungen entsprechen. Die Immobilien sind heutzutage ein großer Wachstumsmarkt mit hohen Umsätzen und Potentialen. Der Klimawandel geht alle an und nur wenn alle gemeinsam an die Zielen arbeiten, können die ambitionierten Ziele erreicht werden. Klare Verantwortungen, Leistungsversprechen gegenüber den Bürgern und Transparenz in allen Belangen gehören dazu.

5.7.3.1 Kundenperspektive

- 101** Der Eigentümer, Kunde oder Nutzer erwartet zu Recht die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit aller technischen Anlagen. Aus der Kunden- und Gesellschaftsperspektive erwartet somit der Mieter und Bürger verfügbare Infrastruktureinrichtungen, barrierefreie Zugänge und hat den Anspruch, durch möglichst keine Störfälle nachhaltig beeinträchtigt zu werden. Es besteht der Wunsch termingerechte Wartungen, einhergehend mit einer hohen Verfügbarkeit und Qualität der technischen Anlagen und optimalen Kosten, zu erhalten. Wie soll dies kontrolliert werden und wie kann ein gemeinsames objektives Messsystem vereinbart werden und was sollte enthalten sein?

Um die Kundenperspektive abzudecken, sind u.a. Kennzahlen zur Marktpositionierung, der Erfassung und Darstellung der Kundenzufriedenheit, die Reklamations- oder Beschwerdequote, Reaktionszeiten, Termintreue und vor allen die Verfügbarkeits- oder Ausfallraten zu verwenden. Entsprechend der eigenen Vision und der dazugehörigen Strategie sind die für sein Unternehmen optimalsten Kennzahlen auszuwählen und in der Balanced Scorecard im Quadranten Kundenperspektive einzuarbeiten. Dabei ist oft weniger mehr. In der Erstellung der Balanced Scorecard ist darauf zu achten, dass darin nur die Kennzahlen verwendet werden, die einen direkten Einfluss auf die Kunden und Nutzer haben und mit denen auch eine echte Steuerung möglich ist, Diese sollten somit nicht nur rein Informativ sein. Nur die Gesamtheit aller Kennzahlen und Quadranten ermöglicht die umfassende Nutzung dieses Kennzahlensystems zur Erreichung seiner Vision und der Ziele. Um diese Vision nicht aus den Augen zu verlieren gehört besondere Aufmerksamkeit dem Quadranten „Finanz- oder Kostenperspektive“.

5.7.3.2 Finanzperspektive

Gerade die Finanzperspektive zeigt mit seinen Kennzahlen den finanziellen Erfolg, den Aufwand der Instandhaltung, aber auch die realisierten Erfolge durch Energiemanagementmaßnahmen für sein Unternehmen. Somit kann festgehalten werden, dass diese Kennzahlen möglichst alle Geschäfts- und Managementleistungen enthalten sollten. Ziel ist es damit, einen umfassenden Gesamtüberblick zu den gesellschaftspolitischen und wirtschaftlichen und somit auch monetären Entwicklungen des Unternehmens und/oder der ausgeführten Service- und Instandhaltungsleistungen zu geben.

Ein Unternehmen kann nur langfristig überleben, wenn es wirtschaftlich erfolgreich ist und langfristig positive Betriebsergebnisse erzielt. Somit sind aus meiner Sicht die finanziellen Ziele im System der Balanced Scorecard die führenden Kennzahlen, auf die alle anderen unterstützend einwirken sollten

Damit zählt die Finanzperspektive der Balanced Scorecard auf zwei Ziele ein. Auf der einen Seite ist es die finanzielle Leistung, die in der Strategie als Zielsetzung erarbeitet wurde und andererseits dient sie gleichzeitig als Zielsetzung für die anderen Perspektiven. Die Finanzperspektive ist für mich immer der Quadrant der Balanced Scorecard mit dem der Ersteller bei der Erarbeitung der Unternehmensstrategie beginnen sollte.

In der Abb. 5.19 sind einige Kennzahlen für die Finanzsicht aufgeführt. Jedes Unternehmen sollte die Kennzahlen permanent überprüfen und seine Hauptfinanzkennzahlen sinnvoll nutzen. Der Return on Capital Employed (ROCE), die eigene und die Kostenbelastung für den Kunden gehören aus meiner Sicht genau wie Umsatzwachstum und Produktivitätssteigerung bei gleichzeitiger Kostensenkung zu den wesentlichsten Finanzkennzahlen. Die Mitarbeiterkennzahlen wie Krankenquote, Fehlzeitenindex und Innovationen die zur Kostensenkung beitragen, tragen nicht unerheblich zu einer positiven Entwicklung der Finanzkennzahlen bei.

Um die Finanzkennzahlen permanent zu überprüfen, ist ein Controlling der FM-Aufgaben notwendig und sollte im Cockpit präsent sein.

Die wesentliche Aufgabe des Controllings von FM-Aufgaben und der festgelegten Kennzahlen liegt in der Überprüfung der Arbeitsstände im Facility Management. Nur wer die beauftragten Leistungen (inkl. aller technischer und gesetzlicher Anforderungen) vollumfänglich kennt und diese in einer Jahreswartungsplanung (Abb. 5.21) terminlich vordisponiert wurden, kann den Sollstand dem Arbeitstand gegenüber stellen.

Die termingerechte Leistungserbringung innerhalb der Regelinstandhaltung ist wie in Abb. 5.22 zu kontrollieren. Eine Verzögerung der Leistungserbringung als Steuerungsinstrument zur Kostenreduzierung ist bei einigen Dienstleistern ein gern genutztes Instrument. Durch mehrfache Terminüberschreitungen kann sehr schnell ein Termin übersprungen werden und die Produktionskosten reduzieren, da diese ausgefallene Regelinstandhaltung nicht nachgeholt werden kann. Aus diesem Grund sollte nicht nur die Durchführungquote kontrolliert werden, sondern auch die entsprechend der Jahreswartungsplanung vordisponierten Termine.

Dabei wird in Arbeitsüberwachung und Auftragssicherung unterschieden. Wesentliche Steuerungsinstrumente für die Auftragsüberwachung sind die Fortschrittskontrolle, die Bereitstellungsüberwachung, die Datenerfassung und die Kosten/Budgetkontrolle,

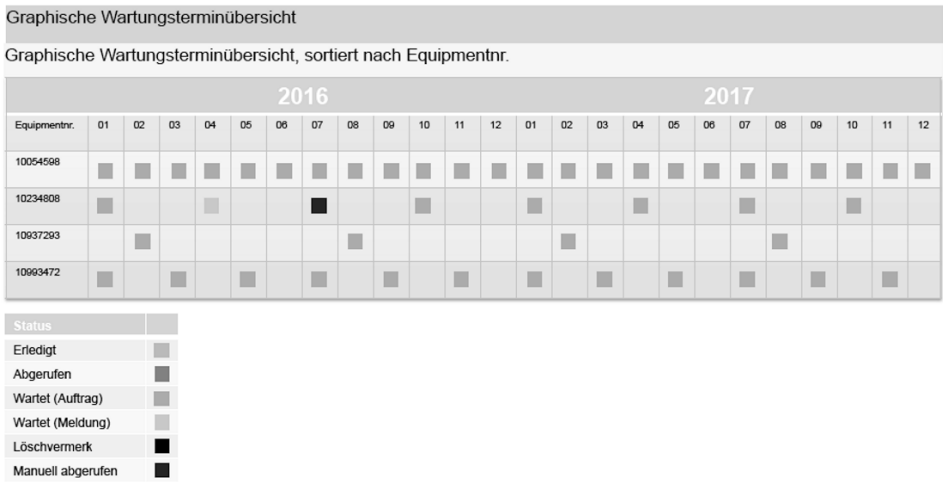


Abb. 5.21 SAP Graphische Wartungsterminübersicht

verbunden mit ggf. notwendigen Nachkalkulationen. Weiterhin ist eine Kontrolle zu Auftragssicherung unumgänglich. Mit dieser Kontrolle werden vor allem die Soll-Ist-Abweichungen und die Dokumentation überwacht und bei Erfordernis korrigiert. Die verfügbaren IT-FM-Softwarelösungen unterstützen in der Regel mit entsprechenden Listen oder graphisch aufbereiteten Auswertungen (s. Abb. 5.23) die Kontrolle der FM-Anforderungen.

Bei den Instandhaltungsleistungen ist es zielführend sich auf seine und für die Kunden wichtige Geschäftsprozesse zu konzentrieren und die entsprechenden Prozesskennzahlen zu entwickeln.

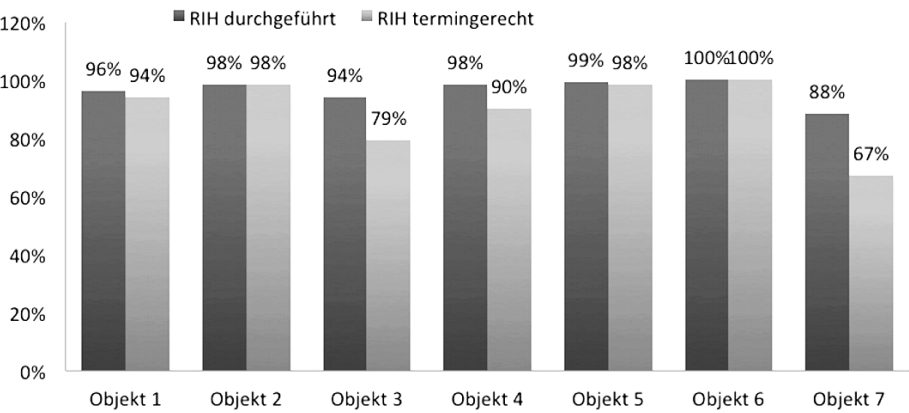


Abb. 5.22 Durchführungsquote und Terminüberwachung der Regelinstandhaltung (RIH)

	Kennzahl	Bildung	grün	gelb	rot
1.	Durchführungsquote	Anzahl der Aufträge mit Status „durchgeführt“ / Anzahl zurückgemeldeter Aufträge	≥95 %	<95 % ≥90 %	<90 %
2.	Wartungsplanquote	Anzahl Equipments mit Wartungsplan / Anzahl relevanter Equipments	≥98 %	<98 % ≥95 %	<95 %
3.	Dispositionsquote	Anzahl disponierter Aufträge / Anzahl fälliger Aufträge	≥98 %	<98 % ≥95 %	<95 %
4.	Soll/Ist-Vergleich durchgeführter Prüfungen	Vergleich der absoluten Zahlen			
5.	Anzahl offener Mängel im SAP PM nach Mängelpriorität	Anzahl der offenen Mängel je Priorität			
6.	Anlagenverfügbarkeit	Verfügbarkeit = 100 % - Ausfallzeiten in %	≥98 %	<98 % ≥95 %	<95 %
7.	Mangel-Kennntnisnahme im SAP PM für Mängel älter als 3 Tage	Anzahl Meldungen mit Status ≠ offen / Anzahl aller Meldungen	≥98 %	<98 % ≥95 %	<95 %

Abb. 5.23 Übersicht der Kennzahlen für die Aufträge inklusive Bildungsformel und Ampelschaltungen

Dabei ist aus der externen Sicht des Kunden die Instandhaltung im Vordergrund, jedoch steht in der internen Sicht die Betrachtung des Produktionsbereiches im Fokus. Um den größtmöglichen Einfluss auf die Unternehmensziele nehmen zu können, ist die Identifikation und Sicherstellung der Instandhaltungsziele mit der größten Wirkung somit unumgänglich.

In der nachfolgenden Abbildung sind einige Produktionskennzahlen aufgezeigt, die einen Einfluss auf die Finanzperspektive haben. Am Beispiel der Abwicklung von Aufträgen sind einige exemplarische in der Praxis erprobte Kennzahlen, deren Bildung und einer möglichen Ampellogik dargestellt.

Eine andere Möglichkeit ergibt sich zur Orientierung und Steuerung in den einzelnen Fachbereichen durch die Nutzung verschiedener Dashboards. Diese ermöglichen bei einer zielgerichteten Nutzung das Erkennen von Abweichungen und das Initiieren von notwendigen Steuerungs- und Kontrollaktivitäten.

Diese können gerade für die Prozessperspektive einen hohen Nutzen und eine erhebliche Erleichterung darstellen.

5.7.3.3 Prozessperspektive

Wesentlich für ein erfolgreiches Unternehmen und eine Optimierung der Prozesse ist eine schlanke Ablauforganisation mit einer hohen Mitarbeiterproduktivität. Umso komplexer und ineffizienter die Aufbau- und Ablauforganisation ist, umso komplexer werden die Prozesse. Verlorene Vergabeverfahren, ineffiziente Workflowprozesse, dazu notwendige komplexe Analyse und Bewertungsmethoden und vor allem unmotivierte Mitarbeiter begleiten in der Regel diese Organisationen. Je mehr Bearbeitungsinstanzen am Prozess beteiligt sind, umso höher sind die Steuerungs- und Koordinierungsaufwände. Dabei kann die Anwendung der Lean Methodik zur Optimierung der Hierarchieebenen und

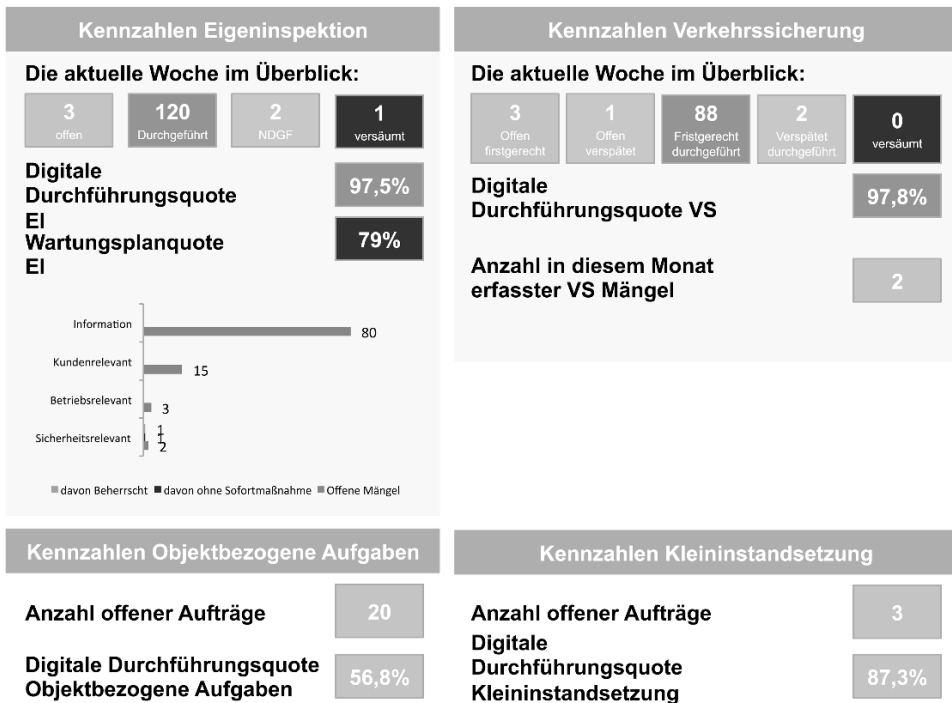


Abb. 5.24 Kennzahlendarstellung zur Überwachung der Eigeninspektion und daraus notwendiger Kleininstandsetzungen

die Ernennung und das Dokumentieren von Prozessverantwortlichem für die Eigen- und Fremdleistung ein sehr gutes Managementinstrument sein. Dabei ist eine kundennahe Organisationsstruktur mit hoher Servicekompetenz sehr wichtig. Neben den wirtschaftlichen Gesichtspunkten sollten für die dritte der vier Perspektiven weitere typische technische Kennzahlen, wie die Anlagenverfügbarkeit, die Durchführungsquote, die Erfassung und Verfolgung von Mängel, die Terminüberwachung, aber auch Produktivitätskennziffern, wie z.B. der Deckungsbeitrag pro Mitarbeiter zum Einsatz kommen. Die Optimierung zu einer kostenoptimierten Materialwirtschaft gehört genau so dazu, wie die Lieferantenbeurteilungen und -reklamationen, Durchlaufzeiten der Aufträge, um nur einige zu nennen. In der Abb. 5.21 und Abb. 5.23 sind mögliche Kennzahlen abgebildet, die hinter einer Cockpitübersicht, als weiterführende Dashboards mit Kennzahlen, wie Mängelverfolgung, Durchführungs- und Erfüllungsquoten, oder offene Aufträge dargestellt werden können.

Ziel ist es, für jeden der Bedarfsträger ein grundsätzlich standardisiertes Kennzahlensystem auf Basis der Balanced Scorecard zu entwickeln. Dabei ist zu beachten, dass seine persönlichen, aber auch die Anforderungen an sein Aufgabengebiet abdeckt werden.

Ich kann jedem raten, sich bei der Erarbeitung der Prozessperspektive dafür zu entscheiden, Prozesse als Steuerungsinstrument zu entwickeln, die die eigenen finanziellen Ziele, aber auch die Kunden- und Nutzerinteressen optimal bedienen und mit denen man die Unternehmensstrategie und die Anforderungen erfassen und steuern kann.

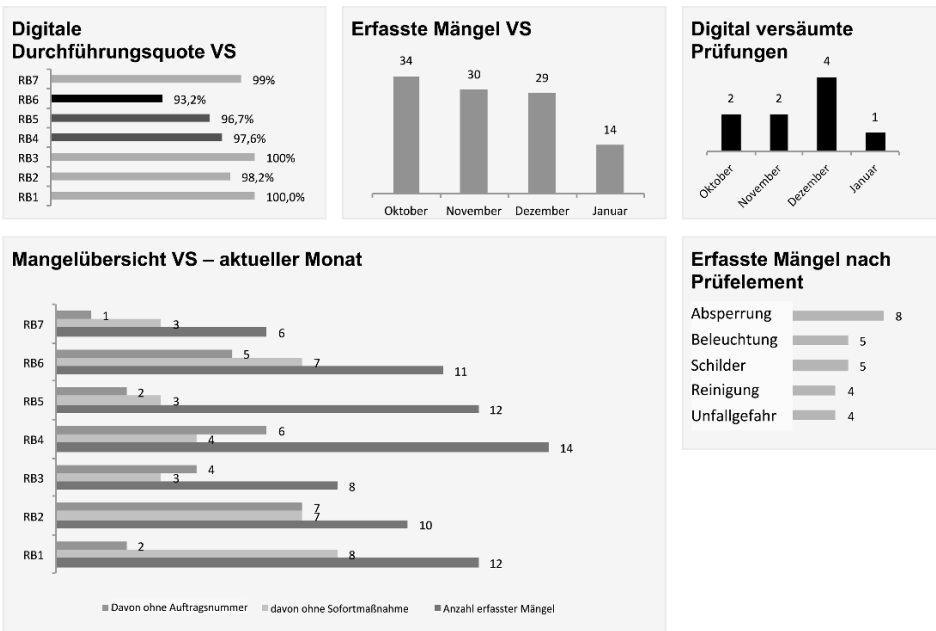


Abb. 5.25 Dashboard Einstiegsseite Fachbereich zur Überwachung von Mängeln bei einer Eigeninspektion (fiktive Zahlen)

5.7.3.4 Mitarbeiterperspektive, Lern- und Entwicklungsperspektive

Die Mitarbeiterperspektive wird oft unterschätzt. Zufriedene und motivierte Mitarbeiter sind deutlich produktiver, weniger krank und deutlich innovativer. Um die Entwicklung der Lern- und Entwicklungsperspektive richtig einzuordnen, ist es notwendig, Kennzahlen zu entwickeln, die die Weiterentwicklung der Mitarbeiter und des Unternehmens erfasst und somit messbar gemacht werden. Die Messung der Mitarbeiterzufriedenheit, die Mitarbeiterproduktivität, die Krankenquote, die Steigerung der Anzahl der Verbesserungsvorschläge, die Kosten der Weiterbildung pro Mitarbeiter, die Jahre der Betriebszugehörigkeit, die Fluktuationsquote, oder der Umsatz pro Mitarbeiter sind einige wichtige Kennzahlen für die Balanced Scorecard, die bereits sehr viele Firmen nutzen und die sich in der Praxis bewährt haben. Mit all diesen Kennzahlen können Sie das Betriebsklima bewerten und entsprechend darauf Einfluss nehmen. Eine hohe Mitarbeitermotivation wirkt sich in der Regel positiv auf die gesamte Leistungsfähigkeit des Unternehmens aus.

Somit betrachtet die Mitarbeiterperspektive aus der Sicht des Facility Managements, die wichtigste Ressource für die Instandhaltung, den eigenen Mitarbeiter. Wenn der motiviert ist, wird er seine Fähigkeiten und sein Wissen und seine Innovationsfähigkeit zum Wohle des Unternehmens einbringen. Gleichzeitig wird mit der Mitarbeiterperspektive auf die derzeitige und zukünftige Performance des Facility Managements im Unternehmen mit geeigneten Kennzahlen Einfluss genommen.

Kennzahlen sind zur Steuerung ein Muss – mit der Balanced Scorecard wird dies noch besser gelingen.

Mit den, in einer Ursache-Wirkungs-Beziehung stehenden vier Perspektiven der Balanced Scorecard, besteht somit die Möglichkeit, am konkreten Beispiel, Einfluss auf die verschiedenen Geschäftsprozesse und somit auf das Unternehmensergebnis zu nehmen. Viele Beispiele belegen diese Notwendigkeit und die Möglichkeiten und Erkenntnisse, die bei der richtigen Anwendung der Balanced Scorecard entstehen.

Auf eins dieser Beispiele wird im Anschluss eingegangen.

5.7.4 Notwendigkeit der Kontrolle vor Ort

- 105 Bei einer Überprüfung der Fremdleistung anhand des Wartungsplanes (Abb. 5.26) wurden Inplausibilitäten sichtbar und dabei wurde abweichend zur der Fertigmeldung des Unternehmens, ein veralteter Wartungsaufkleber erkennbar. Daraufhin sollte sehr kurzfristig eine Begehung mit dem Serviceerbringer stattfinden. Bei der Begehung wurde sichtbar, dass ein Wartungsaufkleber der per Hand korrigiert wurde, was am Tag davor definitiv so noch nicht vorhanden war.

Nach dem die Anlagen einer Sichtprüfung unterzogen wurden, wurde sofort dem Geschäftsführer der Fachfirma angezeigt, dass erhebliche Zweifel bestehen, dass hier eine Wartung durchgeführt wurde. In Folge wurde ein sofortiger Vororttermin vereinbart. Bei diesem Termin wurde der schlechte Zustand der Anlagen, und die Sauberkeit bemängelt. Auf Grund dieser Sachverhalte wurde eine tiefgründigere Untersuchung durchgeführt.

Dabei wurde auch das Öffnen eines Volumenstromreglers veranlasst und in diesem Zusammenhang wurde erst das richtige Ausmaß erkannt (Abb. 5.27). Es wurde seit sehr langer Zeit keine Innenreinigung der Volumenstromboxen vorgenommen und es war die Funktionsfähigkeit bei dem Anlagenzustand nicht mehr gegeben. Ungeregelte Volumenströme und eine ineffiziente Betriebsführung der RLT war die Folge. Die Anlagensicherheit war zum Teil nicht gegeben, da u.a. Potentialausgleichsleitungen nicht angeschlossen waren (Abb. 5.28).

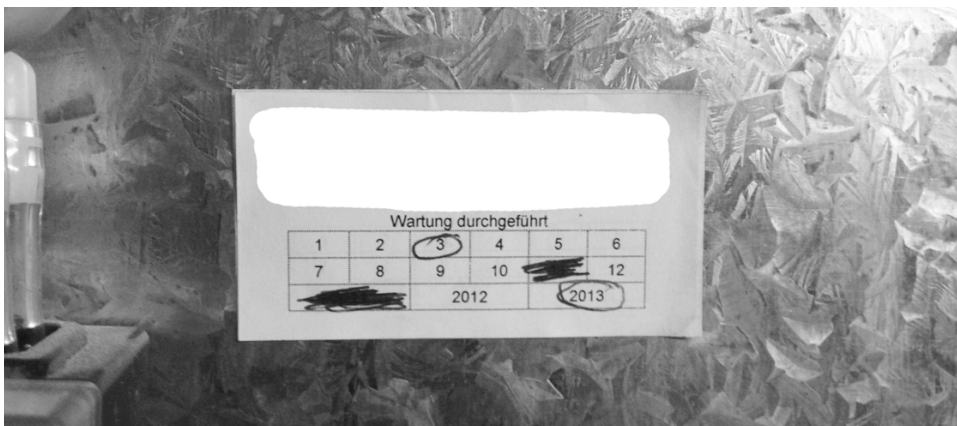


Abb. 5.26 Vorgefundener korrigierter Wartungsaufkleber (Quelle: eigenes Foto)



Abb. 5.27 Vorgefundener Zustand der Anlagen (Quelle: eigenes Foto)



Abb. 5.28 Nicht funktionsfähiger Potentialausgleich (Quelle: eigenes Foto)

Weitere erhebliche Wartungsmängel wurden erkannt, die eine ordnungsgemäße Betriebsführung der Anlage ausschließen. Allein durch den Allgemeinzustand der Anlagen und Technikräume konnte die fehlende Qualität und die weitestgehend fehlende Erfüllung der vereinbarten Leistung in Frage gestellt werden. Durch diese Minderleistung und die zweifelhafte Optimierung der Leistungserbringung zu Lasten des Auftraggebers war das bisherige Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört. Mittels der Terminüberwachung und funktionierender Prozesse konnte dieser Sachverhalt erkannt und korrigiert werden. Der Geschäftsführer wurde angewiesen, alle in dem Jahr fälligen Wartungen vollständig auf seine Kosten zu wiederholen und einzeln abnehmen zu lassen. Der verantwortliche Mitarbeiter der seitens der Wartungsfirma, diese unlautere Vorgehensweise verantwortet hat, arbeitet nicht mehr für dieses Unternehmen. Die Aussprache zwischen Geschäftsführer und dem verantwortlichen Mitarbeiter vor Ort, hatte man noch mindestens drei Räume weiter gehört. Damit hat sich das alte Sprichwort bewährt „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist Besser“.

5.7.5 Übergeordnete Sicht auf die 4 Perspektiven mittels eines Cockpits

- 105** Auf Basis der vielen Gründe sind also umfassende Kennzahlen zur Steuerung ein Muss und mit der Balanced Scorecard noch viel besser. Möglichkeiten gibt es viele und es kann nur dazu animiert werden, diese zu nutzen. Mittels einer Cockpitdarstellung kann sich sofort ein Überblick zu den wesentlichsten Steuerungsgrößen verschafft werden.

Eine übergeordnete Sicht der wichtigsten Kennzahlen dieser 4 Perspektiven, können wie in der Abb. 5.29 dargestellt wurde, die Steuerung erheblich vereinfachen und allgemeinverständliche Kennzahlen direkt aufzeigen.

Die vorgezeigten Ausführungen und Beispiele können nur einen Auszug der Möglichkeiten sein. Jedoch mittels einer Balanced Scorecard ist jedes Unternehmen in der Lage, bei einer richtigen Anwendung und einer guten Geschäftsidee erfolgreich am Markt zu sein und sich stetig weiter zu entwickeln. Keiner sollte sich grundsätzlich der Illusion hingeben, dass mit der einmaligen Erstellung die Arbeit getan ist. Genau wie sich die Wirtschaft und die Interessen der Eigentümer, Mieter und Nutzer weiterentwickeln, muss immer weiter an der Vervollkommenung der Steuerungsmöglichkeiten gearbeitet werden. Nur wer sich weiterentwickelt wird langfristig am Markt erfolgreich sein und nur wer seinen Erfolg kontrolliert weiß wie erfolgreich er wirklich ist.

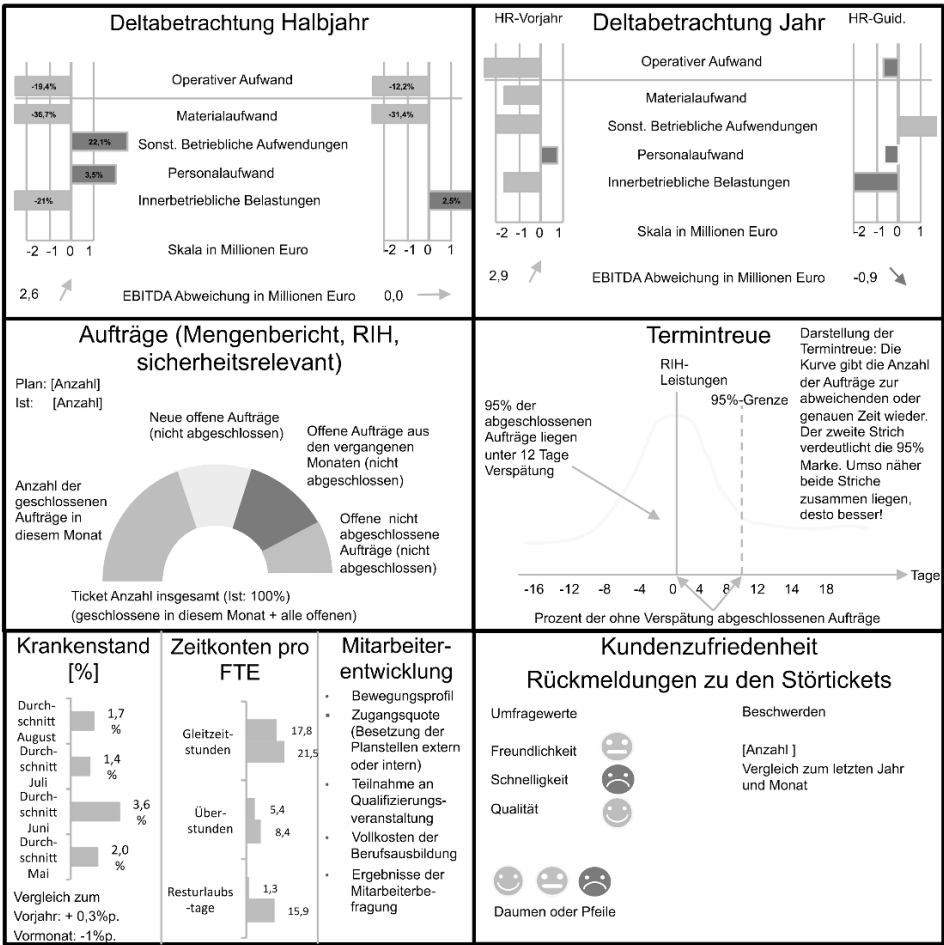


Abb. 5.29 Cockpit einer übergeordneten Sicht auf die vier Perspektiven, von denen in die Detailbetrachtungen abgesprungen werden kann (Bsp.) (Quelle: eigene Darstellung)

Literatur

TÜV Media GmbH: Der Instandhaltungs-Berater, 50. Aktualisierungs- und Ergänzungslieferung, Dezember 2011

Rödl & Partner: Vierteilige Serie, Immobilienbrief 2002/2003 und IMMOBILIEN ZEITUNG Ausgaben 19–22/2002

Berufsgenossenschaft: Rohstoffe und chemische Industrie (BG RCI), Gefahrstoffverzeichnis, Muster Gefahrstoffverzeichnis mit neuer und alter Kennzeichnung, 2012

Universität Duisburg Essen: Bereitstellung und Benutzung von Arbeitsmitteln; <http://www.uni-due.de/verwaltung/arbeitsicherheit/betriebssicherheitsverordnung.php>, Die Gefährdungsbeurteilung nach Betriebssicherheitsverordnung; Checklisten nach Betriebssicherheitsverordnung, 2012

Glen Dimplex Deutschland: Muster eines Wartungsprotokolls der Firma ©Glen Dimplex Deutschland GmbH; http://www.glendimplex.de/kundendienstportal/formulare/upload/dimplex_vorlage_wartungsprotokoll_lueftungsgeraet_1209-2012, 2012

Umwelttechnik Bojahr: Muster einer Risikobeurteilung der Firma Umwelttechnik Bojahr; http://www.u-t-b.de/de/pdf/Risikoanalyse_nach_der_Maschinenrichtlinie.pdf; Risikoanalyse und -bewertung nach der Maschinenrichtlinie vorgelegt von Umwelttechnik Bojahr, Armin Bojahr, Berg, Januar 2008

TÜV NORD AG: TÜV NORD AG, Prüfpflichtige Anlagen – Prüfungen – Fristen, Stand 2015

Oxando GmbH: Konzept der SAP-basierten Instandhaltung, Stammdatenstruktur zur Sicherstellung eines durchgängigen Instandhaltungsprozesses



Brandschutz

- 6.1 Einleitung – 335**
 - 6.1.1 Brände und Brandursachen in Deutschland – 335
- 6.2 Rechtliche Einordnung – 337**
- 6.3 Brandschutz – 338**
 - 6.3.1 Allgemeines – 338
 - 6.3.2 Vorbeugender Brandschutz – 338
 - 6.3.3 Abwehrender Brandschutz – 338
 - 6.3.4 Forderung nach Brandschutz – 338
 - 6.3.5 Brandschutztechnische Maßnahmen – 341
 - 6.3.6 Verantwortlichkeiten – 343
- 6.4 Brandschutzorganisation – 345**
 - 6.4.1 Allgemeines – 345
 - 6.4.2 Der Brandschutzbeauftragte – 346
 - 6.4.3 Die Brandschutzordnung – 350
 - 6.4.4 Brandschutzmanagementsystem – 353
- 6.5 Brandschutzaufgaben im Facility Management – 354**
 - 6.5.1 Allgemeines – 354
 - 6.5.2 Wohnanlagen – 354
 - 6.5.3 Sonstige bauliche Anlagen – 356
 - 6.5.4 Hinweise zu verschiedenen brandschutztechnischen
Ausstattungs-elementen – 357
 - 6.5.5 Besondere Risiken – 361
- 6.6 Feuerwehr – 362**
 - 6.6.1 Aufgabe der Feuerwehr – 362
 - 6.6.2 Arten von Feuerwehren – 363

6.1 Einleitung

Dem Feuer sind die Regeln zur Verhütung von Feuer egal.¹

1

In diesem Sprichwort steckt viel Wahres. Damit es nicht zu einem Brand kommt, sind alle gefordert. Und deshalb geht der Brandschutz alle etwas an. Wenn die Feuerwehr ausrücken muss, ist es für den Brandschutz zu spät.

6.1.1 Brände und Brandursachen in Deutschland

Rund 185.000 Brände und Explosionen pro Jahr weist die Statistik des Deutschen Feuerwehrverbandes aus², d.h. knapp alle drei Minuten bricht irgendwo in Deutschland ein Brand aus.

2

Das Institut für Schadenverhütung und Schadenforschung der öffentlichen Versicherer e.V. (IFS) hat im Jahr 2016 etwa 1.500 Brandursachenermittlungen durchgeführt. Hieraus resultiert die nachfolgend dargestellte nicht repräsentative Brandursachenstatistik, da hier die Fälle untersucht wurden, bei welchen die Brandursache zunächst unklar war (Abb. 6.1).

3

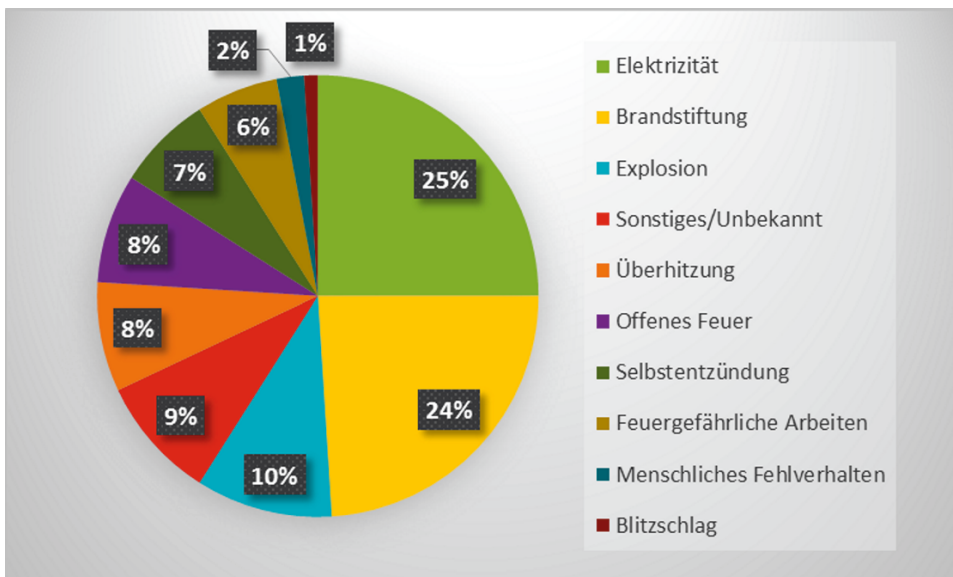


Abb. 6.1 IFS-Brandursachenstatistik 2016 (Brandursache zunächst unklar)

1 Pavel Kosorin, tschechischer Schriftsteller und Aphoristiker

2 www.feuerwehrverband.de/statistik.html

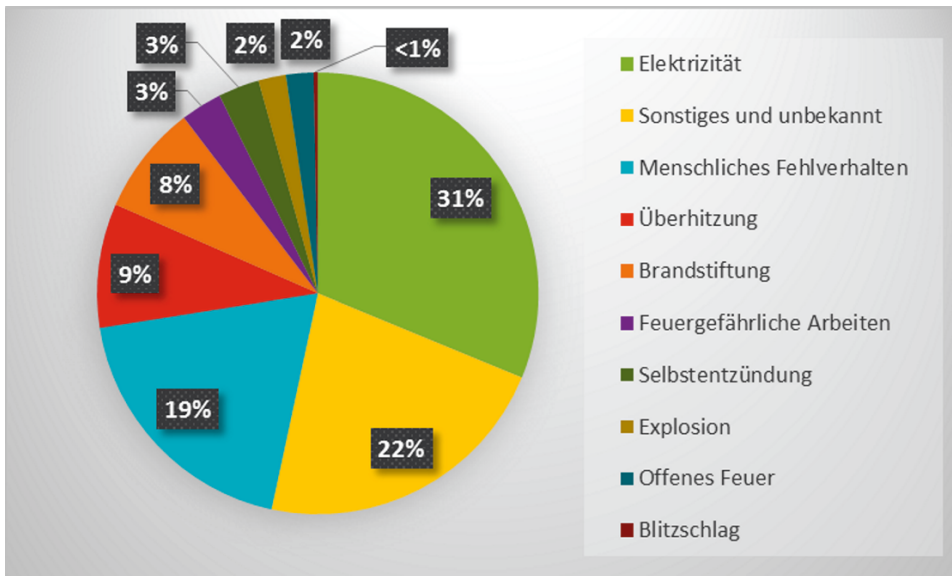


Abb. 6.2 Die Brandursachen allgemein in Deutschland (Auswertung nach Schadenursache (Anzahl), nur Schäden > 500.000€ berücksichtigt, Gesamtbasis 2.702 Schäden, nach DGUV Information 205-001 – Arbeitssicherheit durch vorbeugenden Brandschutz (bisher: BGI 560), Stand: 11/2013

Die Statistik belegt, dass sich über die Jahre die Gründe und Ursachen der Brände nicht geändert haben. Elektrischer Strom stellt mit 31 % die häufigste Brandursache dar. Defekte Elektrogeräte, Kurzschlüsse und hintereinander geschaltete Mehrfachsteckdosen sind mögliche Verursacher. Menschliches Fehlverhalten nimmt mit 19 % Platz 3 ein. Das vergessene Bügeleisen oder der unbeobachtete Topf auf dem Herd können Auslöser sein (Abb. 6.2).

- 6 Unsachgemäßer Umgang mit Einrichtungen und Stoffen, eine fehlende Unterweisung der Beschäftigten oder mangelndes Gefahrenbewusstsein beim häufigen Umgang mit Gefahrstoffen sind laut Deutscher Gesetzlicher Unfallversicherung die Hauptursachen für Brände.

Sach- und fachgerechter Brandschutz ist in Betrieben, in Gewerbe- und Sonderimmobilien, aber auch in Wohnanlagen nicht nur ein notwendiges Übel, sondern Teil der eigenen Sicherheit und der gesetzlich verankerten Verantwortung als Unternehmer, Arbeitgeber, Eigentümer oder Verwalter.

Ziel muss sein, bei den Verantwortlichen, den Führungskräften, den Mitarbeitern, den Mietern das Bewusstsein für ein aktives Handeln im Sinne des Brandschutzes zu schaffen. Denn mit ein bisschen gutem Willen kann durch einfache Maßnahmen und sei es nur das Einweisen neuer Mitarbeiter in den betrieblichen Brandschutz, der Betrieb, die Immobilie und auch wir Menschen vor den verheerenden ja gar existenzzerstörenden Folgen eines Brandes geschützt werden.

6.2 Rechtliche Einordnung

Es gibt nicht das Gesetz zum Brandschutz. Regelungen und Empfehlungen zum Brandschutz finden sich in den unterschiedlichsten Vorschriften (beispielhafte Aufzählung s.u.). Vorgaben zum Brandschutz kommen aus den Feuerwehr-/Brandschutzgesetzen der Länder, dem Bauordnungsrecht, dem dualen System des Arbeitsschutzes bestehend aus dem staatlichen Arbeitsschutz und dem Arbeitsschutz der Berufsgenossenschaften und Unfallversicherungsträgern sowie von Seiten der Feuerversicherer.

Die Vielzahl der Vorschriften und Regelwerke vereinfacht den Themenbereich Brandschutz nicht wirklich, sondern sorgt eher für dessen Komplexität, insbesondere auch deshalb, weil manche Inhalte sich teilweise überschneiden.³

• Gesetze

- Feuerwehr-/Brandschutzgesetze der Länder⁴
- Landesbauordnungen
- Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG)
- Strafgesetzbuch (StBG)
- Gesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)
- Umweltschutzrecht (z.B. Wasserhaushaltsgesetz)

• Verordnungen

- Baunutzungsverordnung (BauNVO)
- Sonderbauvorschriften
- Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV)
- Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV)
- Gefahrstoffverordnung (GefStoffV)
- Gefahrenverütungsvorschrift, Brandverhütungsvorschrift

• Technische Regeln

- Arbeitsstättenregeln (ASR)
- Technische Regeln für Betriebssicherheit (TRBS)
- Technische Regeln für Gefahrstoffe (TRGS)

• Normen

- DIN Normen, DIN-VDE Normen

• Privatrechtliche Vorgaben

- VdS-Richtlinien
- VDI-Richtlinien
- DVGW-Regelwerke

• Firmen- und Werksvorschriften / Anweisungen

- **Berufsgenossenschaftliche Vorschriften**, diese sind als autonome Rechtsnorm zu betrachten und für die Mitglieder der Berufsgenossenschaften verbindlich.⁵

3 Die aufgezählten Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften usw. erheben an dieser Stelle keinen Anspruch auf Vollständigkeit

4 Die exakte Bezeichnung der Landesverabesetze ist von Land zu Land unterschiedlich.

5 Meinel (2011), Betrieblicher Gesundheitsschutz, 5. Auflage, ecomed Sicherheit

6.3 Brandschutz

6.3.1 Allgemeines

- 9 Der Brandschutz unterteilt sich im Sinne der Feuerwehr-/Brandschutzgesetze der Länder und des Bauordnungsrechts in den vorbeugenden und den abwehrenden Brandschutz. Ziel des vorbeugenden Brandschutzes ist es der Entstehung eines Brandes und der Ausbreitung von Feuer und Rauch vorzubeugen und bei einem Brand die Rettung von Menschen und Tieren sowie wirksame Löscharbeiten zu ermöglichen. Der abwehrende Brandschutz ist die zentrale Aufgabe der Feuerwehr. Die Brandbekämpfung, der Schutz der Umwelt, der Nachbarschaft und die Minimierung möglicher Folgeschäden sind wichtige Ziele. Im Sinne des Arbeitsschutzes wird der Begriff betrieblicher Brandschutz verwendet, dieser ist Teil des vorbeugenden Brandschutzes.

6.3.2 Vorbeugender Brandschutz

- 10 Brandschutzerziehung und Brandschutzaufklärung durch die Feuerwehr sind definierte Aufgaben des vorbeugenden Brandschutzes in den Feuerwehr-/Brandschutzgesetzen der Länder.
- 11 Der vorbeugende Brandschutz dient im bauordnungsrechtlichen Sinn vorrangig dem Schutz von Leib und Leben, der Umwelt, der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und ist die Voraussetzung für eine wirksame Brandbekämpfung und Gefahrenabwehr.
- 12 Der vorbeugende Brandschutz gliedert sich in:
- baulichen Brandschutz
 - anlagentechnischen Brandschutz
 - organisatorischen Brandschutz
- 13 Im Arbeitsschutz wird der Begriff betrieblicher Brandschutz verwendet. Dieser ist gleichzusetzen mit dem organisatorischen Brandschutz.

6.3.3 Abwehrender Brandschutz

- 14 Der abwehrende Brandschutz beinhaltet sämtliche feuerwehrtaktischen Überlegungen und Maßnahmen, die vor und während eines Brandereignisses erforderlich sind, um Menschen und Tiere zu retten, Sachwerte zu schützen, den Brand zu bekämpfen und Umweltgefahren abzuwenden.

6.3.4 Forderung nach Brandschutz

6.3.4.1 Bauordnungsrecht

- 15 Bereits bei der Projektierung und Planung eines Gebäudes oder ein baulichen Anlage spielt der Brandschutz eine maßgebliche Rolle.

In §14 der Musterbauordnung (MBO)⁶, welche die Grundlage der Bauordnungen der Län- 16
der darstellt, werden als grundlegende Schutzziele definiert:

- Bauliche Anlagen sind so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und instand zu halten, dass*
- der Entstehung eines Brandes und*
 - der Ausbreitung von Feuer und Rauch vorgebeugt wird*
- und bei einem Brand*
- die Rettung von Menschen und Tieren sowie*
 - wirksame Löscharbeiten*
- möglich sind.*

In den Landesbauordnungen sind die grundsätzlichen baulichen und brandschutz- 17
technischen Anforderungen an Wohngebäude und Gebäude, bei denen keine größeren Gefahren durch die Nutzung oder den Betrieb zu erwarten sind, geregelt. Für bauliche Anlagen besonderer Art oder Nutzung (Sonderbauten) sind spezielle Anforderungen in Sonderbauvorschriften geregelt, so z.B. für Beherbergungsstätten, Garagen, Hochhäuser, Industriebauten, Kindertageseinrichtungen, Pflege- und Betreuungseinrichtungen Schulbauten, Verkaufsstätten, Versammlungsstätten. Die Sonderbauvorschriften beinhalten neben den baulichen Anforderungen insbesondere auch Maßnahmen des anlagentechnischen und organisatorischen Brandschutzes. Zusammengefasst werden die erforderlichen Brandschutzmaßnahmen, die der Erreichung der definierten Schutzziele dienen, in einem Brandschutzkonzept oder Brandschutznachweis.

Die Landesbauordnung richtet sich mit ihren Anforderungen ausschließlich am Personen- und nicht am Sachwertschutz aus. Maßnahmen für den Sachwertschutz, den Schutz vor Betriebsunterbrechungen inkl. Marktanteilverlust, Imageverlust, Know-how-Verlust sind sicherlich sinnvoll, sie können aber nicht mit der Landesbauordnung begründet werden. Daher werden weitergehende Anforderungen mit Blick auf die Aspekte Sachwertschutz und Betriebsunterbrechungen, die auch aus unternehmerischer Sicht wichtig sind, oft von Versicherungen nach versicherungsinternen Richtlinien gefordert.⁷

6.3.4.2 Arbeitsschutz

*Im Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG)⁸ ist in §10, Abs. 1 klar geregelt: Der Arbeitgeber hat ent- 18
sprechend der Art der Arbeitsstätte und der Tätigkeiten sowie der Zahl der Beschäftigten die Maßnahmen zu treffen, die zur Ersten Hilfe, Brandbekämpfung und Evakuierung der Beschäftigten erforderlich sind.*

Gemäß §10, Abs. 2 ArbSchG muss der Arbeitgeber diejenigen Beschäftigten benennen, die Aufgaben der Ersten Hilfe, Brandbekämpfung und Evakuierung der Beschäftigten übernehmen. Anzahl, Ausbildung und Ausrüstung der benannten Beschäftigten müssen in einem

6 Musterbauordnung (MBO) vom 1. November 2002, zuletzt geändert am 21. September 2012

7 Nach Handschel 2010, Vorbeugender Brandschutz – Bauordnungsrecht, Landesfeuerwehrschule Baden-Württemberg

8 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) vom 7. August 1996, zuletzt geändert am 31. August 2015

angemessenen Verhältnis zur Zahl der Beschäftigten und zu den bestehenden besonderen Gefahren stehen.

- 19 Die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV)⁹ regelt die Sicherheit und den Schutz der Gesundheit der Beschäftigten in Arbeitsstätten.

Gemäß §4, Abs. 3 ArbStättV hat der Arbeitgeber die Sicherheitseinrichtungen, insbesondere Sicherheitsbeleuchtung, Brandmelde- und Feuerlöscheinrichtungen, Signalanlagen, Notaggregate und Notschalter sowie raumluftechnische Anlagen instand zu halten und in regelmäßigen Abständen auf ihre Funktionsfähigkeit prüfen zu lassen.

Die neu aufgenommenen Vorschriften zur Unterweisung der Beschäftigten durch den Arbeitgeber sind ein wesentliches Element hinsichtlich des sicherheitsgerechten Verhaltens in der Arbeitsstätte.

In §6, Abs. 3 ArbStättV heißt es: Die Unterweisung nach Absatz 1 (durch den Arbeitgeber) muss sich auf Maßnahmen der Brandverhütung und Verhaltensmaßnahmen im Brandfall erstrecken, insbesondere auf die Nutzung der Fluchtwege und Notausgänge. Diejenigen Beschäftigten, die Aufgaben der Brandbekämpfung übernehmen, hat der Arbeitgeber in der Bedienung der Feuerlöscheinrichtungen zu unterweisen.

Weiter werden im Anhang der Arbeitsstättenverordnung Maßnahmen zum Schutz vor besonderen Gefahren und hier insbesondere Maßnahmen gegen Brände und für Fluchtwege und Notausgänge gefordert.

20 *Anhang ArbStättV*

2.2 Maßnahmen gegen Brände

(1) Arbeitsstätten müssen je nach

- a) Abmessung und Nutzung,*
- b) der Brandgefährdung vorhandener Einrichtungen und Materialien,*
- c) der größtmöglichen Anzahl anwesender Personen*

mit einer ausreichenden Anzahl geeigneter Feuerlöscheinrichtungen und erforderlichenfalls Brandmeldern und Alarmanlagen ausgestattet sein.

(2) Nicht selbsttätige Feuerlöscheinrichtungen müssen als solche dauerhaft gekennzeichnet, leicht zu erreichen und zu handhaben sein.

(3) Selbsttätig wirkende Feuerlöscheinrichtungen müssen mit Warneinrichtungen ausgerüstet sein, wenn bei ihrem Einsatz Gefahren für die Beschäftigten auftreten können.

2.3 Fluchtwege und Notausgänge

(1) Fluchtwege und Notausgänge müssen

- a) sich in Anzahl, Anordnung und Abmessung nach der Nutzung, der Einrichtung und den Abmessungen der Arbeitsstätte sowie nach der höchstmöglichen Anzahl der dort anwesenden Personen richten,*

9 Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) vom 12. August 2004, zuletzt geändert am 30. November 2016

- b) auf möglichst kurzem Weg ins Freie oder, falls dies nicht möglich ist, in einen gesicherten Bereich führen,
- c) in angemessener Form und dauerhaft gekennzeichnet sein.

Sie sind mit einer Sicherheitsbeleuchtung auszurüsten, wenn das gefahrlose Verlassen der Arbeitsstätte für die Beschäftigten, insbesondere bei Ausfall der allgemeinen Beleuchtung, nicht gewährleistet ist.

(2) Türen im Verlauf von Fluchtwegen oder Türen von Notausgängen müssen

- a) sich von innen ohne besondere Hilfsmittel jederzeit leicht öffnen lassen, solange sich Beschäftigte in der Arbeitsstätte befinden,
- b) in angemessener Form und dauerhaft gekennzeichnet sein.

Türen von Notausgängen müssen sich nach außen öffnen lassen. In Notausgängen, die ausschließlich für den Notfall konzipiert und ausschließlich im Notfall benutzt werden, sind Karussell- und Schiebetüren nicht zulässig.

Folgende Technische Regeln für Arbeitsstätten (ASR) konkretisieren im Rahmen ihres Anwendungsbereichs die Anforderungen der Verordnung über Arbeitsstätten. 21

- ASR A1.3 Sicherheits- und Gesundheitsschutzkennzeichnung
- ASR A2.2 Maßnahmen gegen Brände
- ASR A2.3 Fluchtwege und Notausgänge, Flucht- und Rettungsplan

6.3.5 Brandschutztechnische Maßnahmen

In der nachfolgenden Tabelle wird aufgezeigt mit welchen baulichen und anlagentechnischen Maßnahmen und Einrichtungen welches der zuvor genannten bauordnungsrechtlichen Schutzziele erreicht werden kann. 22

Tab. 6.1

Maßnahmen und Einrichtungen / Schutzziel	Entstehung eines Brandes	Ausbreitung von Feuer	Ausbreitung von Rauch	Rettung von Menschen und Tieren	Wirksame Löscharbeiten
Baulicher Brandschutz					
Brandverhalten der verwendeten Baustoffe	x				
Feuerwiderstand der verwendeten Bauteile		x			
Einteilung eines Gebäudes in Brandabschnitte (Anordnung von Brandwänden)		x			x
Bildung von Rauchabschnitten			x		x

Maßnahmen und Einrichtungen / Schutzziel	Entste- hung eines Brandes	Ausbrei- tung von Feuer	Ausbrei- tung von Rauch	Rettung von Men- schen und Tieren	Wirksame Lösch- arbeiten
Rettungswege, dies sind Flure, Treppenräume und Ausgänge				x	
Löschwasserversorgung					x
Erreichbarkeit der baulichen Anlage mit den Fahrzeugen der Feuerwehr					x
Aufstell- und Bewegungsflächen für die Feuerwehr					x
Löschwasserrückhaltung					x
Anlagentechnischer Brandschutz					
Brandmeldeanlagen				x	
Löschanlagen (Sprinkleranla- gen, Sprühwasserlöschanlagen, Wassernebellöschanlagen, Schaumlöschanlagen, Pulver- löschanlagen, Gaslöschanlagen, Löschwasseranlagen)		x			
Rauch- und Wärmeabzugsanla- gen, Rauchabzugsöffnungen			x	x	
Sicherheitsbeleuchtung				x	
Überdrucklüftungsanlagen				x	
Brandschutzklappen und -schotts		x			
Rauchmelder				x	
Druckknopfmelder				x	
Optische und akustische Alarmierungsanlagen				x	
Gebäudefunkanlage					x
Gebäudespezifische Brandfall- steuermatrix		x	x	x	
Wandhydranten, Steigleitungen					x
Feuerlöscher					x
Blitzschutz	x				

Die Maßnahmen des organisatorischen / betrieblichen Brandschutzes sollen von vornherein verhindern, dass ein Brand entsteht und eine Unternehmensstruktur und Unternehmenskultur schaffen, die dies unterstützt. Denn die Wirksamkeit technischer Maßnahmen ist im Wesentlichen abhängig vom Verhalten der Nutzer. So ist eine Brandschutztür vollkommen unwirksam, wenn sie durch einen Holzkeil offen gehalten wird, ein gekennzeichnete Notausgang unbrauchbar, wenn er verriegelt oder zugestellt ist, ein Feuerlöscher nutzlos, wenn niemand in seinen Gebrauch eingewiesen wurde. 23

Mögliche organisatorische / betriebliche Maßnahmen sind: 24

- Unterweisung und Fortbildung der Mitarbeiter auch in der Nutzung von Feuerlöschern und Wandhydranten
- Erstellen und Pflege Brandschutzordnung
- Bestellung Brandschutzbeauftragter
- Benennung Brandschutzhelfer, Räumungshelfer, Sammelplatzleiter
- Hausfeuerwehr
- Brandschutztechnische Begehungen
- Instandhaltung und Wartung der baulichen und technischen Brandschutzeinrichtungen
- Freihaltung von Flucht- und Rettungswegen und der Flächen für die Feuerwehr
- Räumungskonzept
- Durchführen von Räumungsübungen
- Aushängen von Flucht- und Rettungsplänen
- Vorhalten von Feuerwehrplänen

6.3.6 Verantwortlichkeiten

6.3.6.1 Bauordnungsrecht und Arbeitsschutz

Für die Einhaltung der bauordnungsrechtlich begründeten brandschutztechnischen Anforderungen an ein Gebäude mit einer spezifischen Nutzung ist der Bauherr/Eigentümer/Betreiber verantwortlich. Für die Einhaltung der Anforderungen des Arbeitsschutzes ist der Arbeitgeber/Unternehmer verantwortlich. Festgelegte bauordnungsrechtliche Anforderungen sind unabhängig vom Arbeitgeber/Unternehmer an die Nutzung des Gebäudes gebunden. Hingegen ist im Arbeitsschutz, bei dem der Arbeitgeber/Unternehmer für die Gefährdungsbeurteilung verantwortlich ist, eine solche Übertragung nicht möglich. So können bei einem Wechsel des Arbeitgebers/Unternehmers trotz gleichbleibender Nutzung Anpassungsverlangen entstehen.¹⁰ 25

Alle Beschäftigten haben gemäß §15 ArbSchG, Abs. (1) die Pflicht, nach ihren Möglichkeiten sowie gemäß der Unterweisung und Weisung des Arbeitgebers für ihre Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit Sorge zu tragen. Dies betrifft auch den Brandschutz, d.h. die Brandverhütung und die Bekämpfung von Entstehungsbränden. 26

¹⁰ www.feuertrutz.de/arbeitsschutz-und-brandschutz-wie-geht-das-zusammen/150/48384/

- 27 Vorgesetzte und Führungskräfte, aber auch die im Gebäude tätigen Mitarbeiter des Facility Managements übernehmen eine wichtige Vorbildfunktion. Die ihnen unterstellten Mitarbeiter bzw. Nutzer werden sich im Gefahrenfall an ihrem Verhalten orientieren. Eine gute Kenntnis der im Betrieb bzw. an der Arbeitsstätte geltenden Regelungen ist unabdingbar.
- 28 Zu beachten ist ferner, ob sich weitere Pflichten aus den Bau- und Betriebsgenehmigungen, bzw. aus behördlichen Vorschriften oder Satzungen ergeben.

6.3.6.2 Wartung und Instandhaltung der Brandschutzinfrastruktur

- 29 *Gebäude sind dauerhaft so instand zu halten, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere Leben, Gesundheit und die natürlichen Lebensgrundlagen, nicht gefährdet werden.*¹¹
- 30 Aus dieser Vorgabe ergibt sich für den Eigentümer/Betreiber eines Gebäudes die Verpflichtung dafür zu sorgen, dass die technischen Anlagen und Einrichtungen dauerhaft wirksam und betriebs sicher sind. Welche Anlagen im Einzelnen betroffen sind, ist den Technischen Prüfverordnungen (TPrüfVO) der Länder bzw. den Sonderbauvorschriften zu entnehmen (siehe auch Kapitel 3).
- 31 Ein staatlich anerkannter Sachverständiger muss
- vor der ersten Inbetriebnahme der baulichen Anlage
 - unverzüglich nach einer wesentlichen Änderung der technischen Anlage oder Einrichtung
 - innerhalb einer Frist von drei Jahren¹²
 - die Prüfung durchführen.

Insbesondere folgende Anlagen unterliegen einer regelmäßigen Prüfung:

- Lüftungsanlagen mit prüfpflichtigen Komponenten wie z. B. Brandschutzklappen
- CO-Warnanlagen
- Rauchabzugsanlagen und Druckbelüftungsanlagen
- Feuerlöschanlagen (Sprinkleranlagen, Gaslöschanlagen usw.)
- Nichtselbsttätige Feuerlöschanlagen mit nassen Steigleitungen und Druckerhöhungsanlagen einschließlich der Anschlüsse an die Wasserversorgungsanlagen
- Brandmelde- und Alarmierungsanlagen
- Sicherheitsstromversorgungsanlagen

Zum Prüfumfang gehört auch der Test der Funktionsfähigkeit der Anlagen im Hinblick auf die Übereinstimmung mit dem sicherheitstechnischen Steuerungskonzept.

- 32 Regelmäßige Wartungen sind für folgende brandschutztechnischen Anlagen durchzuführen:
- Sicherheitsbeleuchtung
 - Feuerschutz- und Rauchabschlüsse sowie deren Feststellanlagen
 - automatische Schiebetüren in Rettungswegen
 - Türen mit elektrischen Verriegelungen in Rettungswegen

11 §3, Abs. 1, Musterbauordnung (MBO) vom 1.11.2002, zuletzt geändert am 21. September 2012

12 wiederkehrende Prüfung – je nach Bundesland unterschiedliche Fristen

- Schutzvorhänge
- Blitzschutzanlagen
- Tragbare und fahrbare Feuerlöscher
- trockene Steigleitungen
- Aufzüge

6.3.6.3 Behördliche brandschutztechnische Prüfungen

Die Bezeichnung der behördlichen brandschutztechnischen Prüfungen ist unterschiedlich. Egal ob Brandschau, Brandverhütungsschau oder Gefahrenverhütungsschau, mit Blick auf den Brandschutz haben alle das gleiche Ziel. Die Beseitigung von festzustellenden, vorhandenen brandschutztechnischen Mängeln und Gefahrenquellen, so dass die zuvor genannten Schutzziele jederzeit eingehalten werden. 33

Begangen werden je nach länderspezifischen Vorgaben Sonderbauten, Gewerbe- und Industriebetriebe, Anlagen mit möglichen Auswirkungen auf die natürlichen Lebensgrundlagen, Infrastrukturanlagen.

Hinweis

Praxishinweise

Die Teilnahme des Brandschutzbeauftragten an der behördlichen brandschutztechnischen Prüfung ist anzuraten. 34

6.3.6.4 Verbotene Handlungen

Brandstiftung und das Herbeiführen einer Brandgefahr durch Rauchen, offenes Feuer oder Licht, durch Wegwerfen brennender oder glimmender Gegenstände oder in sonstiger Weise für Betriebe oder Anlagen oder die Natur in Brandgefahr bringt, wird bestraft.¹³ 35

Bestraft wird auch, wer z.B. sicherheitsrelevante Hinweisschilder beseitigt, verändert oder unbrauchbar macht¹⁴, i.e. z.B. das Stehlen von Feuerlöscher oder das Verstopfen trockener Steigleitungen. Ebenfalls wird bestraft, wer Brandschutztüren verbotenerweise aufkeilt oder funktionsuntüchtig macht. 36

6.4 Brandschutzorganisation

6.4.1 Allgemeines

Brandschutz in Industrie- und Gewerbebetrieben dient nicht nur dem Personen- und Sachschutz, sondern vielfach zugleich auch dem Arbeits- und Umweltschutz sowie der betrieblichen Risikoversorge, etwa der Begrenzung der Betriebsunterbrechung im Schadensfall. 37

¹³ §§306 – 306f StGB

¹⁴ §145 StGB

Die erforderlichen Brandschutzmaßnahmen im Betrieb können daher nur dann wirksam umgesetzt werden, wenn in der betrieblichen Organisation

- die Verantwortung und Zuständigkeit für Brandschutzaufgaben,
- die Schnittstellen zwischen den einzelnen involvierten Betriebsbereichen sowie
- die bereichsübergreifende Koordination und die Informationsflüsse

eindeutig definiert sind und im betrieblichen Alltag aktiv gelebt werden. In der Praxis hat sich z. B. der „runde Tisch“ vielfach bewährt, etwa in Form einer Sicherheits- oder Arbeitsschutzkommission, der regelmäßig (monatlich bis vierteljährlich) oder bei Bedarf einberufen wird. In diese Kommission werden jeweils die Beauftragten für den Arbeitsschutz, Brandschutz, Umweltschutz und Unternehmensschutz (Werkschutz) sowie Risikoversorge, zum Teil aber auch die Beauftragten des Krisen- und Qualitätsmanagements, eingebunden.¹⁵

Hinweis

38 Praxishinweise

Das Vorgehen des „runden Tisches“ lässt sich auf jedes Objekt, ob Wohngebäude, Geschäftsgebäude oder Versammlungsstätte übertragen.

6.4.2 Der Brandschutzbeauftragte

6.4.2.1 Bestellung

- 39 Der Brandschutzbeauftragte ist für den organisatorischen Brandschutz zuständig. Er soll potentielle Brandrisiken erkennen, analysieren und Sorge tragen, dass diese beseitigt werden.
- 40 Für jedes Objekt bzw. Unternehmen/Betrieb kann ein Brandschutzbeauftragter bestellt werden.

Die Erfordernis zur Bestellung eines Brandschutzbeauftragten ergibt sich für Sonderbauten und in Betrieben aufgrund besonderer Rechtsvorschriften, behördlicher Auflagen oder Gefährdungsbeurteilungen. Brandschutzbeauftragte stehen durch ihre qualifizierte Ausbildung dem Arbeitgeber, Unternehmer oder Leiter einer Einrichtung als zentraler Ansprechpartner für brandschutzrelevante Themen beratend und unterstützend zur Verfügung. Der Brandschutzbeauftragte sollte zu allen den Brandschutz betreffenden Fragestellungen des Unternehmens bzw. des Bauwerks rechtzeitig eingebunden werden. Der Brandschutzbeauftragte ist im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung weisungsfrei, d.h. er hat den Brandschutz im Unternehmen/Betrieb/Objekt nicht zu gewährleisten, sondern muss auf brandschutztechnische Mängel und Risiken hinweisen. Der Brandschutzbeauftragte wird schriftlich bestellt.

¹⁵ www.secupedia.info/wiki/Betriebliche_Brandschutzorganisation#ixzz4k3ZtD1qL

Hinweis**Praxishinweise**

41

Eine bundeseinheitliche gesetzliche Regelung über die Verpflichtung zur Bestellung eines Brandschutzbeauftragten gibt es nicht.

DGUV, GDV, VdS und vfdb¹⁶ haben gemeinsam die Information/Richtlinie bzw. den Leitfaden „Aufgaben, Qualifikation, Ausbildung und Bestellung von Brandschutzbeauftragten“¹⁷ erarbeitet und textgleich veröffentlicht. Durch diese bundesweit geltende Richtlinie werden Mindestanforderungen an die Qualifikation, die Ausbildung und die Bestellung eines Brandschutzbeauftragten festgesetzt.

Die Verantwortung des Brandschutzbeauftragten findet sich nicht konkret niedergeschrieben, da es diese Funktion in der sicherheitstechnischen Gesetzgebung so nicht gibt. Der Titel „Beauftragter“ zeigt, dass man lediglich für etwas – hier eben den Brandschutz – beauftragt ist, es müsste sonst „Verantwortlicher“ heißen.¹⁸

Bestellungsschreiben zur Aufgabenübertragung¹⁹

42

Beispiel**Bestellung zur/zum Brandschutzbeauftragten**

Herr /Frau _____

wird hiermit für _____

(Zuständigkeitsbereich)

der/des _____

(Name und Sitz des Unternehmens/der Niederlassung/des Werkes/des Betriebsteils)
mit Wirkung vom _____ zur/zum Brandschutzbeauftragten bestellt.

Sie sind in der Funktion des Brandschutzbeauftragten unmittelbar dem Arbeitgeber unterstellt. Sie werden zu allen den Brandschutz betreffenden Fragestellungen des Unternehmens – schon bei der Planung – rechtzeitig eingebunden. Sie beraten und unterstützen den Arbeitgeber in allen Fragen des Brandschutzes.

Die Gesamtverantwortung des Arbeitgebers bleibt unberührt.

Die für Ihre Tätigkeit als Brandschutzbeauftragter erforderlichen Fachkenntnisse gemäß der DGUV Information 205-003 „Aufgaben, Qualifikation, Ausbildung und Bestellung von Brandschutzbeauftragten“ haben Sie nachgewiesen.

Ihnen werden für die Erfüllung Ihrer Aufgaben die erforderliche Arbeitszeit, die benötigten Arbeitsmittel und Fortbildungen gemäß der o.g. DGUV Information unter Berücksichtigung der betrieblichen Belange ermöglicht.

16 DGUV: Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung, GDV Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V., VdS: VdS Schadenverhütung GmbH, vfdb: Vereinigung zur Förderung des Deutschen Brandschutzes e.V.

17 DGUV Information 205-003, Nov. 2014, VdS 3111: 2015-03 (02), vfdb-Richtlinie 12-09/01:2014-11

18 Friedl/Friedl (2016), Der Brandschutzbeauftragte, 3. Auflage, Boorberg Verlag

19 VdS 3111: 2015-03 (02)

Sie sind bei der Anwendung ihrer brandschutztechnischen Fachkunde weisungsfrei. Sie dürfen wegen der Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben nicht benachteiligt werden. Die mit Ihrer Bestellung verbundenen Aufgaben sind rückseitig aufgeführt.

Jede Änderung dieser Tätigkeiten ist schriftlich zu fixieren und von den Unterzeichnern zu bestätigen.

_____, den _____

(Ort)

(Datum)

Arbeitgeber/Unternehmer, Betriebsleiter, Behördenleiter

Brandschutzbeauftragte/r

- 43 Die Aufgabe kann an einen geeigneten Mitarbeitern mit entsprechender Ausbildung (64 Unterrichtseinheiten à 45 Minuten, Inhalte und Voraussetzungen siehe DGUV Information 205-003, Nov. 2014, VdS 3111: 2015-03 (02), vfdb-Richtlinie 12-09/01:2014-11) übertragen werden. Ist dies nicht möglich, ist die Beauftragung eines externen Brandschutzbeauftragten notwendig. In Betrieben mit einer anerkannten Werkfeuerwehr sollten die Aufgaben des Brandschutzbeauftragten der Leitung der Werkfeuerwehr übertragen werden.

Hinweis

44 Praxishinweise

Brandschutzbeauftragte sind dem Arbeitgeber, Unternehmer oder Leiter einer Einrichtung direkt unterstellt.

Die Gesamtverantwortung für den Brandschutz liegt beim Arbeitgeber, Unternehmer oder Leiter einer Einrichtung.

Ist ein Brandschutzbeauftragter gesetzlich oder gemäß behördlicher Auflagen zwingend vorgeschrieben, so ist zur Bestellung eines externen Brandschutzbeauftragten möglicherweise die Zustimmung der zuständigen Behörde (Bauaufsichtsbehörde, Brandschutzdienststelle) notwendig.

Die Einbindung des externen Brandschutzgutachters in die interne Brandschutzorganisation ist sehr wichtig und sicherzustellen.

6.4.2.2 Aufgaben

- 45 Die möglichen Aufgaben eines Brandschutzbeauftragten lassen sich unterteilen in Beratung, Kontrolle, Unterweisung, Übungen, Dokumentation²⁰:

Tätigkeit	Beschreibung
Beratung	Erstellen/Fortschreiben der Brandschutzordnung Mitwirken bei Beurteilungen der Brandgefährdung an Arbeitsplätzen Beraten bei feuergefährlichen Arbeitsverfahren und bei dem Einsatz brennbarer Arbeitsstoffe Mitwirken bei der Ermittlung von Brand- und Explosionsgefahren

20 Nach Markus Kraft (2015), Betrieblicher Brandschutz, 2. Auflage, FeuerTRUTZ und vfdb-Richtlinie 12-09/01:2014-11

Tätigkeit	Beschreibung
Beratung (Fortsetzung)	Mitwirken bei der Ausarbeitung von Betriebsanweisungen, soweit sie den Brandschutz betreffen Mitwirken bei baulichen, technischen und organisatorischen Maßnahmen, soweit sie den Brandschutz betreffen Mitwirken bei der Umsetzung behördlicher Anordnungen und bei Anforderungen des Feuerversicherers, soweit sie den Brandschutz betreffen Mitwirken bei der Einhaltung von Brandschutzbestimmungen bei Neu-, Um- und Erweiterungsbauten, Nutzungsänderungen, Anmietungen und Beschaffungen Mitwirken bei der Festlegung von Ersatzmaßnahmen bei Ausfall und Außerbetriebsetzung von brandschutztechnischen Einrichtungen Unterstützen des Unternehmers bei Gesprächen mit den Brandschutzbehörden und Feuerwehren, den Feuerversicherern, den Unfallversicherungsträgern, den staatlichen Arbeitsschutzbehörden usw. Stellungnahme zu Investitionsentscheidungen, die Belange des Brandschutzes betreffen Mitwirken bei der Implementierung von präventiven und reaktiven (Schutz) Maßnahmen im Notfallmanagement z.B. für kritische Infrastrukturen (Stromausfall), für lokale Wetterereignisse mit Schadenspotenzial (extreme Hitze-/Kältewelle, Starkregen, Sturm, Hagel, Schneelast, etc.) Beraten bei der Ausstattung der Arbeitsstätten mit Feuerlöscheinrichtungen und Auswahl der Löschmittel Mitwirken bei der Umsetzung des Brandschutzkonzeptes Melden von Mängeln und Maßnahmen zu deren Beseitigung vorschlagen Mitwirkung bei der Beantragung von Veranstaltungen, die einer bauordnungsrechtlichen Genehmigung bedürfen
Kontrolle	Kontrollieren, dass Flucht- und Rettungspläne, Feuerwehrpläne, Alarmpläne usw. aktuell sind, ggf. Aktualisierung veranlassen und dabei mitwirken Teilnehmen an behördlichen Brandschauen und Durchführen von internen Brandschutzbegehungen Prüfen der Lagerung und/oder der Einrichtungen zur Lagerung von brennbaren Flüssigkeiten, Gasen usw. Kontrollieren der Sicherheitskennzeichnungen für Brandschutzeinrichtungen und für die Flucht- und Rettungswege Überwachen der Benutzbarkeit von Flucht- und Rettungswegen, Flächen für die Feuerwehr und Sammelplatz Organisation der Prüfung und Wartung von brandschutztechnischen Einrichtungen Kontrollieren, dass festgelegte Brandschutzmaßnahmen insbesondere bei feuergefährlichen Arbeiten eingehalten werden Beseitigung festgestellter und gemeldeter Mängel überwachen Kontrollieren, dass Auflagen zu Veranstaltungen eingehalten werden

Tätigkeit	Beschreibung
Unterweisung	Unterstützen der Führungskräfte bei den regelmäßigen Unterweisungen der Beschäftigten im Brandschutz Aus- und Fortbilden von Beschäftigten mit besonderen Aufgaben in einem Brandfall, z.B. in der Handhabung von Feuerlöscheinrichtungen
Übungen	Planen, Organisieren und Durchführen von Räumungsübungen inkl. Auswertung der Übungen
Dokumentation	Dokumentieren der Tätigkeiten im Brandschutz

Hinweis

Praxishinweise

Ein guter Kontakt und eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit der Bauaufsichtsbehörde und der Brandschutzdienststelle bzw. der zuständigen Feuerwehr sowie dem Feuerversicherer, dem Brandschutzkonzeptersteller bzw. Brandschutzgutachter aber auch mit den Nutzern des Objektes ist wichtig.

6.4.3 Die Brandschutzordnung

- 47 *Die Brandschutzordnung ist eine zusammenfassende Regelung für das Verhalten von Personen innerhalb eines Gebäudes oder Betriebes im Brandfall sowie für Maßnahmen, welche Brände verhüten sollen.*²¹
- 48 Die Notwendigkeit der Erstellung einer Brandschutzordnung ist objektspezifisch und ergibt sich aus den bauordnungsrechtlichen Vorgaben. Für Sonderbauten ist in der Regel die Erstellung einer Brandschutzordnung erforderlich.
- 49 Eine Brandschutzordnung besteht grundsätzlich aus den Teilen A, B und C. Jeder Teil spricht eine bestimmte Zielgruppe an.
- **Teil A**
 - ist ein Aushang mindestens im Format A4 (Abb. 6.3)
 - richtet sich an alle Personen, die sich in einer baulichen Anlage aufhalten (z.B. Bewohner, Beschäftigte, Mitarbeiter von Fremdfirmen, Besucher).
 - **Teil B**
 - ist eine komprimierte Handlungsanweisungen in Form eines Merkblatts, einer Broschüre oder auch in elektrischer Form,
 - richtet sich an Personen ohne besondere Brandschutzaufgaben, die sich nicht nur vorübergehend in einer baulichen Anlage aufhalten (z.B. Bewohner, Beschäftigte).

21 DIN 14096:2014-05 „Brandschutzordnung – Regeln für das Erstellen und Aushängen“

22 www.feuertrutz.de/aushang-verhalten-im-brandfall/158/7568/

**Abb. 6.3** Aushang: Verhalten im Brandfall

• Teil C

- ist eine Ausarbeitung in Papierform, die die Beschreibung der betrieblichen Brandschutzorganisation inklusive der Aufgaben und Zuständigkeiten der Brandschutzfunktionsstellen sowie Handlungsabläufe enthält,
- richtet sich an Personen mit besonderen Brandschutzaufgaben, also an Personen, denen über ihre allgemeinen Pflichten hinaus besondere Aufgaben im Brandschutz übertragen sind (z.B. Geschäftsführer, Vermieter, Brandschutzbeauftragte, Brandschutzhelfer).

Hinweis

Praxishinweise

Brandschutzordnungen müssen stets auf aktuellem Stand gehalten werden und sind mindestens alle 2 Jahre von einer fachkundigen Personen zu prüfen.

FeuerTRUTZ hat für die wichtigsten Sprachen den Aushang übersetzen lassen und stellt diese Blätter kostenlos zum Download zur Verfügung unter www.feuertrutz.de/aushang-verhalten-im-brandfall/

6.4.3.1 Brandschutzfunktionsstellen

Hinweis

51 **Praxishinweise**

Die Erstellung von Merkblättern, Arbeitskarten oder Handlungsempfehlungen im Taschenformat für die einzelnen Brandschutzfunktionsstellen ist sehr hilfreich für die benannten Mitarbeiter. Eine stichpunktartige Zusammenstellung der Aufgaben in zeitlicher Abfolge, die Angabe wichtiger Telefonnummern und ein Plan mit der Lage der Sammelstelle sollte dieses Hilfsmittel enthalten.

a) Brandschutzhelfer

52 Die Notwendigkeit von ausgebildeten Brandschutzhelfern ergibt sich im Wesentlichen aus folgenden Rechtsgrundlagen:

- Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG): § 10 Abs. 2 „Erste Hilfe und sonstige Notfallmaßnahmen
- Unfallverhütungsvorschrift: „Grundsätze der Prävention“ (BGV/GUV-V A1) § 22 Abs. 2 „Notfallmaßnahmen“
- Technische Regeln für Arbeitsstätten (ASR): ASR A2.2 „Maßnahmen gegen Brände“ Abschnitt 6.2 „Brandschutzhelfer“

Ziel der Ausbildung sind der sichere Umgang mit und der Einsatz von Feuerlöscheinrichtungen zur Bekämpfung von Entstehungsbränden ohne Eigengefährdung und zur Sicherstellung des selbstständigen Verlassen (Flucht) der Beschäftigten.

Die notwendige Anzahl von Brandschutzhelfern ergibt sich aus der Gefährdungsbeurteilung. Ein Anteil von fünf Prozent der Beschäftigten ist bei normaler Brandgefährdung nach ASR A2.2 (z.B. Büronutzung) in der Regel ausreichend.

b) Räumungshelfer

53 Räumungshelfer übernehmen die Aufgabe, im Alarmfall für eine geordnete Räumung des Gebäudes in ihrem Zuständigkeitsbereich, dies kann eine ganze Abteilung, ein Stockwerk oder auch nur ein Raum sein, zu sorgen. Sie fordern die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zum Verlassen des Gebäudes auf, unterstützen ortsfremde Personen oder Menschen mit eingeschränkter Mobilität, kontrollieren sofern gefahrlos möglich die verlassenen Bereiche und melden am Sammelplatz dem Sammelplatzleiter das Ergebnis der Räumung ihres Räumungsbereiches.

Hinweis

54 **Praxishinweise**

Personen mit erhöhtem Hilfebedarf müssen den Räumungshelfern bekannt sein. Ggf. sind besondere organisatorische Maßnahmen zu treffen, z.B. Begleitung oder Verbringung der

Person zu einem sicheren Bereich (Aufzugsvorraum, anderer Brandabschnitt). Person keinesfalls alleine lassen.

c) Sammelstellenleiter

Der Sammelstellenleiter nimmt im Idealfall die flüchtenden Personen an der Sammelstelle in Empfang bzw. trifft kurz nach den ersten Flüchtenden dort ein. Er nimmt die Informationen der Räumungshelfer entgegen und gibt diese an die Einsatzleitung weiter. Ferner informiert er über den aktuellen Stand der Ereignisse und den weiteren Fortgang. 55

Hinweis Anfang

Praxishinweise:

Brandschutzhelfer, Räumungshelfer und Sammelstelleneiter müssen erkennbar sein. Farbige Warnwesten mit der entsprechenden Tätigkeitsbezeichnung haben sich in der Praxis bewährt. Empfehlenswert sind Räumungshelfer- und Sammelstellenleiterkarten, die die durchzuführenden Tätigkeiten aufzeigen. 56

6.4.4 Brandschutzmanagementsystem

Die Zusammenführung sämtlicher den Brandschutz betreffenden Unterlagen an einer Stelle ist sinnvoll. So können den Behörden und dem Versicherer gegenüber jederzeit sämtliche Nachweis vorgelegt werden. Ein wichtiger Bestandteil des Brandschutzmanagementsystems ist die Brandschutzakte. Diese beinhaltet sämtliche objektbezogenen brandschutzrelevanten Unterlagen der Genehmigungs-, Bau- und Inbetriebnahmephase, z.B.: 57

- Baugenehmigung
- Brandschutzkonzept/Brandschutznachweis inklusive Visulisierung
- Konformitätserklärung des Brandschutzgutachters
- Abnahmeberichte der Prüfsachverständigen inklusive der Hinweise für die wiederkehrende Prüfung
- Verwendbarkeitsnachweise und Übereinstimmungserklärungen der eingebauten brandschutztechnischen Einrichtungen, Anlagen und Geräte
- Feuerwehrpläne
- Flucht- und Rettungspläne
- Brandschutzordnung
- Wirkungsbereichsflächenpläne z.B. für die Brandmeldeanlage, Löschanlage, Alarmierungsanlage, Entrauchungsanlage

Die Überführung dieser Unterlagen in ein digitales Brandschutzmanagementsystem, welches neben diesen Grundlagendokumenten auch vollumfängliche Informationen zu sämtlichen Brandschutzeinrichtungen und -elemente baulicher, anlagentechnischer und orga- 58

nisatorischer/betrieblicher Art enthält, ist zielführend gerade auch mit Blick auf die vielen auszuführenden Wartungsarbeiten sowie wiederkehrenden Prüfungen.

Hinweis

59 **Praxishinweise:**

Am Markt gibt es Systeme, die einerseits die brandschutztechnische Anlage (z.B. Abschottungen von Kabeln, Entrauchungskanäle, Feuerschutzbeschichtungen, Feuerlöscher) lagegerecht im Plan anzeigen und hierzu weitere Dokumente, wie Fotos, Verwendbarkeitsnachweis, Einbauanleitung, Produktdatenblätter, Prüf- und Wartungsformulare und -termine) hinterlegt haben.

Um eine doppelte Datenablage zu vermeiden, ist diese Brandschutzmanagementsystem in Zusammenarbeit bzw. Abstimmung mit dem Controlling des Facility Managements zu erstellen.

6.5 Brandschutzaufgaben im Facility Management

6.5.1 Allgemeines

- 60 Der Dienstleistungsvertrag ist dahingehend zu prüfen, welche Aufgaben im Bereich Brandschutz explizit übernommen wurden. Ist z.B. die Bestellung des Brandschutzbeauftragten durch den Auftragnehmer vorgesehen, so ist zum einen ein entsprechend ausgebildeter Mitarbeiter für das Objekt einzusetzen, zum anderen sind entsprechend der vertraglichen Regelung die in Abschnitt D.II.2. und ggfs. weitere darüber hinausgehende Aufgaben durch den Brandschutzbeauftragten zu erbringen.

6.5.2 Wohnanlagen

- 61 Der Verwalter einer Wohnanlage hat insbesondere darauf zu achten, dass
- Aufstellflächen für die Feuerwehr
 - Feuerwehrumfahrten
- nicht zugeparkt werden.
- 62 Im Gebäude selbst sind die Flure und Treppenträume – als wichtigster Flucht- und Rettungsweg – frei von brennbaren Gegenständen, wie z.B. Schuhregalen, Garderoben, Blumen zu halten. Kinderwagen, Gehhilfen, Rollatoren und Rollstühle dürfen im Treppenraum abgestellt werden.²³ Das gilt aber nur für diese Fortbewegungsmittel und sofern diese den Flucht- und Rettungsweg nicht einengen oder angekettet werden, es keinen gut zugänglichen Abstellraum²⁴ oder ausreichend großen Fahrstuhl²⁵ gibt.

23 vgl. Urteil vom 15.09.2009, Landgericht Berlin AZ: 63 S 487/08

24 vgl. LG Bielefeld, Urteil vom 16.08.1992, Aktenzeichen 2 S 274/92

25 vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 03. 07. 2001, Aktenzeichen 15 W 444/00

Türen zu Kellerbereichen, mit z.B. Anschluss an die Garage, Heiz- oder Technikräume dürfen nicht dauerhaft verkeilt oder anderweitig offengehalten werden, da sie im Brandfall die Ausbreitung von Feuer und Rauch in den Treppenraum verhindern sollen. **63**

Zugänge zum Keller und der Kellergang selbst sind frei von abgestellten oder gelagerten Gegenständen zu halten. Die Kellerfenster sollten zugänglich sein, im Brandfall dienen diese der Feuerwehr zum Rauchabzug.

Hinweis

Praxishinweise

64

Der Verwalter einer Wohnanlage kann mit einer Ordnungsverfügung gezwungen werden, für die Sicherstellung ausreichenden Brandschutzes im Bereich des Gemeinschaftseigentums in dem von ihm verwalteten Objekt zu sorgen. Bei Störungen durch Sonder- und Mobiliareigentum kommt eine Inanspruchnahme des Verwalters allenfalls in Betracht, wenn zugleich eine dringende Gefährdungslage für das Gemeinschaftseigentum besteht.²⁶ ()

Dies betrifft beispielsweise den Treppenraum und die Flure. Ist die Sicherheit im Brandfall etwa dadurch beeinträchtigt, dass dort brennbare Gegenstände herumstehen oder dass Rettungswege verstellt sind, gehört es zu den Aufgaben der WEG-Verwaltung, Abhilfe zu schaffen.

Im Gemeinschaftseigentum stehende Garagentore vor den im Sondereigentum stehenden PKW-Stellplätzen verstoßen im geschlossenen Zustand gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften i.S.v. § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW, wofür der Verwalter ordnungspflichtig ist.

Haustüren in Mehrfamilienhäusern dürfen nicht derart verschlossen sein, dass in einer Notsituation flüchtende Personen diese von innen nicht ohne Schlüssel öffnen können. Denn das Abschließen der Hauseingangstür führt zu einer erheblichen Gefährdung der Wohnungseigentümer und ihrer Besucher. Durch das Abschließen der Haustür ist ein Verlassen des Gebäudes im Brandfalle oder in einer anderen Notsituation nur möglich, wenn ein Schlüssel mitgeführt wird. Dieses schränkt die Fluchtmöglichkeit erheblich ein, da es auf der Hand liegt, dass gerade in Paniksituationen nicht sichergestellt ist, dass jeder Hauseigentümer und jeder Besucher der Wohnungseigentumsanlage bei der Flucht einen Haustürschlüssel griffbereit mit sich führt, so dass sich eine abgeschlossene Haustür im Brand oder in einem sonstigen Notfall als tödliches Hindernis erweisen kann.²⁷ **65**

Regelungen in der Hausordnung, die ein verpflichtendes Verschließen der Haustür zur Nachtzeit verlangen sind ungültig.

Eine Lösung sind sogenannte Notausgangsverschlüsse (nach DIN EN 179). Die Tür kann durch dieses Schloss nach außen, auch versicherungsrechtlich, abgeschlossen

Der Einbau von Rauchwarnmeldern in Wohnungen ist gesetzlich geregelt. Die genauen Bestimmungen legt die jeweilige Landesbauordnung fest. **66**

26 vgl. OVG Münster, Beschluss v. 15.4.2009, 10 B 304/09, OVG Münster, Beschl. v. 28.01.2011 – 2 B 1495/10

27 vgl. LG Frankfurt am Main, 12.05.2015 - 2-13 S 127/12

In den meisten Bundesländern beinhaltet die gesetzlich vorgeschriebene Mindestausstattung sämtliche Schlaf- und Kinderzimmer sowie Flure, die als Fluchtwege dienen. Für eine optimale Absicherung sollten auch Wohn- und Aufenthaltsräume mit Rauchwarnmeldern ausgestattet werden. In Berlin und Brandenburg ist dies sogar Pflicht!

In den Landesbauordnungen ist die Erstaussattung und Instandhaltung geregelt. In den meisten Bundesländern erfolgt die Erstaussattung durch den Eigentümer, die Instandhaltung erfolgt durch den Besitzer (Mieter), es sei denn, der Eigentümer übernimmt diese Aufgabe.

Auf einen Einbau von Qualitätsrauchwarnmeldern ist zu achten.

- 67 Brandlasten an der Außenfassade sind zu vermeiden.

Bei der Lagerung von brennbaren Materialien (z. B. Brennholz) wird ein Mindestabstand von drei Metern zur Fassade empfohlen. Bei der Aufstellung von Müllcontainern oder Mülltonnen aus Kunststoff direkt am Gebäude sollte eine geschlossene Einhausung aus nichtbrennbarem Material (z.B. aus Stahl oder Beton) vorgesehen werden.²⁸

Hinweis

- 68 **Praxishinweise**

Sperrmüll sollte immer entfernt von der Hauswand gelagert werden. Bei der Bereitstellung von Sperrmüll für die Entsorgung ist darauf zu achten, dass keine Feuerwehrezufahrten oder Aufstellflächen verstellt werden.

- 69 Öl- und benzingetränkte Putzlappen gehören nicht in die Mülltonne, da sie sich von selbst entzünden können.

6.5.3 Sonstige bauliche Anlagen

- 70 Wichtig ist bei jeder baulichen Anlage und bei jedem Gebäude auf die Freihaltung von Flucht- und Rettungswegen, Aufstell- und Bewegungsflächen für die Feuerwehr und der Feuerwehrezufahrten zu achten. Der Umgang mit offenem Feuer ist grundsätzlich untersagt. Rauchverbote sind zu beachten. Rauchen ist meist nur in gekennzeichneten Flächen und ausgewiesenen Rauchereinrichtungen erlaubt. Auf Ordnung und Sauberkeit im Gebäude ist zu achten. Die Anhäufung von Abfallstoffen und leicht brennbaren Stoffen ist zu unterbinden. Die Funktion der Brandschutzabschlüsse, Rauchabschlüsse, Rauch- und Wärmeabzugsanlagen ist stets sicherzustellen. Einem Unterkeilen oder Aufbinden von Brand- und Rauchschutztüren ist entgegenzuwirken. Die brandschutztechnischen Selbsthilfeeinrichtungen, wie Feuerlöscher und Wandhydranten müssen stets frei zugänglich sein.

28 DIBt-Newsletter 3/2015

6.5.4 Hinweise zu verschiedenen brandschutztechnischen Ausstattungselementen

6.5.4.1 Feuerlöscher

Feuerlöscher sind Selbsthilfeeinrichtungen zur Bekämpfung von Klein- und Entstehungsbränden. Regelungen zu tragbaren Feuerlöschern (bis maximal 20 kg Gesamtmasse im betriebsbereiten Zustand) finden sich in DIN EN 3, zu fahrbaren Feuerlöschern (mehr als 20kg Gesamtmasse im betriebsbereiten Zustand) in DIN EN 1866. Sie müssen geprüft und zugelassen sein und in der Regel durch einen Sachkundigen mindestens alle zwei Jahre überprüft werden. Feuerlöscher werden entsprechend dem enthaltenen Löschmittel unterschieden. So gibt es Wasserlöscher, Schaumlöscher, Pulverlöscher, Kohlendioxidlöscher und Fettbrandlöscher. Die verschiedenen Löschmittel eignen sich für unterschiedliche brennbare Stoffe, die in Brandklassen nach DIN EN 2:2005-01 eingeteilt sind.²⁹ Leider gibt es nicht ein Universallöschmittel für alle Arten von Bränden.

Die Eignung von Feuerlöschern hinsichtlich der Brandklassen nach DIN EN 2 ist in Abb. 6.4 dargestellt.³⁰ 71

*Die in einem Unternehmen vorzuhaltenden Feuerlöscher richten sich nach der vorhandenen Brandgefährdung. Feuerlöscher und Löschmittel müssen zum Löschen für die im Betrieb vorhandenen Materialien oder Stoffe entsprechend ihrer Zuordnung zu einer oder mehreren Brandklassen geeignet sein.*³¹ 73

Hinweis

Praxishinweise

Das Symbol der Brandklasse auf dem Feuerlöscher zeigt, für welches Brandmaterial das Löschmittel bzw. der Feuerlöscher eingesetzt werden kann.

85 % der Entstehungsbrände in Unternehmen konnten bereits vor dem Eintreffen der Feuerwehr mit im Betrieb vorgehaltenen Feuerlöschern gelöscht werden.³²

Für Wohnungen gibt es keine gesetzliche Verpflichtung, diese mit Feuerlöschern auszustatten. Seitens der Feuerwehren wird eine Ausstattung mit Feuerlöschern empfohlen.

Die Feuerwehr Frankfurt am Main z.B. empfiehlt die Ausstattung von Wohnungen mit einem Wasser- oder Schaumlöscher. Diese Feuerlöscher sind nicht für Fritteen- oder Fettbrände geeignet. Hierfür gibt es geeignete Fettbrandlöscher. Eine Ergänzung können zertifizierte und zugelassene Feuerlöschsprays sein.³³

29 Quelle: Handbuch Brndschutz, 126. Erg.-Lfg. 04/2015, ecomed Sicherheit

30 Quelle: Brandschutz Kompakt, Nr. 38, Januar 2010

31 ASR A2.2, Maßnahmen gegen Brände, Ausgabe November 2012

32 Quelle: bvfa-Erhebung 2009

33 www.feuerwehr-frankfurt.de/vorbeugung/index.php/infothek/faq-fragen-aus-dem-haeuslichen-bereich

Brandklassen nach DIN EN 2					
	festes, gluthaltiges Stoffe	flüssige oder flüssig wer- dende Stoffe	gasförmige Stoffe, auch unter Druck	Brennbare Metalle	Speisefette und -öle in Frittier- und Fettback- geräten (Fettbrand)
	z.B. Holz, Papier, Kunst- stoffe, Kohle, Textilien, Auto- reifen, Stroh	z.B. Lacke, Farben, Alko- hole, Benzine, Wachse, Teer, viele Kunst- stoffe	z.B. Methan, Acetylen, Erdgas, Propan, Wasserstoff	z.B. Alumi- nium, Natrium, Kalium, Magnesium	Speiseöle und Speisefette
Arten von Feuerlöschern					
Pulverlöscher mit ABC- Löschpulver	+	+	+	-	-
Pulverlöscher mit BC-Pulver	-	+	+	-	-
Pulverlöscher mit Metallbrand- pulver	-	-	-	+	-
Kohlendioxid- löscher	-	+	-	-	-
Wasserlöscher (auch mit Zusätzen, z.B. Netzmittel, Frostschutzmittel oder Korrosions- schutzmittel)	+	-	-	-	-
Wasserlöscher mit Zusätzen, die in Verbin- dung mit Wasser auch Brände der Brandklasse B löschen	+	+	-	-	-
Schaumlöscher	+	+	-	-	-
Fettbrand- löscher	-	-	-	-	+

Abb. 6.4

- 75 Feuerlöscher-Sprays dienen der Bekämpfung von Entstehungsbränden. Es gibt verschiedene Feuerlöscher-Sprays, die für unterschiedliche Einsatzzwecke konzipiert sind. Dementsprechend verfügen die Löschsprays über verschiedene Löschmittel mit unterschiedlichen Leistungsmerkmalen und Betriebstemperatur-Bereichen.

Löschspraydosen können und sollen die herkömmlichen tragbaren Feuerlöscher nicht ersetzen. Aufgrund ihrer einfachen Bedienung sind sie jedoch eine sinnvolle Ergänzung.

6.5.4.2 Löschdecken

Löschdecken werden als ein Mittel zur Brandbekämpfung im gewerblichen und öffentlichen Bereich bereitgestellt und eingesetzt. Es hat sich aber gezeigt, dass sie nicht geeignet sind Speiseöl- und Speisefettbrände wirksam und effektiv zu bekämpfen. Hinsichtlich des Einsatzes bei Personenbränden haben sich inzwischen ebenfalls große Bedenken der Tauglichkeit ergeben. 76

Beim Umgang mit der Löschdecke an brennenden Frittiereinrichtungen besteht eine erhebliche Verbrennungs- und Verletzungsgefahr, weshalb Löschdecken zur Bekämpfung von Speiseöl- und Speisefettbränden im gewerblichen und öffentlichen Bereich nicht verwendet werden sollen! Für die wirksame Bekämpfung von Speiseöl- und Speisefettbränden sind geeignete Feuerlöscher (Fettbrandlöscher) für die Brandklasse F bereitzustellen und einzusetzen.

Personenbrände sollten ebenfalls nicht einer Löschdecke bekämpft werden, effektiver ist es einen Feuerlöscher egal welchen Typs zu verwenden. Wichtig, das Gesicht möglichst nicht mit dem Löschmittel beaufschlagen.³⁴

6.5.4.3 Brandmeldeanlagen

Die Brandschutzdienststellen haben Technische Anschaltbedingungen für Brandmeldeanlagen (TAB) für die Anschaltung von Brandmeldeanlagen an ihre Leitstellen erarbeitet. Diese ergänzen meist die Mindestanforderungen der DIN 14675, nennen die Voraussetzungen und Verfahrensweisen zur Aufschaltung einer Brandmeldeanlage und machen weitere Vorgaben z. B. bezüglich der Gestaltung von Feuerwehr-Laufkarten. 77

6.5.4.4 Feuerwehr-Laufkarten

Feuerwehr-Laufkarten nach DIN 14675 dienen den Einsatzkräften zur Orientierung für das Auffinden des ausgelösten Melders. Für jede Meldergruppe ist eine Laufkarte vorzusehen. Sie sind im Laufkartendepot an der Brandmeldeanlage vorzuhalten. Ein Entwurf der Feuerwehr-Laufkarten ist der zuständigen Brandschutzdienststellen zur Genehmigung vorzulegen. Werden Melder versetzt, sind die Laufkarten zu überarbeiten. 78

6.5.4.5 Feuerwehrplan

Ein Feuerwehrplan ist ein vorbereiteter Plan für die Brandbekämpfung und für Rettungsmaßnahmen an besonderen Orten oder Objekten. In verschiedenen Sonderbauverordnungen aber auch im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens werden Feuerwehrpläne gefordert. Feuerwehrpläne müssen genaue Angaben über Besonderheiten und Risiken auf dem Gelände und im Gebäude enthalten.³⁵ Neben den Vorgaben der DIN 14095 sind die Ausführungsbestimmungen oder Merkblätter für das Erstellen von Feuerwehrplänen der zuständigen Brandschutzdienststelle zu berücksichtigen. 79

Feuerwehrpläne sind keine Einsatzpläne der Feuerwehr, können jedoch als Grundlage zur Erstellung von Einsatzplänen dienen.

34 Quelle: DGUV, Einsatz von Löschdecken, Stand 05/2017

35 DIN 14095:2007-05

Hinweis**80 Praxishinweise**

Der Feuerwehrplan ist bei Veränderung am Objekt oder in der Nutzung sofort zu aktualisieren. Er ist in regelmäßigen Abständen, mindestens alle zwei Jahre von einer sachkundigen Person zu überprüfen und falls erforderlich zu überarbeiten.

6.5.4.6 Flucht- und Rettungsplan

- 81** Gemäß § 4 Arbeitsstättenverordnung - ArbStättV hat der Arbeitgeber für die Arbeitsstätte einen Flucht- und Rettungsplan aufzustellen, wenn Lage, Ausdehnung und Art der Nutzung der Arbeitsstätte dies erfordern. Diese eher allgemein gehaltenen Anforderungen werden mit der nach DIN ISO 23601 und der Technischen Regel für Arbeitsstätten – ASR A2.3 „Fluchtwege, Notausgänge, Flucht- und Rettungsplan“ konkretisiert.
- 82** Zimmerfluchtpläne werden für Hotels, Schulen, Pflegeheimen und Krankenhäusern erstellt. Inhaltlich entsprechen sie den Flucht- und Rettungsplänen.

Hinweis**83 Praxishinweise:**

Flucht- und Rettungspläne müssen aus Sicht des Betrachters lagerichtig sein, um die Erkennbarkeit zu gewährleisten. Weiterhin ist der Standort des Planes so zu wählen, dass eine ständige und ausreichende Beleuchtung des Planes garantiert ist. Die Kennzeichnung der Fluchtwege erfolgt nach den Anforderungen der ASR A1.3.

6.5.4.7 Bestuhlungs- und Rettungswegeplan

- 84** Gemäß der länderspezifisch gültigen Versammlungsstättenverordnung, Versammlungsstättenrichtlinie oder Sonderbauvorschrift ist für Versammlungsstätten ein Bestuhlungs- und Rettungswegeplan zu erstellen. Der Bestuhlungsplan weist die Bestuhlungsart für die maximal zugelassenen Besucherzahlen inkl. der Plätze für Rollstuhlfahrer, den Verlauf und die notwendige Breite der Rettungswege sowie die erforderliche Anzahl und Breite der Notausgänge aus. Der Bestuhlungsplan zur aktuell verwendeten Bestuhlung ist in der Nähe des Haupteingangs des Versammlungsraums gut sichtbar anzubringen.

Hinweis**85 Praxishinweise:**

Meist werden bereits im Genehmigungsverfahren unterschiedlichen Bestuhlungsvarianten aufgezeigt und als Bestuhlungsplan fixiert. Wünscht der Betreiber oder Veranstalter eine abweichende Bestuhlung, so ist er für die Erstellung verantwortlich und legt den Bestuh-

lungsplan der zuständigen Behörde zur Genehmigung vor. Die Zahl der genehmigten Besucherplätze darf nicht überschritten und die genehmigte Anordnung der Besucherplätze nicht geändert werden.

6.5.5 Besondere Risiken

6.5.5.1 Umgang mit Abfällen

Die Lagerung und der Umgang mit Abfällen stellt ein potentielles Brandrisiko dar. Abfälle sollten daher täglich entfernt oder in entsprechend abgetrennten Lagerräumen gesammelt werden, Müllsammelbehälter müssen mit Abstand zum Gebäude aufgestellt werden, Müllcontainer und Müllpressen müssen für die Feuerwehr gut zugänglich sein.³⁶ 86

Ein funktionierendes Abfallmanagement ist eine wichtige Größe im laufenden Betrieb, weil hier durch Nachlässigkeit und mangelnde Sensibilität oftmals unzulässig Brandlasten in den Rettungswegen gelagert werden und der Abfall bei Brandstiftung als Zündquelle dienen kann. 87

6.5.5.2 Fettverschmutzte Textilien

Zunehmend ereignen sich Brände durch Selbstentzündung von fettverschmutzten Textilien und Wischmops. Sowohl bei Wäschestapeln als auch bei Wäsche im Trockner ist es zu Textilbränden im Hotel und Gastgewerbe gekommen. Grund hierfür sind Rückstände von ungesättigten Fettsäuren in den gewaschenen Textilien. Separates Waschen, Verwendung eines geeigneten Waschmittels, Beachtung der Abkühlphase des Trocknerprogramms, kein Stapeln und Verpacken nicht vollständig ausgekühlter Wäsche, keine Mischwäschelieferung (z.B. Bettwäsche mit Küchenputzlappen) außer Haus.³⁷ 88

6.5.5.3 Feuergefährliche Arbeiten

Infolge von Reparatur- oder Montagearbeiten kann es notwendig werden sogenannte feuergefährliche Arbeiten wie Schweißen, Brennschneiden, Trennschleifen, Löten, Auftauen oder Heißkleben durchzuführen. Vor Aufnahme der Arbeiten ist beim Unternehmen oder einem benannten Verantwortlichen eine schriftliche Genehmigung einzuholen. Wer im Betrieb für die Erteilung zuständig ist, sollte in der Brandschutzordnung festgehalten sein.³⁸ 89

36 Vgl. FeuerTRUTZ GmbH, Brandschutzatlas 04/2006

37 Quelle: DGUV, Vermeidung von Textilbränden durch Selbstentzündung fettverschmutzter Textilien, Stand 07/2016

38 Vgl. DGUV Information 205-002 - Brandschutz bei feuergefährlichen Arbeiten 12/2010, Feuergefährliche Arbeiten, Richtlinien für den Brandschutz (VdS 2008)

6.5.5.4 Baustellen im oder am Gebäude

- 90 Bei baulichen Veränderungen ist immer der Brandschutzgutachter/Brandschutznachweisersteller einzubinden.

Ein kritischer Zustand aus brandschutztechnischer Sicht sind Baustellen. Im Bauzustand werden oft unter Zeitdruck feuergefährliche Arbeiten ausgeführt, brennbare Stoffen und Verpackungsmüll sind vorhanden und liegen herum, die geplanten brandschutztechnischen Einrichtungen und Anlagen (z.B. bauliche Trennungen, Brandmeldeanlage, Löschanlage) sind noch nicht eingebaut oder noch nicht voll wirksam.

Entgegengewirkt werden kann hier zumindest durch eine geschossweise Ausführung der baulichen Brandschutzmaßnahmen, wie Brandwände, Treppenräume und Trennwände sowie durch regelmäßige Begehungen, die dazu dienen, insbesondere auf Ordnung und Sauberkeit zu achten. Flucht- und Rettungswege sind freizuhalten ebenso die Aufstell- und Bewegungsflächen der Feuerwehr. Festgestellte Mängel sind umgehend zu beseitigen.³⁹

6.5.5.5 Fremdfirmen

- 91 Sind Fremdfirmen im Objekt tätig, ist es sinnvoll den Mitarbeitern durch eine kurze Sicherheitseinweisung einen Überblick über die Regelungen der Brandschutzordnung und über betriebliche Besonderheiten zu geben. Inwieweit eine An- und Abmeldung bei Arbeitsaufnahme und -ende möglich ist, ist zu prüfen.

6.5.5.6 Ausfall oder Störung brandschutztechnischer Einrichtungen

- 92 Es ist sinnvoll mit dem Ersteller des Brandschutzkonzeptes / dem Brandschutznachweis festzulegen, welche Ersatzmaßnahmen zur Schutzzielerreichung im Falle einer Störung oder eines Ausfall von brandschutztechnischen Einrichtungen zu erfolgen hat. So kann es notwendig werden, dass ein Brandsicherheitsdienst eingerichtet wird oder eine Person an der Brandmeldeanlage positioniert wird, um bei einem Meldereinlauf dies per Telefon weiter zu melden.

6.6 Feuerwehr

6.6.1 Aufgabe der Feuerwehr

- 93 In den Brandschutzgesetzen der Länder werden die Aufgaben der Feuerwehr beschreiben. Beispielfhaft das Hessische Brand- und Katastrophenschutzgesetz (HBKG) hier heißt es in §6⁴⁰

39 Vgl. VdS2021:2016 (02), Baustellen – unverbindlicher Leitfaden für ein umfassendes Schutzkonzept

40 Hessischen Brand- und Katastrophenschutzgesetzes vom 14. Januar 2014 (GVBl. S. 26)

- (1) Die Feuerwehren haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit, dem Einzelnen oder Tieren die durch Brände, Explosionen, Unfälle oder andere Notlagen, insbesondere durch schadenbringende Naturereignisse, drohenden Gefahren für Leben, Gesundheit, natürliche Lebensgrundlagen oder Sachen abzuwenden (Abwehrender Brandschutz, Allgemeine Hilfe). 94
- (2) Daneben haben die Feuerwehren Aufgaben des Vorbeugenden Brandschutzes zu erfüllen, soweit ihnen diese Aufgaben durch Rechtsvorschrift übertragen werden. Sie wirken bei der Brandschutzerziehung und Brandschutzaufklärung mit.

6.6.2 Arten von Feuerwehren

Zu unterscheiden sind öffentliche Feuerwehren und betriebliche Feuerwehren. Öffentliche Feuerwehren sind Berufsfeuerwehren, Freiwillige Feuerwehren und Pflichtfeuerwehren. Nichtöffentliche oder auch betriebliche Feuerwehren sind Werkfeuerwehren und Betriebsfeuerwehren, des Weiteren gibt es auch Hausfeuerwehren. 95

Jede Kommune hat die Aufgabe eine den örtlichen Verhältnissen entsprechende leistungsfähige Feuerwehr als gemeindliche Einrichtung zu unterhalten. Die Brandschutzgesetze der Länder regeln, wann eine Berufsfeuerwehr einzurichten ist, so z.B. in Hessen und Thüringen ab einer Einwohnerzahl von 100.000, in Nordrhein-Westfalen ist eine Berufsfeuerwehr für die kreisfreien Städte verpflichtend. In kleineren Städten und Gemeinden führen die Einwohnerinnen und Einwohner der Kommune den Feuerwehrdienst ehrenamtlich in der Freiwilligen Feuerwehr durch. Sollten sich nicht genügend Freiwillige finden, muss eine Pflichtfeuerwehr gebildet werden. 96

Werkfeuerwehren sind staatlich angeordnete oder anerkannte Feuerwehren. Betriebe oder Einrichtungen mit erhöhter Brand- oder Explosionsgefahr, anderen besonderen Gefahren oder bei denen in einem Schadensfall eine große Anzahl von Personen gefährdet wird, können seitens der zuständigen Aufsichtsbehörde verpflichtet werden, eine entsprechend leistungsfähige Feuerwehr aufzustellen, auszustatten und zu unterhalten – die Werkfeuerwehr. Sie wird aus hauptberuflichen oder nebenberuflichen Werksangehörigen gebildet. In einem Chemie- oder Industriepark kann der Betreiber des Areals eine Werkfeuerwehr einrichten. Das Aufstellen einer Betriebsfeuerwehr beruht auf den betrieblichen Interessen eines Unternehmens. 97

Eine Einzelfalllösung der nichtöffentlichen Feuerwehr ist z.B. die in der Baugenehmigung für das Gebäude THE SQUAIRE geforderte aus hauptamtlichen Kräften gebildete Hausfeuerwehr. 98



Versicherungen

- 7.1 Versicherungsschutz rund um das Facility Management – 367**
 - 7.1.1 Generelle Anmerkungen – 367
 - 7.1.2 Einleitende Hinweise für den Praktiker – 367
- 7.2 Überblick der einzelnen Versicherungssparten – 368**
 - 7.2.1 Marktübliche Sachversicherungen der Auftraggeber – 369
 - 7.2.2 Haftpflichtversicherungen möglicher Beteiligten – 372
- 7.3 Die Haftpflicht-Versicherung des Facility Management-Unternehmens – 375**
 - 7.3.1 Grundsätzliches zur Haftpflicht-Versicherung – 375
 - 7.3.2 Besonderheiten im Bereich der Haftpflicht-Versicherung – 379
 - 7.3.3 Marktübliche Deckungs-Ausschlüsse – 385
- 7.4 Verhalten im Haftpflicht-Schadenfall – 390**
- 7.5 Fazit und Schlussbemerkung – 391**

7.1 Versicherungsschutz rund um das Facility Management

7.1.1 Generelle Anmerkungen

Mittels nachfolgender Ausführungen in diesem Kapitel wird das durchaus sehr komplexe – aber nicht unbedingt beliebte - Thema „Versicherungsschutz“ näher beleuchtet. Es wurde versucht, die Inhalte des Kapitels so zu gestalten, dass sie dem Facility Manager für seine Tagespraxis größtmögliche Hilfestellung geben. 1

Hierzu werden im Folgenden die einzelnen Versicherungssparten, zu welchen es, im Rahmen der wahrzunehmenden „Betreiberverantwortung“¹, Berührungspunkte geben kann, kurz vorgestellt. Schwerpunkt liegt hierbei ausdrücklich auf der Sparte „Haftpflicht-Versicherung“ – gerade vor dem Hintergrund, dass die versicherungstechnische Absicherung von Haftpflichtrisiken im Facility Management oftmals eine sehr stiefmütterliche Behandlung und Beachtung erfährt. 2

Selbstredend können diese Ausführungen keine notwendigen Beratungen ersetzen. Hierzu sind die jeweiligen Themenkreise von zu hoher Komplexität und Individualität geprägt. Jeder Facility Management-Auftrag kann letztendlich eine völlig neue Haftungssituation schaffen und einen Abgleich mit bestehenden Versicherungen erforderlich machen. Insofern können die nachfolgenden Punkte keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. 3

Verweis und redaktioneller Hinweis

Zu diesem Thema existiert seit einiger Zeit eine sehr detaillierte Richtlinie des Deutschen Verbandes für Facility Managements (German Facility Management Association e.V – kurz: GEFMA). Hierbei handelt es sich um die Richtlinie „Zivilrechtliche Haftung und Versicherungsschutz im FM“ (RL 330-1), an welcher der Verfasser dieses Kapitels maßgeblich mitgearbeitet hat. Viele Inhalte dieser Richtlinie finden sich sinngemäß und auch als Zitat in den folgenden Ausführungen wieder, ohne dass hier immer ein entsprechender Verweis als Fußnote erfolgt. 4

Sofern im Folgenden von „Auftraggebern“ gesprochen wird, so sind hiermit die Auftraggeber / Besteller von Facility Management-Dienstleistungen gemeint.

7.1.2 Einleitende Hinweise für den Praktiker

Die individuelle Auseinandersetzung mit dem gesamten Themenblock „Versicherungen“ sollte der Facility Manager idealerweise vor der Übernahme eines Auftrages vornehmen. Ziel sollte sein, dass der Facility Management-Betrieb einen größtmöglichen Transfer seiner Risiken auf bestehende oder neu abzuschließende Versicherungen erreichen kann. Nur mittels dieser Schritte kann der Facility Manager letztendlich auch sein verbleibendes unternehmerisches (Rest-) Risiko erkennen. 5

1 Vgl. GEFMA Richtlinie 190 „Betreiberverantwortung im FM“

- 6 Hierbei macht es durchaus Sinn, sich auch über den bereits bestehenden Versicherungsschutz der betroffenen Immobilien und/oder Anlagen, auf welche sich der Facility Management-Auftrag bezieht, Gedanken zu machen. Wenn beispielsweise im Rahmen eines Facility Management-Auftrages auch die ölbetriebene Heizungsanlage gewartet und bei Tank-Befüllung überwacht werden muss, dann sollte der Facility Manager wissen, ob und mit welcher Qualität der Eigentümer des Heizöltanks diesen im Rahmen seiner Umwelt-Haftpflichtversicherung versichert hat und ob er sogar die Möglichkeit hat, in den Schutzbereich dieses bestehenden Versicherungsschutzes einbezogen zu werden.
- 7 Unbedingt empfehlenswert ist es – ebenfalls **vor** Übernahme eines Auftrages – mit dem Auftraggeber explizit über den Themenblock „Versicherungsschutz“ zu sprechen, zu verhandeln und diesen mit dem Leistungsverzeichnis / Pflichtenheft abzugleichen. So erhalten die beteiligten Unternehmen zum Einen ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit hinsichtlich dieser Themen, zum Anderen können aber auch „Doppelversicherungen“ vermieden werden, was letztendlich wiederum Kosten spart.
- 8 Jedoch nicht nur aus diesem Grunde wird im Folgenden auch auf ggf. vorhandenen Sachversicherungen der Immobilien und/oder Anlagen, auf welche sich der Facility Management-Auftrag bezieht, etwas näher eingegangen. Weiterer Aspekt ist folgender Umstand:
Sofern bspw. ein Sachversicherer des Auftraggebers eines Facility Management-Unternehmens einen Schadenfall reguliert, der durch Mitarbeiter des Facility Management-Unternehmens verursacht wurde, regelt das deutsche Versicherungsvertragsgesetz (kurz:VVG), dass dem Versicherer ein Regressanspruch gegen das Facility Management-Unternehmen zusteht. Worst-Case-Szenarien für das Facility Management-Unternehmen sind hierbei bei Auftraggebern verursachte Feuer- oder Leitungswasserschäden. Die Erfahrung zeigt, dass die Beseitigungsmaßnahmen derartiger Schadensfälle oftmals extrem kostspielig sind.
- 9 Natürlich kann sich das Facility Management-Unternehmen grundsätzlich gegen derartige Regressansprüche Haftpflicht versichern. Bei Großschäden stellt sich dann aber immer die Frage, ob die Versicherungssumme der eigenen Haftpflichtversicherung ausreichend bemessen ist.

7.2 Überblick der einzelnen Versicherungssparten

- 10 Bevor in diesem Teil des Kapitels auf substantielle Inhalte der einzelnen Sparten näher eingegangen wird, muss betont werden, dass im deutschen Versicherungsmarkt grundsätzlich sogenannte *Bedingungsfreiheit* herrscht. Zwar sind die rechtlichen Grundlagen eines Versicherungsvertrages bei jedem, eines in Deutschland zugelassenen Versicherungsunternehmens, dieselben (Bsp.: Bürgerliches Gesetzbuch, kurz: BGB , VVG), bei Gestaltung ihrer Versicherungsbedingungen haben die jeweiligen Versicherer jedoch einen ganz gewaltigen Gestaltungsfreiraum. Dies bedeutet u.a., dass es jedem Versicherer grundsätzlich freigestellt bleibt, in welcher Qualität und Substanz er seinen Kunden Versicherungsschutz zur Verfügung stellen möchte.

Genau dieser Umstand macht es so schwierig, bestehende Versicherungen einem 1:1-Vergleich zu unterziehen. Eine derartige Analyse erfordert in jedem Falle die Hinzuziehung eines geeigneten Fach-Experten. 11

7.2.1 Marktübliche Sachversicherungen der Auftraggeber

7.2.1.1 Feuer-Rohbauversicherung

Hierdurch werden vom Eigentümer der Immobilie Schäden am Rohbau bis zu dessen Bezugsfertigkeit gegen abschließend benannte Gefahren versichert. 12

In aller Regel sind Einwirkungen auf das zu erstellende Gebäude und die auf dem Baugrundstück lagernden Baustoffe durch einen Brand, Blitzschlag oder eine Explosion vom Versicherungsschutz umfasst. Inkludiert gelten auch Folgeschäden durch Ruß, Rauch und Löschen, sowie nach einem derartigen Versicherungsfall anfallende Aufräumungs- und Abbruchkosten. 13

Mit Bezug des jeweiligen Gebäudes endet die Feuer-Rohbauversicherung und „mündet“ sozusagen in eine Gebäude-Versicherung. 14

7.2.1.2 Gebäude-Versicherung

Mit Abschluss einer Gebäude-Versicherung versichert der Eigentümer das zu benennende Gebäude zunächst gegen Sachschäden durch bestimmte Gefahren am Gebäude. Der Versicherungsmarkt stellt ganz unterschiedliche Deckungsmodelle gegen entsprechende Prämienzahlung zur Verfügung. 15

Klassisch ist die Absicherung gegen Feuer, Leitungswasser und Sturm/Hagel. Dieser Versicherungsschutz kann erweitert werden auf sogenannte Elementarschäden. Neben der Sturmgefahr (ab Windstärke 8) versteht man hierunter benannte, durch das Wirken der Natur hervorgerufene, Schäden. 16

Exemplarisch seien hier Schäden infolge von Schneedruck, Überschwemmung, Rückstau und Erdbeben genannt.

Darüber hinaus bieten eine Vielzahl von Versicherern auch sogenannten „All-Gefahren oder All-Risk-Deckungen“ an. Im Gegensatz zu den vorher geschilderten Deckungsmodellen entfällt bei dieser Versicherungsform die übliche Aufzählung der versicherten Gefahren. Vielmehr sind vom Versicherungsschutz jegliche Art von Schäden, Zerstörung, Abhandenkommen umfasst, sofern der Versicherungsvertrag keine diesbezüglichen Ausschlüsse enthält. 17

Beispiel eines marktüblichen Ausschlusses wären Schäden an der Immobilie oder ihren Bestandteilen aufgrund mangelhafter Erstellung und Beschaffenheit. 18

In aller Regel handelt es sich um eine Neuwert -Versicherung. Die dem Neuwert entsprechende Versicherungssumme bildet die maximale Entschädigungsgrenze in einem Versicherungsfall. Daneben gelten die, in der Versicherungspolice zusätzlich benannten, 19

Kostenpositionen (z.B. Aufräumungskosten, Abbruchkosten, Dekontaminationskosten) ebenfalls als versichert.

7.2.1.3 Inhaltsversicherung (Betriebseinrichtung)

- 20 Die Einrichtungsgegenstände / Betriebseinrichtung, sowie Waren und Vorräte eines Unternehmens, stellen naturgemäß neben dem Gebäude den größten Teil des betrieblichen Anlagevermögens dar. Schäden an diesen Sachen können im Rahmen einer „Inhaltsversicherung“ versichert werden.
- 21 In Analogie zur Gebäude-Versicherung stellen Versicherer unterschiedliche Deckungskonzepte zur Verfügung. Neben dem Versicherungsschutz für „benannte Gefahren“ (Schäden durch Feuer, Einbruch-Diebstahl, Vandalismus in Zusammenhang mit einem Einbruch, Raub, Leitungswasser und Sturm, ggf. sogar Glasbruch) ist auch hier die Erweiterung auf „Elementarschäden“ oder „All-Risk“ möglich. Auch hier gilt in aller Regel der „Neuwert“ versichert. (siehe Abschnitt 7.2.1.2)

7.2.1.4 Maschinen-Versicherung / Elektronik-Versicherung

- 22 Bei beiden in der Überschrift benannten Versicherungsformen handelt es sich um sogenannte „technische Versicherungen“.
- 23 Bei dieser Form von Versicherung handelt es sich in aller Regel um eine Allgefahren-Dekung. Etwas laienhaft, aber dennoch treffend ausgedrückt, handelt es sich bei dieser Versicherungsform um eine Art „Kasko-Deckung“ der versicherten Maschine(n) bzw. der zu benennenden Elektronik. Zu beachten sind aber auch hier die vereinbarten Ausschlüsse, bei deren Anwendbarkeit der Versicherungsschutz nicht greift.
- 24 Über die Maschinenversicherung können sowohl stationäre, als auch transportable Maschinen und Anlagen eines Betriebes versichert werden. Versicherungsschutz besteht dann in aller Regel für „unvorhergesehen eintretende Schäden“, also nicht für Verschleiß und Abnutzung.
- 25 Im Rahmen einer Elektronik-Versicherung lassen sich Anlagen und Geräte der Informations-, Kommunikations- und Medizintechnik, sowie sonstige elektrotechnische oder elektronische Anlagen und Geräte versichern.

7.2.1.5 Mietausfall-Versicherung

- 26 Mit einer solchen Versicherung können sich Vermieter schützen, sofern Mieter ihrer vertraglichen Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses nicht nachkommen. In aller Regel müssen hierbei die versicherten Mietausfälle durch einen versicherten Sachschaden (Bsp. Feuerschaden an der Immobilie) begründet sein.
- 27 Üblich ist die Vereinbarung einer Haftzeit (meist 12 Monate). Die Gesamtsumme aller versicherten Mieteinnahmen innerhalb dieser Haftzeit stellt die Versicherungssumme und zugleich die Obergrenze einer Entschädigungsleistung des Versicherers dar.

7.2.1.6 Betriebsunterbrechungs-Versicherung

Der finanzielle Verlust eines Unternehmens infolge einer Betriebsunterbrechung, hervorgerufen durch das Fortlaufen der betrieblichen Fixkosten wie Löhne, Gehälter und dem Ausfall von Umsatzerlösen, kann erheblich sein. In der Mehrzahl von Fällen überschreitet er sogar den vorausgegangenen Sachschaden. **28**

Insofern handelt es sich bei der Betriebsunterbrechungsversicherung (kurz und nachfolgend: BU) um eine Ertragsausfall-Versicherung. Die BU deckt sowohl den entgangenen Betriebsgewinn, als auch die bereits angesprochenen Kosten wie Miete, Personalkosten, Energiekosten usw. **29**

Grundsätzlich können alle in der Sachversicherung versicherbaren Gefahren auch in der BU versichert werden. Besteht Versicherungsschutz für den zugrunde liegenden Sachschaden, so gilt dies auch für den daraus resultierenden Schaden infolge von Betriebsunterbrechung. Umgekehrt bleiben auch die bei den Sachdeckungen ausgeschlossenen Gefahren in der BU unversichert. **30**

Haftzeiten können individuell bestimmt werden – in aller Regel betragen diese 12,18 oder 24 Monate. Entscheidend hierbei ist die notwendige Zeitspanne, in der ein Unternehmen wieder aufgebaut werden kann. **31**

7.2.1.7 Sonderfall Bauleistungsversicherung / Montage-Versicherung

Zweck einer Bauleistungsversicherung (manchmal noch als „Bauwesenversicherung“ bezeichnet) besteht darin, den jeweiligen Versicherungsnehmer – dies ist in aller Regel der Bauherr – und die ggf. mitversicherten Unternehmer die Risiken aus unvorhergesehenen, eingetretenen Schäden an der Bauleistung sowie den in diesem Zusammenhang versicherten Sachen, abzunehmen. Die Laufzeit der Bauleistungsversicherung erstreckt sich üblicherweise über die gesamte Bauzeit des Objektes, oft jedoch begrenzt auf 12 oder 24 Monate. **32**

Üblicherweise bezieht sich der Versicherungsschutz auf Schäden am unfertigen Bauwerk. Dazu gehören insbesondere **33**

- höhere Gewalt und Elementarereignisse,
- mutwillige Zerstörung durch Dritte (Vandalismus),
- Diebstahl fest eingebauter Materialien,
- unbekannte Eigenschaften des Baugrundes,
- Konstruktions- und Materialfehler.
- Folgekosten durch Konstruktions-, Herstellungs- und Materialfehler,
- Schäden bei der Bauausführung und
- das Glasbruchrisiko nach Einsatz der Scheiben.

- 34 Nicht vom Versicherungsschutz umfasst sind:
- Mängel bei der Bauausführung,
 - Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Versicherungsnehmers,
 - Schäden durch Kernenergie und Krieg
 - Schäden durch normale Witterungseinflüsse.
- 35 Die Haftzeit des Versicherers beginnt mit dem vereinbarten Zeitpunkt – meist dem Baubeginn – und endet in aller Regel mit den Abnahmen der Leistung. Marktüblich wird eine Bauleistungsversicherung durch den Auftraggeber einer Bauleistung abgeschlossen. Die Prämie wird quotal, nach entsprechendem Anteil an der Bauleistungssumme, allen am Bau beteiligten Unternehmen bei der Schlussrechnung in Abzug gebracht.
- 36 Während Bauwerke aus Beton, Erde, Holz oder Stein gegen Sachschäden während der Errichtung über die Bauleistungsversicherung versichert werden können, kann für Schäden an Maschinen / Anlagen eine Montageversicherung abgeschlossen werden.
- 37 Auch die Montageversicherung ist eine „Allgefahren-Deckung“, welche Schäden an der zu montierenden Maschine / Anlage während der Montage- und Erprobungsphase abdeckt. Zusammen mit dem eigentlichen Montageobjekt kann auch die komplette Montageausrüstung mitversichert werden.

7.2.2 Haftpflichtversicherungen möglicher Beteiligten

- 38 Je nach Nutzungsphase einer Immobilie wird es vorkommen, dass neben dem Facility-Management-Unternehmen auch andere Betriebe oder Freiberufler beauftragt werden, Leistungen und Arbeiten an Immobilien oder Anlagen des Auftraggebers durchzuführen.
- 39 Insbesondere dann, wenn dieser Auftrag durch und im Namen des Facility-Management-Unternehmens erfolgt (vgl. auch Ausführungen im Abschnitt 7.2.2.4) oder dieses gesetzliche oder vertragliche Überwachungspflichten treffen, wird es zwingend notwendig sein, sich ein Bild über das Bestehen und die Substanz der versicherungstechnischen haftpflichtmäßigen Absicherung dieser beteiligten Firmen zu verschaffen.

Was die grundsätzlichen Aufgaben und das Wesen einer Haftpflicht-Versicherung anbelangt, wird auf die Ausführungen im Abschnitt 7.3.1 verwiesen

7.2.2.1 Architektur- und Ingenieurbüros / Projektsteuerer

- 40 Diesen Freiberuflern stellt der Versicherungsmarkt eine besondere Form der Haftpflichtversicherung zur Verfügung. Zum Einen handelt es sich – je nach Fachgebiet des Planers – um eine gesetzlich vorgeschriebene Pflichtversicherung, zum Anderen bezieht sich der Versicherungsschutz neben Personen- und Sachschäden auch auf reine Vermögensschäden (siehe auch Abschnitt 7.3.3.2).
- 41 Die gesetzlichen Vorgaben, sie stammen in aller Regel aus den jeweiligen Landesbauordnungen oder den Berufsordnungen der Architektenkammern, zur summenmäßigen

Auskleidung des Versicherungsschutzes sind hierbei unterschiedlich. Insbesondere die gesetzlich vorgeschriebenen Versicherungssummen für Sach- und Vermögensschäden sind teilweise sehr niedrig (exemplarisches Bsp.: Berufsordnung der Berliner Architektenkammer - § 5 :EURO 250.000 für Sach- und Vermögensschäden).

Je nach Gefährdungspotential sollte darauf geachtet werden, dass die Versicherungssumme zumindest in Form einer Objektversicherung zur Verfügung steht. Großer Vorteil einer solchen Versicherungslösung ist, dass die ausgewiesene Versicherungssumme ausschließlich für Schadenfälle anlässlich der Planung des versicherten Objektes zur Verfügung steht. 42

Der Auftraggeber / Besteller der Planungsleistung hat so zumindest die Gewissheit, dass die bestehende Deckungssumme für etwaige Schäden an seinem eigenen Bauobjekt zur Verfügung steht und nicht durch andere Anspruchsteller aus anderen Schadenfällen bereits minimiert oder aufgebraucht wurde. 43

Weiterhin wichtig zu wissen, ist die Tatsache, dass Haftpflichtversicherungen im Planungs- und Projektsteuerungsbereich als Versicherungsfall den „Verstoß“ (vgl. Abschnitt 7.3.2.1) definieren. Zeigt sich der „Verstoß“ erst Jahre später, so gilt für die versicherungstechnische Abwicklung des Schadenfalles die Versicherungssumme, die zum Zeitpunkt des Verstoßes galt. 44

Hinsichtlich der Ausschlüsse vom Versicherungsschutz einer Planung-Haftpflichtversicherung muss auf eine ganz wesentliche Klausel hingewiesen werden: die sogenannte Berufsbildklausel. 45

Hiernach verliert jeder Planer dann seinen kompletten Versicherungsschutz, wenn er außerhalb seines angestammten Tätigkeitsfeldes weitere Pflichten übernimmt. Ausdrücklich nicht zum versicherten Berufsbild eines Planers zählen: 46

- das Erstellen oder Erstellen lassen ganzer Bauten oder Teile davon
- das Erbringen oder Erbringen lassen von Bauleistungen
- das Liefern oder Liefern lassen von Baustoffen

Diese Berufsbildklausel ist sogar dann anwendbar, wenn die vorgenannten Leistungen durch Angehörige des Planers erbracht werden, mit welchen dieser in häuslicher Gemeinschaft lebt oder wenn der Planer an den Unternehmen, die Bauleistungen erbringen oder Baustoffe liefern, beteiligt ist. 47

7.2.2.2 Bauherr / Bauträger

Sofern der Facility-Manager im Rahmen seiner zu erbringenden Leistung Berührungspunkte zu Bauvorhaben (Um- oder Neubau) hat, wird in aller Regel der Auftraggeber des Facility Management-Unternehmens als Bauherr auftreten. In einer Vielzahl derartig gelagerter Fälle wird das Haftungsrisiko des Bauherren über die Betriebshaftpflicht-Versicherung des Auftraggebers versichert sein. 48

Allerdings zeigt die Praxis, dass diese Mitversicherung im Rahmen der Betriebshaftpflicht-Versicherung des Öfteren an Bausummen-Höchstgrenzen gekoppelt ist. Sobald diese überschritten werden, läuft der Versicherungsnehmer Gefahr, den Versicherungsschutz zu verlieren. 49

- 50 Wird ein Bauträger beauftragt, so so wird auf die in Abschnitt 7.3. enthaltenen Darlegungen verwiesen. Diese gelten, was die Auskleidung des Versicherungsschutzes anbelangt, analog.
- 51 Die Versicherungswirtschaft definiert den Bauträger üblicherweise wie folgt: „Bauträger ist, wer Bauwerke im eigenen Namen für eigene oder fremde Rechnung errichtet, die zum späteren Verkauf an Dritte bestimmt sind. Eigentümer der Baugrundstücke ist in der Regel der Bauträger. Der Bauträger erbringt selbst keine Bauleistungen“.

7.2.2.3 Ausführendes Bauunternehmen

- 52 Unabhängig davon, ob die betroffenen Bauunternehmen dem Bauhaupt- oder dem Bau-
nebgewerbe zuzuordnen sind, bleibt festzustellen, dass die bereits angesprochene Be-
dingungsfreiheit der Versicherer sich nirgendwo so extrem zeigt, wie im Baubereich.
- 53 Die Krux liegt im Kleingedruckten. Mannigfaltige und den Versicherungsschutz aushöh-
lende Ausschlüsse zeigen sich in einer Vielzahl von Policen, so dass es schwierig ist, hier
einen Marktüberblick zu erhalten.
- 54 Fakt ist, dass insbesondere die in Abschnitt 7.3.3. beschriebenen marktüblichen Ausschlüs-
se auch vielfach in Versicherungspolicen des Baubereiches dokumentiert sind. Hier sollte
auf jeden Fall eine entsprechende Überprüfung erfolgen, um nicht im Falle eines Falles
feststellen zu müssen, dass kein ausreichender Versicherungsschutz besteht.
- 55 Weiterhin erwähnenswert ist die Feststellung, dass das Thema „Generalübernehmer /
Generalunternehmer“ ebenfalls oft unzulänglich gelöst ist. Tritt ein Bauunternehmen als
Generalübernehmer / Generalunternehmer auf, so bedarf dies hinsichtlich versicherter
Tätigkeiten zwingend einer Klarstellung innerhalb der Haftpflicht - Versicherung dieses
Unternehmens.
- 56 Versicherungstechnisch gilt marktüblich folgende Definition für Generalübernehmer:
„Generalübernehmer ist, wer im eigenen Namen für eigene Rechnung auf fremdem
Grundstück ein Bauwerk errichtet. Der Generalübernehmer ist in der Regel nicht Eigen-
tümer der Baugrundstücke. In der Regel werden Architekten- und Ingenieurleistungen
durch eigenes Personal erbracht. Der Generalübernehmer erbringt keine Bauleistungen.“
- 57 Generalunternehmer wird wie folgt definiert: „Generalunternehmer ist, wer wie ein Gene-
ralübernehmer Bauvorhaben vorbereitet oder durchführt, jedoch Ausführungsleistungen
durch den eigenen Betrieb erbringt.“

7.2.2.4 Sonderthema: Nachunternehmer des Facility Management- Unternehmens

- 58 Oftmals kommt es vor, dass sich das Facility Management-Unternehmen zur Erfüllung sei-
ner Leistungspflicht dem Auftraggeber gegenüber, eines Nachunternehmers bedient. Schäd-
igt der Mitarbeiter des Nachunternehmers bei Erbringung seiner Leistung den Auftrag-
geber, so muss sich in aller Regel das Facility Management-Unternehmen das Verschulden
seines Nachunternehmers anrechnen lassen. (Erfüllungsgelhilfe / § 278 BGB).

Damit sich das Facility Management-Unternehmen dann aber im Innenverhältnis zum Nachunternehmer an diesem schadlos halten kann, sollte **vor** Vergabe an Nachunternehmer deren Haftpflichtversicherungsschutz sorgsam überprüft werden. Im Idealfall sollte der Versicherungsschutz des Nachunternehmers die gleichhohe Qualität aufweisen wie der Versicherungsschutz des Facility Management-Unternehmens selbst. **59**

Bei der notwendigen Prüfung des Haftpflichtversicherungsschutzes sollten daher auch sämtlich in Abschnitt 7.3. behandelten Punkte kritisch beleuchtet und hinterfragt werden. Angeraten ist sogar die Aufnahme gewisser Vorgaben und Mindeststandards zum Versicherungsschutz im Nachunternehmer-Vertrag, welcher zwischen Facility Management-Unternehmen und Nachunternehmer vereinbart wird. **60**

7.3 Die Haftpflicht-Versicherung des Facility Management-Unternehmens

Bevor auf die tatsächliche Substanz und Qualität eines für das Facility Management-Unternehmen geeigneten Versicherungsschutzes im Detail eingegangen wird, soll zunächst einmal auf Grundsätzliches im Bereich einer Haftpflicht-Versicherung hingewiesen werden. **61**

Da die gesetzliche Haftung gegenüber Dritten für die weitaus überwiegende Anzahl möglicher Schadenfälle keine summenmässige Obergrenze – sprich Deckelung – vorsieht, kann man die Auskleidung des Haftpflichtversicherungsschutzes durchaus als Säule einer Unternehmensfinanzierung, bzw. Liquiditätserhaltung, ansehen. Grund genug, sich über Funktion und Wirkungsweise einer Haftpflichtversicherung grundsätzliche Gedanken zu machen. Diesem Umstand soll in den unmittelbar nachfolgenden Darlegungen – ebenfalls praxisorientiert – Rechnung getragen werden. **62**

7.3.1 Grundsätzliches zur Haftpflicht-Versicherung

7.3.1.1 Bedeutung und Aufgabe

Hauptzweck einer Haftpflichtversicherung besteht grundsätzlich darin, den jeweiligen Versicherungsnehmer, etwaige Mitversicherungsnehmer (z.B. Tochterunternehmen) und alle mitversicherten Personen vor den wirtschaftlichen / finanziellen Folgen einer Haftungsverpflichtung zu schützen. **63**

Im Gegensatz bspw. zu einer Gebäudeversicherung hat der Versicherungsnehmer gegenüber dem Haftpflicht-Versicherer keinen Zahlungs- sondern einen Freistellungsanspruch. Die Leistungspflicht des Versicherers ist hierbei unterteilt. Zum Ersten umfasst der Versicherungsschutz die Prüfung der Haftpflichtfrage – zum Zweiten hiernach entweder die Abwehr der unberechtigten Ansprüche und/oder die Erfüllung der berechtigten Scha- **64**

denersatzverpflichtung. Hierbei gelten die vereinbarten Versicherungssummen (auch Deckungssummen genannt) als finanzielle Obergrenze je Versicherungsfall.

65 Der Versicherungsschutz umfasst drei Stufen:

1. Stufe : Der Versicherer prüft die Haftungsthematik
2. Stufe : Kommt er zu dem Ergebnis, sein Kunde würde nicht haften, so gewährt er Abwehrschutz – oder
3. Stufe: Befriedigung aller berechtigten Ansprüche im Rahmen und Umfang des bestehenden Vertrages.

7.3.1.2 Aufbau einer Haftpflicht-Versicherung / Betriebshaftpflicht

- 66** Neben den gesetzlichen Grundlagen des BGB und des VVG gelten für die Haftpflicht - Versicherung des Facility Management-Unternehmens in aller Regel als Standardregelwerk zunächst einmal die „Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflicht-Versicherung 2“ (kurz und nachfolgend: AHB). Neben diesen AHB gelten dann meist noch die teilweise individualvertraglich mit dem jeweiligen Versicherer vereinbarten besonderen Bedingungen – vielfach auch „Besondere Bedingungen und Risikobeschreibungen (kurz und nachfolgend: BBR)“ genannt.
- 67** Die Qualität des Versicherungsschutzes ergibt sich aus den AHB, insbesondere aber aus den individualisierbaren BBR. Hier trennt sich sozusagen die „Spreu vom Weizen“. Denn hier gibt es ganz extreme Deckungsunterschiede zwischen den einzelnen Versicherungsgesellschaften, zumal auch hier die bereits angesprochene Bedingungsfreiheit gilt.
- 68** Wenn jetzt auf die Betriebshaftpflichtversicherung (kurz und nachfolgend: BHV) eingegangen wird, so bleibt zunächst einmal darauf hinzuweisen, dass dies kein eigenständiger Versicherungsbereich ist, sondern Teil des allgemeinen Versicherungsbereiches der Versicherungssparte „Haftpflicht“. Dies gilt auch dann, wenn die BHV in Teilen zu einer Pflichtversicherung wird. Exemplarisch sei hier der „Bewachungsbereich“ genannt (§34a Gewerbeordnung, § 6 Bewachungsverordnung).
- 69** Bis auf wenige Ausnahmen besteht also für das jeweilige Facility Management-Unternehmen keinerlei gesetzliche Verpflichtung zum Abschluss und Aufrechterhalten einer BHV. Folglich existieren, was die summenmäßige Ausgestaltung des Versicherungsschutzes anbelangt, nur ganz wenige gesetzliche Vorgaben. Der weitaus überwiegende Inhalt eines Versicherungsschutzes ist individuell und zwischen Versicherer und Facility Management-Unternehmen als Versicherungsnehmer (VN) frei verhandelbar.
- 70** Unbedingt zu beachten – alleine schon aus Grundsätzen von Treu und Glauben – sind jedoch Vorgaben zum Versicherungsschutz in Verträgen der Auftraggeber. Die Praxis zeigt immer wieder, dass dieser Punkt ungenügende Berücksichtigung findet.

2 Musterbedingungen des GDV –Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB), Stand Oktober 2010

7.3.1.3 Das versicherte Risiko einer Betriebshaftpflicht

Der Versicherungsschutz einer BHV erstreckt sich ausschließlich auf gesetzliche Haftpflichtansprüche Dritter aus den in der Police dokumentierten Eigenschaften, Rechtsverhältnissen oder Tätigkeiten. Dies wird als „Risiko- oder Betriebsbeschreibung“ bezeichnet. Somit ist mit großer Sorgfalt darauf zu achten, dass sich alle durch das Facility Management-Unternehmen angebotenen Leistungsbereiche auch in der Risikobeschreibung der BHV widerspiegeln. 71 72

Ist ein Schadenfall nicht dem versicherten Risiko zuzuordnen, erlischt der Versicherungsschutz in seiner geschilderten 3-Stufigkeit (vgl. Abschnitt 7.3.1.1) in Gänze. Dies gilt auch für den Fall, dass ein Nachunternehmer den Versicherungsfall verursacht hat, aber dennoch der Schadenersatzanspruch gegenüber dem Facility Management-Unternehmer direkt geltend gemacht wird. 73

Zur Verdeutlichung folgendes **Beispiel**:

Das Facility Management-Unternehmen unterhält eine Haftpflicht-Versicherung mit folgender Risikobeschreibung: „Unternehmen im Bereich der Reinigung von Immobilien“. Bei einem der Auftraggeber des Facility Management-Unternehmens handelt es sich um einen städtischen Verkehrsbetrieb. Dort erhält man jetzt zusätzlich den Auftrag, die Linienbusse und S-Bahnzüge zu reinigen. Bei Reinigungsarbeiten einer S-Bahn entsteht wegen Verwendung eines zu aggressiven Reinigungsmittels ein Schaden an allen Sitzbezügen des gesamten Zuges. Der Versicherer versagt die Deckung wegen fehlerhafter Risikobeschreibung. 74

7.3.1.4 Gegenstand des Versicherungsschutzes einer BHV

Grundsätzlich schützt die BHV den jeweiligen Versicherungsnehmer, wenn dieser von Dritten auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird und dieser Schadenersatz privatrechtlicher Natur ist. Alleine schon durch diese Begrifflichkeiten, die sich in den AHB finden, ist folgendes klar gestellt: 75

1. Die Bezeichnung „Schadenersatz“ bedeutet, dass reine Erfüllungsansprüche aus Verträgen nicht Gegenstand des Versicherungsschutzes sind. (näheres hierzu in Abschnitt 7.3.3.1).
2. Der Hinweis auf „privatrechtlich“ meint, dass „öffentlich-rechtliche“ Ansprüche nicht vom Versicherungsschutz umfasst sind.

„Dritter“ im Sinne dieser Bestimmung ist der Geschädigte, also derjenige, welcher einen Haftpflichtanspruch gegen den Versicherungsnehmer bzw. Mitversicherten hat oder auch nur glaubt, diesen zu haben. Hinsichtlich der bereits angesprochenen 3-Stufigkeit des Versicherungsschutzes ist es ohne Belang, ob der im Raume stehende Schadenersatzanspruch, begründet oder unbegründet ist. Dritter sein kann also sowohl der Auftraggeber als juristische Person, als auch Unbeteiligte als natürliche Personen. 76

7.3.1.5 In der BHV mitversicherte Personen

- 77 Neben allen Betriebsangehörigen gelten die gesetzlichen Vertreter des Versicherungsnehmers und solche Personen, welche er zur Leitung oder Beaufsichtigung des versicherten Unternehmens oder Teile davon angestellt hat, vom Versicherungsschutz umfasst.

Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn es um die Mitversicherung der persönlichen Haftpflicht von freien Mitarbeitern / Freelancer geht. Hier bedarf es einer ausdrücklichen Dokumentierung des Versicherers.

7.3.1.6 Die Versicherungssumme in der BHV

- 78 In jedem Haftpflichtversicherungs-Vertrag gilt, quasi als Obergrenze je Schadensfall, eine Versicherungssumme (im Bereich der Haftpflicht-Versicherung auch als Deckungssumme bezeichnet) als vereinbart. Dieser, mit dem jeweiligen Versicherer individuell zu vereinbarenden Betrag, stellt die summenmäßige Begrenzung je Versicherungsfall dar und ist in aller Regel auf das zweifache dieser Summe für alle Versicherungsfälle eines Jahres maximiert.
- 79 Diese Versicherungssumme steht jedoch nicht zwingend für alle möglichen Versicherungsfälle zur Verfügung. Vielfach begrenzt der Versicherer in seinen BBR des jeweiligen Vertrages für gewisse Schadensszenarien diese Versicherungssumme. Diese Begrenzungen – auch Sublimate genannt – können teilweise sehr erheblich sein und trotz Versicherungssumme in Mio-Höhe oftmals nur wenige Tausend EURO betragen.
- 80 Nachfolgend ein Auszug aus einem Versicherungsvertrag als **Praxisbeispiel**:

Beispiel

Die Deckungssumme je Versicherungsfall beträgt EURO 5.000.000,– pauschal für Personen- und/oder Sachschäden.

Die Höchstersatzleistung für alle Versicherungsfälle eines Versicherungsjahres beträgt das Doppelte dieser Deckungssumme.

Innerhalb dieser Deckungssumme betragen die Deckungssummen für

Schäden durch Abhandenkommen fremder Schlüssel	EURO 25.000,–
Tätigkeitsschäden	EURO 50.000,–
Schäden an entliehenen Arbeitsgeräten	EURO 25.000,–

In diesem Beispiel stehen dem Versicherungsnehmer für sogenannte Tätigkeitsschäden (vgl. Abschnitt 7.3.3.3) trotz einer Versicherungssumme von EUR 5 Mio. lediglich EUR 50.000,– zur Verfügung.

- 81 Derartige summenmäßige Deckungseinschränkungen ergeben sich fatalerweise in aller Regel nicht aus den üblichen Versicherungsbestätigungen; man erkennt die Einschränkung meist nur bei genauem Studium der jeweiligen Versicherungspolice.
- 82 Grundsätzlich bleibt festzuhalten, dass es Ziel sein sollte, möglichst wenige Sublimes im Versicherungsvertrag zu haben. Idealerweise sollte für alle Schadensszenarien die Vertrags-Deckungssumme zur Verfügung stehen.

7.3.1.7 Personen- / Sach- / Vermögensschaden

Der Versicherungsschutz einer Betriebshaftpflicht-Versicherung umfasst grundsätzlich: **83**

- Personenschäden
- Sachschäden
- und sich aus diesen Personen- und/oder Sachschäden ergebende Vermögens-(Folge) Schäden.

Als Personenschaden wird die Gesundheitsbeeinträchtigung, die Verletzung, der Tod von Menschen angesehen. Anders ausgedrückt: Personenschaden ist die Beeinträchtigung der körperlichen (physischen) und / oder seelischen (psychischen) Integrität. **84**

Der Begriff einer Sache wird in § 90 BGB definiert. Sachen sind hiernach körperliche Gegenstände, die im Raum abgrenzbar sind. Allgemeingüter – bspw. Luft, fließendes Wasser, Grundwasser – werden regelmäßig nicht als Sachen angesehen, da es ihnen am Merkmal der Beherrschbarkeit fehlt. **85**

In jeder Zerstörung oder Beschädigung einer Sache liegt ein Sachschaden vor. Damit erfasst sind die körperliche Einwirkung auf die Sachsubstanz, welche eine Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes und seiner Form mit sich bringt, einen zunächst vorhandenen Zustand beeinträchtigt und zu einer Minderung oder Aufhebung der Gebrauchsfähigkeit der Sache führt. **86**

Aus Personen- und Sachschäden resultierender Vermögensschaden gilt mitversichert und wird der zu Grunde liegenden Schadenart zugerechnet. So werden bspw. die Heilbehandlungskosten nach einem Personenschaden aus der Deckungssumme für Personenschäden gezahlt – die Wertminderung nach Beschädigung eines KFZ aus der Deckungssumme für Sachschäden. Bei diesen versicherten Vermögensschäden handelt es sich um sogenannte unechte Vermögensschäden. **87**

Echte Vermögensschäden sind hingegen – ebenso wie Schäden durch Abhandenkommen von Sachen – nur nach besonderer Vereinbarung im Rahmen einer BHV versichert. Hinsichtlich der Mitversicherung reiner Vermögensschäden tut sich der deutsche Assekuranzmarkt außerhalb der Sparte gewisser Berufshaftpflicht-Versicherungen (z.B. Planer, Verwalter usw.) immer noch extrem schwer. **88**

Insbesondere für den Facility Management-Bereich gibt es jedoch entsprechende Deckungsmodelle, welche sich aber – auch das zeigt die Praxis – oftmals als eine Art „Mogelpackung“ herausstellen. **89**

7.3.2 Besonderheiten im Bereich der Haftpflicht-Versicherung

Wie bereits im Vorfeld mehrfach erwähnt, ersetzt diese Darstellung in keinem Falle die Beratung durch einen Versicherungsexperten und hat daher auch keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Insofern sind die nachfolgend angesprochenen Besonderheiten zwar diejenigen, welche in der Praxis am häufigsten zu Problemen und Fragestellungen führen, dennoch bleibt es bei einer exemplarischen Aufzählung. **90**

7.3.2.1 Der Versicherungsfall in der Haftpflicht-Versicherung

- 91 Die Definition des Versicherungsfalles, also die Frage: „Wann ist der Versicherungsfall eingetreten?“, ist aus mehreren Gründen von extremer Bedeutung.
- 92 Grundsätzlich und fast selbsterklärend ist die Tatsache, dass sich der Versicherungsfall während der Wirksamkeit der Versicherungsdeckung ereignet haben muss. Um dies rechtssicher zu prüfen, bedarf es der Kenntnis, welcher Versicherungsfallbegriff in marktüblichen Haftpflicht-Policen gilt. Auch die Frage, welche Versicherungssumme zur Verfügung steht, ist zu klären – insbesondere dann, wenn sich während der Wirksamkeit der Versicherung die Versicherungssummen geändert haben oder der Versicherungsvertrag von dem Versicherer A auf den Versicherer B umgedeckt wurde.
- 93 Die Haftpflicht-Versicherungen der „Facility Management-Branche“ sehen vier unterschiedliche Definitionen des Versicherungsfalles vor – in der Übersicht handelt es sich um folgende Bestimmungen:
1. Schadenereignis-Theorie = vorwiegend gültig im Bereich der Betriebshaftpflicht-Versicherung
 2. Manifestations-Theorie = üblich im Bereich der Umwelthaftpflicht-Versicherung
 3. Verstoß-Theorie = Bereich der Planungs- und Vermögensschaden-Haftpflicht
 4. Anspruchserhebungsprinzip = Bereich von Vermögensschadendeckungen im Facility Management-Bereich

Zu 1 „Schadenereignis-Theorie“:

- 94 In Ziffer 1.1. AHB heißt es hierzu: „Schadenereignis ist das Ereignis, als dessen Folge die Schädigung eines Dritten unmittelbar entstanden ist. Auf den Zeitpunkt der Schadenverursachung, die zum Schadenereignis geführt hat, kommt es nicht an.“
- 95 **Beispiel** zur Veranschaulichung: Mitarbeiter eines Facility Management-Unternehmens hat den Auftrag, anlässlich eines Wartungsvertrages die Schrauben eines Maschinenfundamentes mit einem bestimmten Drehmoment zu fixieren. Hierbei unterläuft ihm ein Fehler, der Wochen später dazu führt, dass sich die Schraube infolge Vibrationen der Maschine löst und den Maschinist am Kopf verletzt. Versicherungsfall tritt ein im Zeitpunkt des Ablösens der Schraube.

Zu 2 „Manifestations-Theorie“:

- 96 Versicherungsfall ist die nachprüfbare erste Feststellung des Personenschadens, Sachschadens oder mit-versicherten Vermögensschadens durch den Geschädigten, einen sonstigen Dritten oder den Versicherungsnehmer. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob zu diesem Zeitpunkt bereits Ursache oder Umfang des Schadens oder die Möglichkeit zur Erhebung von Haftpflichtansprüchen erkennbar war.
- 97 **Beispiel** zur Veranschaulichung: Mitarbeiter eines Facility Management-Unternehmens hat den Auftrag, die Filteranlage einer Gießerei zu warten. Er wechselt den Filter, allerdings baut er ihn falsch ein, so dass Schadstoffpartikel in die Umwelt gelangen und ein

Nachbargrundstück kontaminieren. Darauf befindliche Nutzpflanzen können nicht mehr verzehrt werden. Dies wird erst Wochen später festgestellt. Versicherungsfall tritt ein im Zeitpunkt der Feststellung des Schadens.

Zu 3 „Verstoß-Theorie“:

Als Verstoß wird das erste fehlerhafte Verhalten eines Versicherungsnehmers und/oder seiner Mitarbeiter/innen verstanden, das in unmittelbarer Kausalkette den Schaden herbeigeführt hat 98

Beispiel zur Veranschaulichung: Bei Umbauarbeiten einer Industriehalle muss ein tonnenschweres Klimaaggregat versetzt werden. Da man sich unsicher ist, ob der neu gewählte Standort die Belastung aushält, beauftragt man einen Statiker. Diesem unterläuft ein Berechnungsfehler. Das Klimaaggregat wird umgesetzt. Anfangs hält die Dachfläche noch der Belastung stand, 3 Monate später kommt es zu Rissbildungen in der Decke, in deren Folge die Industriehalle geräumt und für den Produktionsbetrieb geschlossen wird. Versicherungsfall in der Haftpflicht-Versicherung des Statikers ist der Zeitpunkt der Fehlberechnung. 99

Zu 4 „Anspruchserhebungsprinzip“:

Als Versicherungsfall gilt der Zeitpunkt der ersten Anspruchserhebung durch einen Dritten. Üblicherweise wird dieses Prinzip als „claims-made“ bezeichnet. 100

Beispiel zur Veranschaulichung: Das Facility Management-Unternehmen hat den Auftrag, ein Rechenzentrum zu betreiben. Nach Leistungsverzeichnis besteht auch die Verpflichtung zur täglichen Datensicherung. Dies wird infolge eines Kommunikationsmangels vergessen und es kommt zu einem Crash der Festplatte. Als der Kunde einige Monate danach auf die Daten zurückgreifen möchte stellt man das Versäumnis fest. Ansprüche wegen erheblichem Mehraufwand zur Wiederherstellung der Daten werden dem Facility Management-Unternehmen gegenüber geltend gemacht. Versicherungsfall ist der Zeitpunkt, in welchem der Anspruch erhoben wird. 101

Unabhängig, welche dieser vier unterschiedlichen Versicherungsfall-Definitionen letztendlich in einem Leistungsfall Anwendung findet, bleibt nochmals folgendes festzuhalten: 102

- Leistungspflichtig ist der Versicherer, in dessen Vertragslaufzeit der jeweilige Versicherungsfall eingetreten ist. Bei Umdeckung von Verträgen muss jedoch zwingend auf ausreichende Nachmeldefristen / Nachhaftungsregelungen geachtet werden. Diesbezügliche Regelungen des Neuvertrages müssen mit Klauseln des Altvertrages unbedingt abgestimmt und harmonisiert werden.
- Es gilt jeweils die Versicherungssumme, welche zum Zeitpunkt des Versicherungsfalles im Sinne der vier unterschiedlichen Definitionen vereinbart war. Gleiches gilt selbstredend auch für den sonstigen Umfang des Versicherungsschutzes.

7.3.2.2 Möglichkeiten von Objekte-Deckungen

- 103 Speziell im Bereich von Bau und Facility-Management bietet der Versicherungsmarkt die Möglichkeit, dass Betriebs- und Berufshaftpflicht-Versicherungen sowohl vom substantiellen Inhalt des Versicherungsschutzes als auch von der Höhe der Versicherungssumme entweder für alle versicherten Bereiche je Versicherungsjahr gelten, aber auch kunden- bzw. objektbezogen abgeschlossen werden können.
- 104 Oftmals ergibt sich für das Facility Management-Unternehmen aus vertraglichen Vorgaben des Auftraggebers heraus die Verpflichtung einer objektbezogenen Haftpflicht-Versicherung.
- 105 Bei einer objektbezogenen Versicherungslösung stehen die vereinbarten Versicherungssummen ausschließlich für Versicherungsfälle aus versicherten Leistungen für das in der Risikobeschreibung des Vertrages genannte Objekt zur Verfügung, während ein durchlaufender BHV-Vertrag für alle versicherten Leistungen eines Versicherungsjahres Gültigkeit hat.
- 106 Zusätzlicher Vorteil einer Objekte-Dekung ist auch darin zu sehen, dass hier die Möglichkeit besteht, die gesetzliche Haftpflicht mehrerer Unternehmen in einem einzigen Vertrag zu versichern. (z.B. bei Konsortien, Arbeitsgemeinschaften, Großbauvorhaben usw.)

7.3.2.3 Subunternehmer-Klausel

- 107 Auch wenn die Vereinbarung einer solchen Klausel zum absoluten Marktstandart gehört, sind folgende Gedanken hierzu durchaus berechtigt.
- 108 Die Klausel sollte zum Einen so gefasst werden, dass nicht nur das reine Beauftragungsrisiko vom Deckungsschutz umfasst gilt, sondern explizit auch das Überwachungsrisiko genannt wird. Diese Erweiterung trägt dem Umstand Rechnung, dass das einen Nachunternehmer beauftragende Unternehmen nach wie vor Überwachungs- und Koordinierungspflichten behält. Aus Verletzung dieser Pflichten können sich leicht Haftungsansprüche ergeben.
- 109 Zum Anderen ist zwingend darauf zu achten, dass die Leistungen des Nachunternehmers zu der Risikobeschreibung des eigenen Haftpflicht-Vertrages passen (vgl. Abschnitt 7.3.1.3). Wird ein Nachunternehmer mit Leistungen beauftragt, für welche das beauftragende Unternehmen wegen anderslautender Risikobeschreibung keinen Versicherungsschutz hat, so werden auch etwaige Schadenersatzansprüche des Auftraggebers an das Facility Management-Unternehmen wegen Fehler seines Erfüllungsgehilfen (Nachunternehmer) nicht vom Versicherungsschutz erfasst.

7.3.2.4 Mangelbeseitigungsnebenkosten/Nachbesserungsbegleitschäden

- 110 Was sich vielleicht auf den ersten Blick ähnlich liest, ist versicherungsrechtlich extrem unterschiedlich zu bewerten. Fatal ist, dass einige Versicherer bei der Überschrift ihrer deckungserweiternder Klausel die Formulierung „Nachbesserungsbegleitschäden“ oder „Nacherfüllungsbegleitschäden“ wählen – der substantielle Gehalt des dann folgenden Klauseltextes aber den Mangelbeseitigungsnebenkosten entspricht.

- Bei den Mangelbeseitigungsnebenkosten gelten Schäden, welche als Folge einer mangelhaften Werkleistung auftreten, versichert. Hierbei umfasst die Deckung auch die Kosten, welche erforderlich sind, um die mangelhafte Werkleistung zum Zwecke einer Schadenbeseitigung zugänglich zu machen und den Ursprungszustand wieder herzustellen. Grundvoraussetzung ist mithin, dass ein Folgeschaden eingetreten ist. 111
- Anders und weitergehender die Deckung für Nachbesserungsbegleitschäden. 112
- Für diesen Versicherungsschutz reicht es aus, dass ein Mangel an der Werkleistung vorliegt. Es muss nicht zu einem Folgeschaden gekommen sein. Die Klausel versichert dann in aller Regel alle Kosten, welche aufgebracht werden müssen, um den Mangel am Werk aufzufinden, freizulegen und den ursprünglichen Zustand wieder herzustellen. 113
- Viele Versicherer zeichnen derartige Klauseln für echte Nachbesserungsbegleitschäden, allerdings in den meisten Fällen aber nur mit sehr geringen Versicherungssummen. 114
- Es sollte darauf geachtet werden, dass beide Klauseln in einem Haftpflicht-Vertrag dokumentiert sind, die Klausel „Mangelbeseitigungsnebenkosten“ dann aber unbedingt ohne eingeschränkte Versicherungssumme. 115

7.3.2.5 Nachbarschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche

- Wie bereits erwähnt, deckt die Haftpflichtversicherung grundsätzlich Schadenersatzansprüche Dritter, welche gegen den Versicherungsnehmer auf Basis privatrechtlicher Haftungsbestimmungen erhoben werden. 116
- Kommt es im Falle eines nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs (§ 906 Abs. 2 BGB) zu einer Anspruchserhebung nach § 1004 BGB, so handelt es sich hierbei nicht um einen Schadenersatzanspruch. So hatte bspw. das OLG Hamm entschieden, dass ein Hauseigentümer auf der Grundlage eines nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs für unverschuldete Brandschäden am Nachbarhaus haftet.³ 117
- Von daher ist es notwendig, in der BHV wie Umwelt-Haftpflichtversicherung klarzustellen, dass auch für derartige Ansprüche Versicherungsschutz besteht. 118

7.3.2.6 Die Umwelt-Haftpflicht-Versicherung (UHV)

- Sogenannte Umweltschäden gelten in marktüblichen Betriebshaftpflicht-Versicherungen NICHT vom Versicherungsschutz umfasst (vgl. Abschnitt 7.3.3.6). Der Versicherungsmarkt hat hierzu ein separates Deckungskonzept konzipiert – die Umwelt-Haftpflicht-Versicherung. Je nach Größenordnung des versicherten Unternehmens wird die Umwelt-Haftpflicht-Versicherung sogar separat mit eigenständiger Vertrags-Nummer dokumentiert. 119
- Wann ist aber ein Schaden ein „Umwelt-Schaden“? Wann greift der Versicherungsschutz einer Betriebshaftpflicht – wann der einer Umwelt-Haftpflicht-Versicherung? 120
- Marktübliche Betriebshaftpflicht-Versicherungen schließen zunächst einmal Schäden durch Umwelteinwirkung vom Versicherungsschutz aus. Der Begriff „Umwelteinwirkung“ folgt dabei der Legaldefinition in § 3, Abs. 1 Umwelthaftungsgesetz (UmweltHG). 121

3 OLG Hamm vom 18.04.2013 (24U 113/12)

- 122 Hier heißt es: „Ein Schaden entsteht durch eine Umwelteinwirkung, wenn er durch Stoffe, Erschütterungen, Geräusche, Druck, Strahlen, Gase, Dämpfe, Wärme oder sonstige Erscheinungen verursacht wird, die sich in Boden, Luft oder Wasser ausgebreitet haben“.
- 123 Diese Definition macht klar, dass beispielsweise auch Personen- und Sachschäden durch derartige Ursachen als „Schäden durch Umwelteinwirkung“ anzusehen sind – dann also über die BHV keinen Versicherungsschutz genießen. Hier würde dann die Umwelt-Haftpflichtversicherung Anwendung finden.
- 124 Damit wird auch deutlich, dass Schäden infolge Brand oder Explosion versicherungsrechtlich als Umweltschaden angesehen werden, da sich die Flammen über den Umweltpfad „Luft“ ausgebreitet haben. Viele Versicherer stellen im Bedingungsmerkmal sogar klar, dass auch Brände innerhalb von Gebäuden als Umweltschaden anzusehen sind.
- 125 Die nachfolgenden Beispiele werden alle als „Schäden durch Umwelteinwirkung“ angesehen:
- Mitarbeiter eines Facility Management-Unternehmens setzt anlässlich eines Wartungsauftrages eine „Trennscheibe“ ein. Beim Abschleifen eines Metallteils entstehen sprühende Funken, die unmittelbar daneben deponierte Verpackungsmaterialien in Brand setzen. Der Brand greift auf ein Nachbargebäude über – es entsteht erheblicher Sachschaden.
 - Mitarbeiter eines Facility Management-Unternehmens haben den Auftrag, innerhalb eines Brauerei-Geländes die Ammoniak-Tankanlage auf Dichtigkeit zu überprüfen. Aufgrund eines falschen Handgriffes wird versehentlich ein Ventil geöffnet. Ammoniak entweicht – mehrere auf dem Gelände anwesende Personen erleiden Verletzungen.
- 126 Die Beispiele machen klar, wie exorbitant wichtig es für Facility Management-Unternehmen, dessen Nachunternehmer und Unternehmen der Bau- und Dienstleistungsbranche ist, eine gut ausgekleidete Umwelt-Haftpflicht-Versicherung vorzuhalten.
- 127 **Exkurs „temporäre Inhaberschaft umweltrelevanter Anlagen“**

Je nach Pflichtenkatalog und Leistungsverzeichnis läuft ein Facility Management-Unternehmen Gefahr, für die Dauer seines Auftrages als temporärer Inhaber einer nicht in seinem Eigentum stehenden umweltrelevanten Anlage zu werden (z.B. unterirdische Tankanlage einer Heizungsanlage, die regelmäßig zu warten ist)

So richtet sich beispielsweise die Haftung nach Wasserhaushaltsgesetz (WHG) gegen den Inhaber der Anlage. Inhaber kann auch der sein, der nach außen hin als der für die Anlage Verantwortliche auftritt. Der hierdurch notwendige Versicherungsschutz im Rahmen der Umwelthaftpflichtversicherung muss zwingend mit dem jeweiligen Versicherer individuell vereinbart werden. Marktübliche Konzepte sehen lediglich die Mitversicherung von WHG- oder sonstigen umweltrelevanten Anlagen vor, die **ausdrücklich** im Versicherungsvertrag dokumentiert und deklariert wurden. Dieser Umstand hätte zur Folge, dass jedes Facility Management Unternehmen alle umweltrelevanten Anlagen seiner Kunden erfassen und dem eigenen Haftpflichtversicherer melden muss – ein schlichtweg unmögliches Vorhaben, zumal sich eine derartige Auflistung bei jedem neuen Auftrag ändern würde.

7.3.2.7 Die Umweltschadensversicherung (USV)

Auch wenn das Umweltschadensgesetz (USchadG) schon vor mehr als 10 Jahre in Kraft getreten ist, bleibt zu konstatieren, dass viele Unternehmen keine adäquate Versicherungslösung für derartige Ansprüche unterhalten. 128

Das Gesetz schützt – allgemein gesprochen – den ökologischen Schaden und begründet eine Haftung für Umweltschäden. Letzteres allerdings nicht auf Basis privatrechtlicher Bestimmungen, es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Haftung für Umweltschäden. Alleine dadurch war es notwendig, eine neue Versicherungslösung zu schaffen: die Umweltschadensversicherung (USV). 129

Kurz und knapp gesagt, gelten im Rahmen dieser Deckung öffentlich-rechtliche Ansprüche, die aus der Sanierung von Schäden an der Umwelt selbst resultieren, versichert. Die marktüblichen Deckungen basieren großenteils auf einer Empfehlung des Gesamtverbandes der deutschen Versicherer (GDV)⁴. Hiernach besteht für Umweltschäden, die unmittelbare Folge einer plötzlichen und unfallartigen eingetretenen Störung des bestimmungsgemäßen Betriebes sind, Versicherungsschutz (Störfall). 130

Speziell für Unternehmen der Facility Management-Branche kann es hinsichtlich Tätigkeiten an umweltrelevanten Anlagen auf fremden Grundstücken wichtig sein, Versicherungsschutz nicht nur für den Störfall, sondern auch für den sogenannten Normalbetrieb zu erhalten. Hiermit tut sich zwar der Versicherungsmarkt noch schwer - es gibt allerdings bereits Anbieter, die diese Form des Versicherungsschutzes zur Verfügung stellen. 131

7.3.3 Marktübliche Deckungs-Ausschlüsse

In dem vielfach benutzen Begriff des „Kleingedruckten“ eines Versicherungsvertrags liegt, wie bei anderen Vertragstypen auch, erhebliche Brisanz. Grund hierfür ist eine Vielzahl von sogenannten Deckungsausschlüssen. Kommen diese nämlich im jeweiligen Versicherungsfall zu Anwendung, stellt der Versicherer seine Unterstützung gänzlich ein. 132

Die Anwendbarkeit eines einzigen Ausschlusses reicht aus, um den gesamten Versicherungsschutz einer bestehenden Haftpflicht-Versicherung auf **null** zu stellen. Hierbei spielt es keinerlei Rolle, ob der im Raume stehende Haftungsanspruch gerechtfertigt ist oder nicht – im Falle der Anwendbarkeit eines Ausschlusses prüft der Versicherer noch nicht einmal, ob der Anspruch dem Grund nach gerechtfertigt ist. 133

Führt man sich also die generelle Bedeutung der Ausschlüsse vor Augen, wird schnell klar, wie wichtig es ist, diese Ausschlüsse einer ganz kritischen Würdigung zu unterziehen und im Idealfall mit dem Versicherer zu verhandeln, diese zu streichen. Nicht jeder Ausschluss ist jedoch verhandelbar – bei einigen verhalten sich die Versicherer sehr restriktiv. 134

Die Identifikation von Risiko-Ausschlüssen gestaltet sich für den Nicht-Fachmann schwierig, da sich diese Ausschlüsse an ganz verschiedenen Stellen des Versicherungsvertrages 135

4 Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Umweltschadensversicherung (USV), Musterbedingungen des GDV, Stand April 2008

finden. Oftmals verstecken sie sich sogar innerhalb sogenannter Deckungserweiterungen – dort wiederum als Einschränkung verkleidet.

- 136 Auch hinsichtlich dieses Kapitel-Teils gilt: die nachfolgende Aufzählung ist exemplarisch und hat keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Auch die genauen Wortlaute der Ausschlüsse können von Versicherer zu Versicherer variieren – die hier nachfolgend zitierten Ausschlüsse sind „Screen-shots“ aus Analysen marktgängiger Policen. Im Übrigen wird auch an dieser Stelle nochmals auf die bereits angesprochene GEFMA-Richtlinie 330-1 „Zivilrechtliche Haftung und Versicherungsschutz im Facility Management“ verwiesen.

7.3.3.1 Erfüllungsausschluss

- 137 Möglicher oder ähnlich lautender Klauseltext:

Kein Versicherungsschutz besteht für Ansprüche, auch wenn es sich um gesetzliche Ansprüche handelt

(1) auf Erfüllung von Verträgen, Nacherfüllung, aus Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung, auf Schaden-ersatz statt der Leistung

(2) wegen Schäden, die verursacht werden, um Nacherfüllung durchführen zu können

(3) wegen des Ausfalles der Nutzung des Vertragsgegenstandes oder wegen des Ausbleibens des mit der Vertragsleistung geschuldeten Erfolges

(4) auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen im Vertrauen auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung

(5) auf Ersatz von Vermögensschäden wegen Verzögerung der Leistung

(6) wegen anderer an die Stelle der Erfüllung tretender Ersatzleistungen

Für alle Aufwendungen, welche die reine Erfüllung dessen betreffen, wozu das jeweilige Unternehmen vertraglich verpflichtet war, besteht nach dieser Regelung grundsätzlich kein Versicherungsschutz.

- 138 So ist z. B. der aus dem Werkvertrag geschuldete Anspruch auf Nacherfüllung vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Der Ausschluss bezieht sich auch auf sogenannte Erfüllungssurrogate und meint damit, „die an die Stelle der Erfüllungsleistung tretende Ersatzleistung“. Nach herrschender Meinung werden diejenigen Schadenersatzansprüche als Erfüllungssurrogat bezeichnet, die auf das Vertragserfüllungsinteresse gerichtet sind.⁵
- 139 Der Grad zwischen – nicht versicherten – Erfüllungssurrogaten und – versichertem – Schadenersatz kann extrem schmal sein. Eine durch den Versicherer ausgesprochene Ablehnung, welche auf diesem Ausschluss fußt, sollte einzelfall-abhängig immer überprüft werden.
- 140 Von entscheidender Bedeutung für den Versicherungsschutz ist, welchen substantiellen Inhalt der Vertrag hat, den das jeweilige Facility Management-Unternehmen bei seiner Leistungserbringung zu erfüllen hat.

5 Schmalzl, Rd-Nr. 727

7.3.3.2 Reine Vermögensschäden / Abhandenkommen von Sachen

Bei der absoluten Mehrheit der Betriebshaftpflicht-Versicherungen handelt es sich um Verträge, die auf Basis der „AHB“ dokumentiert sind. In Ziffer 2.1 AHB wird klargestellt, dass der Versicherungsschutz auf die Mitversicherung **reiner Vermögensschäden** erweitert werden kann. 141

Diese optionale Erweiterung erfolgt üblicherweise im Markt mit folgender oder ähnlicher Klausel: 142

Eingeschlossen ist die gesetzliche Haftpflicht wegen Vermögensschäden im Sinne Ziffer 2.1 AHB aus Schadenereignissen, die während der Wirksamkeit der Versicherung eingetreten sind. Ausgeschlossen sind Haftpflichtansprüche aus Schäden, die durch vom Versicherungsnehmer geleistete Arbeiten entstehen.

Diese „Deckungserweiterung“ ist für das Facility Management-Unternehmen (wie auch Bau- oder Dienstleistungsunternehmen) faktisch eine Null-Stellung des Versicherungsschutzes für reine Vermögensschäden. 143

Bei Vereinbarung einer solchen (oder ähnlichen) Klausel besteht für den jeweiligen Versicherungsnehmer dringender Handlungsbedarf. 144

Auch Schäden durch „Abhandenkommen von Sachen“ sind zunächst einmal nicht Gegenstand des Versicherungsschutzes (Ziffer 2.1. AHB). Für derartige Schäden hat jedoch jedes Facility-Management-Unternehmen absoluten Bedarf. Zu denken ist an das Thema „Schlüsselverlust“ – aber auch auf Abhandenkommen zu bewachender Sachen der Auftraggeber. 145

Moderne Versicherungskonzepte sehen diese Mitversicherungen vor – aber auch hier nur mit sehr eingeschränkten Deckungsinhalten und Versicherungssummen. 146

7.3.3.3 Tätigkeitsschäden / Bearbeitungsschäden

Ziffer 7.6 der AHB beinhalten folgenden – sehr weitreichenden – Ausschluss im Bereich von Sachschäden: 147

Ausgeschlossen bleiben Haftpflichtansprüche wegen Schäden an fremden Sachen und allen sich daraus ergebenden Vermögensschäden, wenn

- (1) die Schäden durch eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Versicherungsnehmer an diesen Sachen (Bearbeitung, Reparatur, Beförderung, Prüfung und dgl.) entstanden sind; bei unbeweglichen Sachen gilt dieser Ausschluss nur insoweit, als diese Sachen oder Teile von ihnen unmittelbar von der Tätigkeit betroffen waren;*
- (2) die Schäden dadurch entstanden sind, dass der Versicherungsnehmer diese Sachen zur Durchführung seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeiten (als Werkzeug, Hilfsmittel, Materialablagefläche und dgl.) benutzt hat; bei unbeweglichen Sachen gilt dieser Ausschluss nur insoweit, als diese Sachen oder Teile von ihnen unmittelbar von der Benutzung betroffen waren;*
- (3) die Schäden durch eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Versicherungsnehmer entstanden sind und sich diese Sachen oder - sofern es sich um unbewegliche Sachen*

handelt – deren Teile im unmittelbaren Einwirkungsbereich der Tätigkeit befunden haben; dieser Ausschluss gilt nicht, wenn der Versicherungsnehmer beweist, dass er zum Zeitpunkt der Tätigkeit offensichtlich notwendige Schutzvorkehrungen zur Vermeidung von Schäden getroffen hatte.

148 Zur Verdeutlichung folgende – bei dieser Klausel ausgeschlossene – Schadenfälle :

- Ein Facility Management-Unternehmen beschädigt bei Reinigungsarbeiten infolge zu hohem Wasserdruck die sensible Elektronik der zu reinigenden Verpackungs-Maschine. Während der extrem teuren und zeitaufwendigen Reparatur steht die Verpackungsstrasse im Werk des Auftraggebers für 2 Tage still.
- Ein Facility Management-Unternehmen führt bei Auftraggeber innerbetriebliche Umzüge durch. Mitarbeiter ziehen hierbei Möbel über gerade neu verlegten Marmorboden auf der Innentreppe. Es entstehen erhebliche Kratzspuren und Abplatzungen an allen Treppenstufen.
- Im Rahmen seiner Leistungsverpflichtung (u.a. Pflege der Grünanlagen) setzt das Facility Management-Unternehmen auf dem Gelände seines Auftraggebers neue Pflanzen. Zum Ausheben der Pflanzlöcher benutzt der Mitarbeiter des Facility Management-Unternehmens einen Minibagger. Trotz Einweisung wird ein dem Auftraggeber gehörendes – und im Erdreich verlegtes – EDV-Kabel beschädigt. Bis die Not-Reparatur mittels Muffe durchgeführt werden kann, steht die komplette EDV für 6 Stunden still.

149 Auch diese Beispiele machen schnell wird klar, wie wichtig es für Facility Management-Unternehmen ist, Tätigkeitsschäden ausreichend zu versichern. Dies gilt für die inhaltliche **und** summenmässige Substanz.

150 Die Analyse vieler Verträge zeigt, dass die Mitversicherung derartiger Tätigkeitsschäden teilweise mit extrem niedrigen Versicherungssummen (Sublimit) erfolgt. Ziel muss sein, Tätigkeitsschäden immer bis zur Höhe der vereinbarten Sachschaden-Versicherungssumme zu versichern, zumal der aus dem Tätigkeitsschaden resultierende Vermögensschaden auch aus der Versicherungssumme für Tätigkeitsschäden gezahlt wird.

7.3.3.4 Vertragliche Haftungserweiterungen

151 Aus Ziffer 7.3 AHB ergibt sich folgender Ausschluss:

Falls im Versicherungsschein oder seine Nachträgen nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, sind von der Versicherung ausgeschlossen Haftpflichtansprüche, soweit sie auf Grund Vertrags oder Zusagen über den Umfang der gesetzlichen Haftpflicht des Versicherungsnehmers hinausgehen

152 Sofern sich also in Facility Management- oder sonstigen Verträgen Klauseln befinden, die über den gesetzlichen Haftungsumfang hinausgehen, wird der Versicherer derartige – rein vertragliche- Ansprüche nicht ersetzen.

153 Insofern bedarf es vor jeder Vertragsunterzeichnung einer kritischen Überprüfung, ob der Vertrag ggf. Haftungserweiterungen außerhalb gesetzlicher Ansprüche enthält. Nach entsprechender Identifikation durch ein gezieltes Vertragscontrolling sollte versucht werden, derartige Ansprüche in den Versicherungsschutz zu integrieren – je nach Schärfe und Be-

deutung der Regelung sind Versicherer hier durchaus verhandlungsbereit, in vielen Fällen allerdings nur gegen Mehrprämie.

7.3.3.5 Miete / Leihe

In Ziffer 7.6 AHB wird folgendes geregelt:

154

„Falls im Versicherungsschein oder seine Nachträgen nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, sind von der Versicherung ausgeschlossen Haftpflichtansprüche wegen Schäden an fremden Sachen und allen sich daraus ergebenden Vermögensschäden, wenn der Versicherungsnehmer diese Sachen gemietet, geleast, gepachtet, geliehen durch verbotene Eigenmacht erlangt hat oder sie Gegenstand eines besonderen Verwahrungsvertrages.“

Dieser Ausschluss bezieht sich sowohl auf Immobilien, Räume in Immobilien als auch beweglicher Sachen, die bspw. durch das Facility Management-Unternehmen (oder dessen Mitarbeiter) gemietet, geliehen oder geleast wurden. Hinsichtlich der einzelnen Begriffsdefinitionen sind u.a. die gesetzlichen Bestimmungen im BGB maßgebend – hier im Einzelnen:

155

- „Sache“: §§ 90, 90a BGB
- „Miete“: §§ 535 ff. BGB
- „Leihe“: §§ 598 ff. BGB
- „Pacht“: §§ 581 ff. BGB

Viele Deckungskonzepte der Haftpflicht-Versicherer sehen grundsätzlich die Mitversicherung von Mietsachschäden an Immobilien vor – Mietsachschäden an mobilen Sachen (z.B. Arbeitsmaschinen usw.) werden hingegen höchst ungern versichert. In jedem Falle ist zu prüfen, ob, in welcher Qualität und mit welchen Versicherungssummen derartige Schäden versichert gelten.

156

7.3.3.6 Schäden durch Umwelteinwirkung

Wie bereits zuvor mehrfach erwähnt, gibt es in der Betriebshaftpflicht-Versicherung eine Nullstellung des Versicherungsschutzes für Schäden durch Umwelteinwirkung. In Ziffer 7.10 b) AHB gilt folgender Ausschluss geregelt:

157

„Haftpflichtansprüche wegen Schäden durch Umwelteinwirkung.“

Insofern ist es zwingend notwendig, derartige Schäden im Rahmen einer Umwelt-Haftpflichtversicherung (UHV) zu versichern (vgl. Abschnitt 7.3.2.6)

158

7.3.3.7 Ansprüche Umweltschadensgesetz

Die in vorangegangener Ziffer 6 angesprochene Nullstellung gilt nach Ziffer 7.10 a) AHB auch für Ansprüche nach dem Umweltschadensgesetz (USchadG).

159

Derartige öffentlich-rechtliche Ansprüche sind über eine separate Umweltschadensversicherung (USV) zu versichern. (vgl. Abschnitt 7.3.2.7).

160

7.3.3.8 Feuergefährliche Arbeiten

- 161 Derartige Ausschlüsse sind mannigfaltig im Markt unterwegs:
Bei Schäden infolge vorschriftswidrigen Umgangs mit brennbaren oder explosiven Stoffen ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei.
- 162 In dieser Form ein nicht akzeptabler Ausschluss, zumal durch den Begriff der „Vorschriftswidrigkeit“ zwischen (versicherter) fahrlässiger Herbeiführung und (unversicherter) vorsätzlichen Verursachung eines Schadens nicht unterschieden wird.

7.3.3.9 Schimmelbildung / „toxid mold“ / elektromagnetische Felder

- 163 Auch hier zeigt sich ein gewisser Trend im Assekuranz-Sektor. Immer mehr Versicherer tendieren dazu, in ihren Policen sogenannte Stoffe-Ausschlüsse zu vereinbaren. Die negative Folge: ist ein solcher „Stoff“ kausal für einen Schadenfall verantwortlich wird kein Versicherungsschutz zur Verfügung gestellt.
- 164 Nachfolgend exemplarische Beispiele für derartige Ausschlüsse:
Ausgeschlossen bleiben Schäden, welche direkt oder indirekt durch Schimmelpilz (einschließlich Sporen) oder sonstigem Pilzbefall jeglicher Art verursacht wurden.“
- 165 Damit bestünde für folgenden Schadenfall kein Versicherungsschutz: Diverse Etagen eines größeren Bürokomplexes stehen leer. Gemäß Leistungsverzeichnis hat das Facility Management-Unternehmen u.a. die kompletten Flächen zu reinigen und regelmäßig instand zu halten und zu begehen. Die leerstehenden Flächen werden über einen langen Zeitraum jedoch weder in Augenschein genommen, noch regelmäßig ge- und belüftet. Nach 9 Monaten Leerstand wird bei Führung mit einem neuen Mietinteressenten festgestellt, dass sich an den Außenwänden Schimmel gebildet hat. Umfangreiche Sanierungsarbeiten fallen an.
- 166 Weiteres **Beispiel** für einen marktüblichen Ausschluss:
Vom Versicherungsschutz ausgeschlossen bleiben Schäden durch elektromagnetische Felder (EMF).
- 167 Folgender Schadenfall hierzu: Ein Facility Management-Unternehmen hat den Auftrag, die Wartung und Installierung von Funksendemasten mit zu überwachen. Nachdem ein neuer Sendemast installiert wurde, beschwerten sich Anwohner, sie würden wegen Elektromog an Schlaflosigkeit leiden.

7.4 Verhalten im Haftpflicht-Schadenfall

- 168 Auch wenn es selbstverständlich auf den Einzelfall ankommt, so gibt es einige Grundregeln, die jedes Unternehmen unbedingt berücksichtigen sollte, um den Versicherungsschutz nicht zu gefährden.

- Wesentliche Obliegenheiten, die ein Versicherungsnehmer im Falle eines Schadens zu erfüllen hat, sind ebenfalls in den AHB geregelt. 169
- Hiernach muss ein Versicherungsfall (vgl. Abschnitt 7.3.2.1), auch wenn noch keine Haftpflichtansprüche durch Dritte erhoben wurden, schnellstmöglich, spätestens innerhalb einer Woche dem Versicherer angezeigt werden. Dem Versicherer müssen hierbei ausführliche und wahrheitsgemäße Schilderungen zur Verfügung gestellt werden. 170
- Absolut sinnvoll ist hierbei, dem Versicherer Hinweise zu geben, sofern die Einschaltung eines externen Sachverständigen erforderlich sein sollte. Hintergründe für eine derartige Beauftragung können vielfältig sein, insbesondere dann, wenn beispielsweise die Haftungsfrage strittig ist und Beweise zu sichern wären. 171
- Für den Fall, dass gegen den Versicherungsnehmer bzw. mitversicherte Personen staatsanwaltschaftliche, behördliche oder gerichtliche Ermittlungen eingeleitet werden, ist dies dem Versicherer ebenfalls zwingend anzuzeigen. Dies gilt auch bei Erlass eines Mahnbescheides, bei einer Streitverkündung oder bei der Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens. 172
- Absolute Vorsicht ist geboten, im Raume stehende Haftpflichtansprüche dem Dritten gegenüber ohne vorherige Zustimmung mit dem Versicherer anzuerkennen. Ein solches Anerkenntnis führt zwar per se nicht mehr automatisch zu einer Deckungsablehnung des Versicherers – allerdings muss sich der Versicherer nicht an diese Haftungsanerkennung gebunden fühlen. 173

7.5 Fazit und Schlussbemerkung

- Mittels den vorangegangenen Darlegungen und Beispielen ist es hoffentlich gelungen, dem Leser deutlich zu machen, welche Liquiditätseinschränkende Fallen sich hinter den Versicherungsthemen verbergen können. Die Identifizierung derartiger Fallen ist durch die vielfach angesprochene Bedingungsfreiheit im deutschen Assekuranzmarkt nicht einfacher geworden – ganz im Gegenteil. 174
- Grundsätzlich kann attestiert werden, dass der Bereich Facility Management durchaus „Großschaden-geneigt“ sein kann – auch hier sei exemplarisch auf den Großbrand am Düsseldorfer Flughafen oder die Explosion auf dem Gelände eines Chemieriesen in Ludwigshafen hingewiesen. 175
- Risikogerechter Versicherungsschutz ist letztendlich – unabhängig welche Versicherungssparte – bedeutendes Instrument eines unternehmensinternen Risiko- und Haftungsmanagements. Ganz in diesem Kontext ist jedes Unternehmen gut beraten, zumindest folgende Regeln zu beachten bzw. als eine Art Prozess im Unternehmen zu integrieren: 176
- Klare und offene Kommunikation mit Auftraggeber und Nachunternehmer zum Themenkreis „Versicherungen“
 - Gemeinsame Überlegungen, ob und wie „Doppelversicherungen“ vermieden werden können.

- Gezieltes Controlling der Aufträge, ob Haftungsregelungen und zu erfüllende Dienstleistungen vom Versicherungsschutz umfasst gelten.
- Mindestens 1x jährlich Versicherungssumme und Risikobeschreibung der geschäftlichen Entwicklung anpassen. Dies gilt sowohl für den infrastrukturellen / technischen, als auch kaufmännischen Facility Management-Bereich
- Sofern Facility Management-Dienstleistungen auch für im Ausland sitzende Kunden angeboten werden: Kenntnis über die ausländische Haftungssituation einholen
- Berater-Netzwerk schaffen (Kanzleien, Versicherungsfachleute)

Wenn hinter diesen fünf Punkten ein „Haken“ gesetzt werden kann, dann ist ein großer und richtiger Schritt in Richtung einer höheren Rechtssicherheit getan.

Schrifttum

Späte: Haftpflicht-Versicherung, AHB-Kommentar, München, 1992

Schmalzl/Krause-Allenstein: Berufshaftpflichtversicherung des Architekten und Bauunternehmers, 2. Auflage, München 2006

Umwelt, Energie und Nachhaltigkeit

Kapitel 8	Umweltrecht und Öffentliches Baurecht <i>Jens Nusser</i>
Kapitel 9	Energiemanagement im Facility Management <i>Stefan Scherz</i>
Kapitel 10	Nachhaltigkeitszertifizierung im Betrieb nach DGNB <i>Wolfgang-Gunnar Adams, Alexander Bombeck</i>
Kapitel 11	Nachhaltigkeit und Zertifizierung nach GEFMA 160 <i>Christian Meysenburg</i>



Umweltrecht und Öffentliches Baurecht

8.1 Grundlagen – 397

- 8.1.1 Rechtsgrundlagen – 397
- 8.1.2 Abgrenzung Öffentliches Recht – Zivilrecht – 401
- 8.1.3 Grundsätze behördlichen Handelns – 402
- 8.1.4 Verwaltungsvollstreckung – 407

8.2 Umweltrecht – 409

- 8.2.1 Grundlagen des Umweltrechts – 409
- 8.2.2 Abfallentsorgung – 415
- 8.2.3 Boden- und Grundwasserschutz/Altlastensanierung – 437
- 8.2.4 Wasserrecht – Versorgung, Entsorgung und Umgang mit wassergefährdenden Stoffen – 451
- 8.2.5 Immissionsschutz – 464

8.3 Öffentliches Baurecht – 469

- 8.3.1 Bauplanungsrecht – 469
- 8.3.2 Bauordnungsrecht – 470
- 8.3.3 Baunebenrecht – 477
- 8.3.4 Gefahrstoffrecht – 478

8.1 Grundlagen

Die Anforderungen an das Facility Management steigen ständig. Neben seinen herkömmlichen Aufgabenbereichen, muss sich der Facility Manager zukünftig vermehrt mit weiteren Themen auseinandersetzen, die teilweise komplexe Rechtsfragen aufwerfen. Die abfallrechtliche Verantwortlichkeit, die ihn als **Abfallbesitzer** persönlich treffen kann, die Anforderungen an den Inhaber von Trinkwasserinstallationen nach der **Trinkwasser-Verordnung** oder der Umgang mit Gebäudeschadstoffen gerade im Zuge ihrer Sanierung oder ihres Abbruchs seien hier beispielhaft genannt. Daneben trifft den Facility Manager, je nach vertraglicher Ausgestaltung, seit jeher die Aufgabe, das bauplanungs- und bauordnungsrechtliche Genehmigungsmanagement im Auge zu behalten und durchzuführen; gerade der Einhaltung des sog. Baunebenrechts kommt hier eine wichtige Rolle zu. Im folgenden Kapitel werden in der Praxis häufig vorkommenden Problem- und Fragestellungen beschrieben; eine vollständige Abarbeitung des gesamten einschlägigen öffentlichen Rechts kann an dieser Stelle nicht geleistet werden. Es soll vielmehr u.a. ein Problembewusstsein dafür geschaffen werden, in welchem Verhältnis die öffentlich-rechtliche Verantwortung, die sich aus den einschlägigen Rechtsvorschriften ergibt, zu der Erfüllung zivilvertraglich übertragener Pflichten steht.

1

8.1.1 Rechtsgrundlagen

Die Grundlagen der rechtlichen Anforderungen des Umweltrechts und des Öffentlichen Baurechts finden sich auf europäischer wie nationaler Ebene in Verordnungen, Richtlinien, Gesetzen, Satzungen und dem einschlägigen untergesetzlichen Regelwerk.

2

8.1.1.1 Europäische Verordnungen und Richtlinien

Gerade im Umweltrecht werden die wesentlichen Weichen auf europäischer Ebene gestellt. Formale Rechtssetzungsakte sind hier in erster Linie Richtlinien und Verordnungen nach Art. 288 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹. Während die Richtlinien in aller Regel nicht unmittelbar in den jeweiligen Mitgliedsstaaten gelten² und durch nationale Umsetzungsakte in nationales Recht umgesetzt werden müssen, entfalten EU-Verordnungen unmittelbare Wirkung im jeweiligen Mitgliedstaat zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens, vgl. Art. 288 Abs. 2 und 3 AEUV. Folge der unmittelbaren Wirkungen von EU-Verordnungen ist, dass sie wie nationales Recht von Verwaltung und Gerichten in den Mitgliedsstaaten anzuwenden sind.

3

1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 01.12.2009, Konsolidierte Fassung, ABl. EG Nr. C 115 vom 09.05.2008, S. 47.

2 Vgl. zur unmittelbaren Geltung von EU-Richtlinien Ruffert, in: Callies/Ruffert, Art. 288, Rn. 47 ff.

- 4 Hinsichtlich der Umsetzung europäischer Richtlinien hat der nationale Gesetzgeber hingegen einen gewissen Umsetzungsspielraum. Er muss Richtlinien nicht „eins zu eins“ umsetzen. Vielmehr ist der nationale Gesetzgeber nur den Zielen der jeweiligen EU-Richtlinie verpflichtet und muss sicherstellen, dass diese auf nationaler Ebene erreicht werden³. Allein aufgrund der Fülle der durch die EU erlassenen und national umzusetzenden Richtlinien und der Verlagerung von Fachkompetenz auf die europäische Ebene ist der nationale Gesetzgeber jedoch gerade im Bereich des Umweltrechts dazu übergegangen, Richtlinien häufig nahezu wortgleich in nationales Recht zu überführen.
- 5 Als EU-Richtlinien und Verordnungen, die für das Facility Management von Bedeutung sind, können beispielhaft einerseits die Abfallrahmenrichtlinie 2008/98/EG⁴, andererseits in Bezug auf den Betrieb von Klimaanlagen die Verordnung 842/2006/EG über bestimmte fluorierte Treibhausgase⁵ genannt werden.

8.1.1.2 Nationale Gesetze, Verordnungen und Satzungen

- 6 Innerhalb des nationalen Rechts wird zunächst zwischen Bundesrecht und Landesrecht unterschieden. Dabei gilt nach Art. 31 GG als Konkurrenzregel der Grundsatz: „Bundesrecht bricht Landesrecht“⁶. Die Notwendigkeit, Normenkollisionen zu lösen, ergibt sich daraus, dass im Bundesstaat sowohl der Gesamtstaat als auch die Bundesländer eigene Staatsgewalt besitzen, so dass beide Recht setzen könnten, das miteinander unvereinbar ist. Trotz ihrer grundsätzlichen Bedeutung für das föderale System kommt die Kollisionsregel des Art. 31 GG in der Praxis sehr selten zur Anwendung, da die Regeln über die Gesetzgebungskompetenz in Art. 70 ff. GG vorrangig zu prüfen sind. Durch die in den Art. 70 ff. GG vom Verfassungsgeber vorgenommene Kompetenzaufteilung in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz (des Bundes) und die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz, auf deren Grundlage die Länder gerade im Umweltrecht in vielen Bereichen Gesetze erlassen können⁷, werden Kollisionen im Sinne des Art. 31 GG fast immer vermieden.
- 7 Innerhalb des nationalen Rechts wird auf Bundes- wie Länderebene weiterhin zwischen Gesetzen, Verordnungen und Satzungen unterschieden. Gesetze, wie etwa das **Bundes-Bodenschutzgesetz** auf Bundesebene oder die Landesbodenschutzgesetze auf Länderebene sind gegenüber Verordnungen und Satzungen höherrangig. Verordnungen, wie etwa die Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen (1. BImSchV)⁸, ergehen auf Grundlage einer sog. Verordnungsermächtigung, die in einem Bundes- oder Landesge-

3 Grundlegend EuGH, Rs. 48/75, Slg. 1976, 497, Rn. 69/73 a.E. („Royer-Entscheidung“); Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 249 EGV Rn. 139 f.

4 Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien, ABl. EU L 312 vom 22.11.2008, S. 3 ff.

5 Verordnung (EG) Nr. 842/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über bestimmte fluorierte Treibhausgase, ABl. EU L 161 vom 14.06.2006, S. 1 ff.

6 Vgl. ausführlich hierzu Koritoh, in: Maunz/Dürig, Art. 31 Rn. 1 ff.

7 Vgl. zu den Gesetzgebungskompetenzen in Umweltsachen nach der Föderalismusreform Beckmann/Wittman, in: Landmann/Rohmer, Allgemeiner Teil, USchadG, Rn. 30 f.

8 Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen vom 26. Januar 2010 (BGBl. I S. 38).

setz enthalten sein muss. Die Verordnungsermächtigung für die 1. BImSchV ist im **Bundes-Immissionsschutzgesetz**⁹ (BImSchG) enthalten, dort insbesondere in § 23 Abs. 1 BImSchG. Dabei müssen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden¹⁰. Die Verordnungen dürfen daher inhaltlich nicht über die Verordnungsermächtigung hinausgehen, anderenfalls wäre die entsprechende Verordnung unwirksam. Als Satzungen schließlich werden Rechtsnormen bezeichnet, die von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts – etwa einer Gemeinde als Gebietskörperschaft – im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen erlassen werden¹¹. Prominente Beispiele für öffentlich-rechtliche Satzungen sind etwa Bebauungspläne, die gemäß § 10 Abs. 2 BauGB von der Gemeinde als Satzung erlassen werden.

8.1.1.3 Untergesetzliches Regelwerk

Für das Umweltrecht und das Öffentliche Baurecht spielen darüber hinaus weitere Normen eine bedeutende Rolle, die zusammenfassend als untergesetzliches Regelwerk bezeichnet werden. Unter diesen Begriff fallen bspw. Verwaltungsvorschriften, EN-Normen, DIN-Normen, VDI-Normen, Technische Regeln oder auch berufsgenossenschaftlichen Vorschriften. Im Einzelnen bestehen nicht nur inhaltlich, sondern auch formal große Unterschiede zwischen den einzelnen Normen. Durch Verwaltungsvorschriften bspw. sind grundsätzlich nur die Behörden selbst gebunden, eine Ausnahme hiervon bilden lediglich die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften, die auch für Dritte, also auch für den Facility Manager, unmittelbare Bindungswirkung besitzen¹². So wird etwa der unbestimmte Rechtsbegriff schädliche Umwelteinwirkungen, nach § 3 Abs. 1 BImSchG durch die TA Luft¹³, TA Lärm¹⁴ oder aber die Geruchsimmissionsrichtlinie (GIRL)¹⁵ konkretisiert. Die Voraussetzungen für die Qualifizierung einer Verwaltungsvorschrift als normkonkretisierend sind dabei streng¹⁶.

8

9 Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.09.2002, BGBl. I, S. 3830 ff., zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vom 24.02.2012, BGBl. I, S. 212 ff.

10 Vgl. zu den Voraussetzung des Art. 80 Abs. 1 GG ausführlich Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 80 Rn. 27 ff.

11 BVerfGE 10, S. 20 (49 f.).

12 Vgl. zur dogmatischen Einordnung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften Wahl, NVwZ 1991, 409 (414); Sandler, UPR 1993, S. 321 (321 ff.); Gusy, NVwZ 1995, S. 105 (107 ff.).

13 Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft) vom 24. Juli 2002, GMBL 2002, Heft 25–29, S. 511 ff.

14 Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm) vom 26. August 1998 (GMBL Nr. 26/1998 S. 503), geändert durch ÄndVwV vom 1. Juni 2017 (Bundesanzeiger AT 08.06.2017 B5)

15 GIRL – Geruchsimmissions-Richtlinie, Feststellung und Beurteilung von Geruchsimmissionen in der Fassung vom 29. Februar 2008 und einer Ergänzung vom 10. September 2008, Erlass des Ministeriums für Landwirtschaft und Umwelt des Landes Sachsen-Anhalt vom 06.10.2004.

16 Vgl. BVerwG mit Urt. v. 28.10.1998 – 8 C 16.96.

- 9 Technische Normen – wie beispielsweise DIN-(EN)-Normen, VDI und VDE-Richtlinien – Technische Regeln, wie beispielsweise die Technischen Regeln für Gefahrstoffe (TRGS), werden häufig durch private Organisationen erarbeitet, in denen Fachleute in Gremien aufgrund eines Normauftrags technische Standards beschreiben¹⁷. Bei diesem untergesetzlichen Regelwerk handelt es sich nicht um geltendes Recht. Diese Normen, Richtlinien und sonstigen Vorschriften werden zumeist von privatrechtlich organisierten Institutionen erarbeitet, etwa dem Deutschen Institut für Normung als eingetragenen Verein (DIN e.V.). Sie werden im Gegensatz zu Rechtsvorschriften nicht in einem parlamentarischen Verfahren erarbeitet und erlassen. Es handelt sich vielmehr um technische Regelungen mit Empfehlungscharakter¹⁸. Daher kommt ihnen in der Regel rechtlich nur eine Vermutungswirkung zu. Technische Regelwerke können zu einem bestimmten Zeitpunkt einen technischen Standard beschreiben bzw. diesen widerspiegeln. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seiner „Kalkar-Entscheidung“¹⁹ die drei wesentlichen technischen Standards, die das deutsche Recht prägen, herausgearbeitet. Danach wird zwischen den (allgemein) anerkannten Regeln der Technik, dem Stand der Technik und dem Stand von Wissenschaft und Technik unterschieden. Den technischen Standards ist gemein, dass sie systematisch durch zwei Elemente beschrieben werden, erstens den Grad der fachlichen bzw. wissenschaftliche Anerkennung durch die maßgebenden Kreise und zweitens den Grad der Bewehrung der jeweiligen Erkenntnisse in der Praxis. Die **allgemeinen anerkannten Regeln der Technik** bezeichnen die Gesamtheit der in der Baupraxis bewehrten Konstruktionsgrundsätze (technische Verfahren etc.), die die große Mehrheit der maßgebenden Fachkreise als richtig ansieht und nutzt²⁰. Der **Stand der Technik** wird definiert als „Regeln“, die noch nicht als allgemein anerkannt angesehen werden können, jedoch bis zu einem bestimmten Zeitpunkt den Stand der technischen Erkenntnisse widerspiegeln und Eingang in die betriebliche Praxis gefunden haben. Der Stand der Technik ist somit ein höherwertiger technischer Standard gegenüber den allgemeinen anerkannten Regeln der Technik. Der höchste technische Standard ist der **Stand von Wissenschaft und Technik**. Hierunter sind die neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse zu verstehen, auch wenn sie in die betriebliche Praxis noch keinen Eingang gefunden haben.
- 10 Der Gesetzgeber verweist in Gesetzen und Verordnungen häufig auf technische Standards, sehr selten verweist er hingegen auf konkrete technische Regelwerke (Normen). Er überlässt es vielmehr dem Rechtsanwender – und somit im Streitfall letztlich den Gerichten²¹ – zu bestimmen, welche technischen Regelwerke bzw. welche in ihnen enthaltenen einzelnen technischen Regeln den jeweils gesetzlich oder vertraglich geforderten technischen Stan-

17 Vgl. zum Procedere der Normsetzung des DIN-Instituts e.V. http://www.ergo-online.de/html/rechtsgrundlagen/berufsgenossenschaftliche_vo/normen.htm; weiterführend Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, S. 564 f.

18 Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.08.1962 - I C 14/61; Urt. v. 18.07.1998 - 4 B 38/98; BGH, Urt. v. 14.05.1998 - VII ZR 184/97.

19 BVerfGE 49, 89 (135 f.).

20 BGH, Urt. v. 04.06.2009 - VII ZR 54/07.

21 Vgl. zu der Frage, ob ein bestimmtes technisches Verfahren (Rohrinnensanierung mit Epoxidharz) eine allgemein anerkannte Regel der Technik darstellt, LG Mannheim, Urt. v. 23.10.2014 - 3 O 17/14.

dard ausgestalten. Diese Regelungssystematik ist insbesondere deswegen sinnvoll, weil Normen in aller Regel statisch sind, während der technische Wandel dynamisch ist. Eine Norm, die vor 20 Jahren den Stand der Technik widergespiegelt haben mag, entspricht heutzutage vielleicht nicht einmal mehr den allgemeinen anerkannten Regeln der Technik²².

Die Unterscheidung zwischen den allgemein anerkannten Regeln der Technik und dem Stand der Technik ist für den Facility Manager von wesentlicher Bedeutung. Anerkannte Regeln der Technik werden im Rahmen zivilrechtlicher Verträge auch ohne ausdrückliche Vereinbarung Vertragsgrundlage²³. Der Stand der Technik hingegen, dessen Beachtung die Anwendung anspruchsvollerer und damit in der Regel teurerer Verfahren voraussetzt, muss zwischen den Parteien eines zivilrechtlichen Vertrages grundsätzlich explizit vereinbart werden. Über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehende Herstelleranforderungen sind von Fachfirmen, die mit einer Grundüberholung beauftragt sind, allerdings dann zu beachten, wenn sie die Sicherheit des Betriebs der entsprechenden Anlage betreffen²⁴. Öffentlich-rechtliche Anforderungen setzen hingegen, gerade in Konkretisierung des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, zumeist die Beachtung des Stands der Technik voraus; so schreibt etwa die Vorsorgepflicht des Betreibers genehmigungsbedürftiger Anlagen nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG die Einhaltung des Stands der Technik vor.

8.1.2 Abgrenzung Öffentliches Recht – Zivilrecht

Während sich im Zivilrecht mit den Vertragsparteien gleichrangige Partner gegenüberstehen, ist das Öffentliche Recht von einem Über- und Unterordnungsverhältnis (sog. Subordinationsverhältnis) der Rechtssubjekte gekennzeichnet. Die Verwaltung kann dem ihr untergeordneten Bürger gegebenenfalls im Wege einer behördlichen Anordnung aufgeben, wie er sich zu verhalten, bspw. welche Rechtspflichten er zu erfüllen hat. Gestaltungsmittel des Öffentlichen Rechts ist dabei in erster Linie der Verwaltungsakt, vgl. sogleich unter Rdn. 22 f.²⁵. Während Ziel zivilrechtlicher Verträge – zumindest in der Theorie – eine gerechte Risikoverteilung verbunden mit der Verwirklichung wechselseitiger Interessen ist, geht es in den für den Facility Manager relevanten Bereichen des Öffentlichen Rechts in erster Linie um **Gefahrenabwehr** und **Risikoversorge**.

Im Rahmen zivilrechtlicher Verträge, wie dem FM-Vertrag, werden von einer Vertragspartei zivilrechtliche Verpflichtungen auf die andere Vertragspartei übertragen. Diese Vertragspflichten sind von dem jeweiligen Vertragspartner zu erfüllen. Werden sie nicht oder mangelhaft erfüllt, führt dies, wie oben in Kapitel 2 ausführlich dargestellt, zu bestimmten Rechten einer Vertragspartei, bspw. Gewährleistungsrechten. Regelmäßig werden im FM-Vertrag auch bestimmte zivilrechtliche **Verkehrssicherungspflichten** und strafrechtliche

22 BGH, Urt. v. 04.06.2009 – VII ZR 73/13.

23 Sprau, in: Palandt, § 633 Rn. 6 f.

24 BGH, Urt. v. 23.07.2009 – VII ZR 164/08.

25 Daneben kommt als Handlungsmittel der Verwaltung der Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge auf Grundlage der §§ 54 ff. VwVfG in Betracht, bspw. von Altlastensanierungsverträgen; vgl. zu öffentlich-rechtlichen Verträgen allgemein Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 54, Rn. 1 ff.

Sorgfaltspflichten übertragen²⁶. In Abgrenzung hierzu kann eine aufgrund öffentlich-rechtlicher Ge- und/oder Verbotsnormen bestehende öffentlich-rechtliche Verantwortung grundsätzlich nicht durch einen zivilrechtlichen Vertrag auf den Vertragspartner übertragen werden²⁷. Möglich ist es nur, den Vertragspartner zur Erfüllung der eigenen öffentlich-rechtlichen Verantwortung zu beauftragen. Öffentlich-rechtliche Verantwortung, gerade im Bereich der Gefahrenabwehr und Risikovorsorge, steht somit nicht zur Disposition der Vertragsparteien. Dieser bedeutende Grundsatz des öffentlichen Rechts findet bspw. in § 22 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)²⁸ seinen ausdrücklichen Niederschlag; § 22 KrWG lautet:

„Die zur Verwertung und Beseitigung Verpflichteten können Dritte mit der Erfüllung ihrer Pflichten beauftragen. Ihre Verantwortlichkeit für die Erfüllung der Pflichten bleibt hiervon unberührt und so lange bestehen, bis die Entsorgung endgültig und ordnungsgemäß abgeschlossen ist. Die beauftragten Dritten müssen über die erforderliche Zuverlässigkeit verfügen.“

- 13 So kann etwa ein Abfallerzeuger oder Abfallbesitzer, den öffentlich-rechtlich die Verantwortung für die ordnungsgemäße Entsorgung des Abfalls trifft, diese öffentlich-rechtliche Verantwortung nicht auf einen Dritten – bspw. ein Entsorgungsunternehmen – übertragen. Er kann das Entsorgungsunternehmen nur damit beauftragen, an seiner statt die abfallrechtliche Verantwortung wahrzunehmen. Diese Unterscheidung mag unbedeutend erscheinen, sie ist es aber nicht. Denn die nach Abfallrecht zuständige Überwachungsbehörde muss sich bei Vollzug des Abfallrechts zumindest auf der Primärebene der Gefahrenabwehr nicht damit auseinandersetzen, welche Vereinbarungen auf zivilvertraglicher Ebene geschlossen wurden. Sie hat vielmehr nach öffentlichem Recht zu beurteilen, wer unter den jeweils anwendbaren öffentlich-rechtlichen Vorschriften die Verantwortung für einen bestimmten Sachverhalt, bspw. für eine nicht ordnungsgemäße Entsorgung von Abfällen, trägt.

8.1.3 Grundsätze behördlichen Handelns

- 14 Der Facility Manager muss die wesentlichen Grundsätze behördlichen Handelns kennen. Ihm muss z.B. klar sein, wann ein behördliches Schreiben einen **Verwaltungsakt** darstellt und welche Folgen sich hieran knüpfen können. Wesentliche allgemeine Grundsätze behördlichen Handelns, insbesondere wenn durch dieses Handeln in Rechte eines Bürger oder Unternehmens eingegriffen wird, sind die verfassungsrechtlichen, in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Grundsätze des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes²⁹. Nach

26 Vgl. hierzu ausführlich Kapitel 2 Rdn. 199 ff.

27 Die Übertragung des Eigentums an einer Sache oder einem Grundstück als dingliches Rechtsgeschäft stellt keine zivilvertragliche Übertragung öffentlich-rechtlicher Verantwortung dar; vielmehr entsteht die öffentlich-rechtliche Verantwortung – als potentieller Zustandsstörer – als Folge der Eigentumsübertragung in der Person des neuen Eigentümers durch gesetzliche Anordnung neu.

28 Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (KrWG) vom 24. Februar 2012, BGBl. I S. 212.

29 Vgl. hierzu Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. 74 ff.

dem Vorrang des Gesetzes darf keine Tätigkeit der Verwaltung gegen geltendes Recht verstoßen. Der Vorbehalt des Gesetzes besagt, dass die Verwaltung nur dann in Rechte des Bürgers bzw. von Unternehmen eingreifen darf, wenn dieser Eingriff durch eine wirksame **Ermächtigungsgrundlage** gedeckt ist. Ermächtigungsgrundlagen sind dabei begrifflich von Rechtsgrundlagen zu unterscheiden; es handelt sich um einzelne Vorschriften innerhalb der jeweiligen Rechtsgrundlagen (Gesetze, Verordnungen etc.), die der Behörde die Befugnis erteilen, den Bürger belastende Maßnahmen zu ergreifen.

8.1.3.1 Auslöser behördlichen Handelns

Behörden werden entweder auf Antrag des Bürgers tätig oder sie schreiten in Fällen ein, in denen dies zur Gefahrenabwehr oder Risikoversorge erforderlich ist. Möchte ein Unternehmen bspw. bauliche Änderungen durchführen, so muss es, soweit es sich nicht um ein genehmigungsfreies Vorhaben nach der **Bauordnung** des jeweiligen Bundeslandes handelt, einen entsprechenden Bauantrag stellen. Dieser Bauantrag wird von der Baugenehmigungsbehörde positiv oder negativ beschieden. Verfahrensregelungen sind in den jeweils einschlägigen Rechtsgrundlagen bzw. in konkretisierenden Rechtsverordnungen enthalten³⁰. Erhält die Bauaufsicht hingegen Kenntnis von einer auffälligen Fassade, so muss sie Maßnahmen zum Schutz von Passanten etc., also Maßnahmen zur Gefahrenabwehr in die Wege leiten und bspw. die Sperrung des Bürgersteiges und/oder die Durchführung von Instandsetzungsarbeiten anordnen. Letzteres kann sie durch den Erlass einer entsprechenden **Bauordnungsverfügung** zur Sicherung der auffälligen Fassade erreichen. 15

8.1.3.2 Adressat behördlichen Handelns

Adressat behördlichen Handelns, bspw. einer **Baugenehmigung** oder wasserrechtlichen Erlaubnis ist, soweit ein Antragserfordernis besteht, grundsätzlich der Antragsteller, etwa der Bauherr eines Bauvorhabens oder der zukünftige Inhaber einer nach Wasserrecht zu genehmigenden Abwasserbehandlungsanlage. 16

Im Bereich der Gefahrenabwehr und Risikoversorge unterscheidet das Öffentliche Recht grundsätzlich zwischen zwei Haupttypen von Verantwortlichen, dem Handlungsstörer und dem Zustandsstörer. Neben den im Folgenden dargestellten grundsätzlichen Ausführungen sind spezialgesetzliche Ausgestaltungen der Begriffe stets im Auge zu behalten. 17

a) Handlungsstörer

Handlungsstörer ist, wer eine Gefahr oder einen Schaden durch sein Verhalten selbst verursacht. Es gilt hierbei der Grundsatz der unmittelbaren Verursachung. Dabei wird nicht darauf abgestellt, wer die letzte, also zeitlich unmittelbare Verursachungshandlung vorgenommen hat. Vielmehr ist die **Unmittelbarkeit der Verursachung** anhand wertender Kriterien zu bestimmen³¹, die von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet leicht divergieren können. 18

30 Vgl. für das Baugenehmigungsverfahren etwa §§ 63 ff. BauO NRW, für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren vgl. die Vorschriften der 9. BImSchV.

31 Vgl. etwa für das Umweltrecht Beckmann/Wittman, in: Landmann/Rohmer, § 3 USchadG Rn 15 f.

nen³². Einigkeit besteht darüber, dass es auf ein Verschulden des Handelnden oder eine Erkennbarkeit der Auswirkungen seines Handelns nicht ankommt³³.

- 19 In der Regel wird die Stellung als Handlungsstörer durch aktives Tun begründet; gleichwohl kann auch ein Unterlassen für die Qualifizierung als Handlungsstörer ausreichend sein. In Rechtsprechung und Literatur ist insoweit anerkannt, dass hierfür eine besondere Rechtspflicht zum Erfolg abwehrenden Handelns erforderlich ist³⁴. Ist beispielsweise der Betreiber einer Heizölanlage nach den einschlägigen wasserrechtlichen Vorschriften verpflichtet, in einem bestimmten Intervall wiederkehrende Prüfungen der Anlage durch einen Sachverständigen durchführen zu lassen, aber beauftragt er entsprechende Überprüfungen nicht, und führt dies dazu, dass eine Leckage an dem Tank nicht bemerkt wird, reicht dies für eine Qualifizierung als Handlungsstörer durch Unterlassen nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BBodSchG in der Regel aus, wenn das ausgetretene Heizöl zu einer schädlichen Bodenveränderung geführt hat. Noch weiter gehend vertritt der VGH Baden-Württemberg die Auffassung, dass die besondere Rechtspflicht zum Gefahr abwendenden Handeln auch aus der aus dem Strafrecht bekannten Rechtsfigur der Ingerenz³⁵ hergeleitet werden kann³⁶. Dies ist nach Ansicht des VGH der Fall, wenn bspw. ein Grundstückseigentümer als Zustandsstörer seinem Mieter bewusst und zweckgerichtet die Möglichkeit eröffnet, das Grundstück in einer Weise zu nutzen, die zu einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führt. In einem solchen Fall käme der Eigentümer und Vermieter neben dem Mieter als Handlungsstörer in Betracht; unabhängig davon ist er als Eigentümer als Zustandsstörer ordnungsrechtlich verantwortlich.

Daneben können für bestimmte Bereiche weitere Personen als Verursacher zu qualifizieren sein. So regelt bspw. § 4 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BBodSchG, dass auch der Gesamtrechtsnachfolger des Verursachers als Handlungsstörer behördlich herangezogen werden kann³⁷.

b) Zustandsstörer

- 20 Zustandsstörer ist der **Eigentümer** oder der **Inhaber der Sachherrschaft** der Gefahrenquelle. Hinsichtlich des Eigentums ist der zivilrechtliche Eigentumsbegriff des § 903 BGB maßgeblich. Bei Grundstücken kommt es darauf an, wer als Eigentümer in das Grundbuch

32 Vgl. für das Bodenschutzrecht etwa VGH Bayern, Beschl. v. 13.10.2004 – 22 CS 04.2489; OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 23.08.2000, DVBl. 2000, 1877; OVG Hamburg, Urt. v. 27.04.1983, ZfW 1984, 368.

33 Beckmann/Wittman, in: Landmann/Rohmer, § 1 USchadG Rn 20 ff.

34 Vgl. statt vieler VGH Mannheim, NVwZ 1993, 1014 (1015 f.); Kloepfer, Umweltrecht 3. Aufl., § 12 Rn. 153.

35 Eine Handlungspflicht aus Ingerenz wird im Öffentlichen Recht angenommen, wenn ein pflichtwidriges Vorverhalten des Unterlassenden die Gefahrenabwehr erforderlich macht.

36 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 18.09.2001 – 10 S 259/01.

37 Inwieweit die Vorschrift konstitutive oder nur deklaratorische Wirkung hat, wird in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Nach der Rechtsprechung des BVerwG hat der Gesetzgeber mit Erlass des BBodSchG nur klargestellt, dass eine Gesamtrechtsnachfolge in eine abstrakte, nicht durch einen VA – bspw. eine Sanierungsanordnung – konkretisierte Polizeipflicht möglich ist, vgl. BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 7 C3/05; vgl. hierzu aber auch Rn. 168.

eingetragen ist, vgl. § 873 Abs. 1 BGB; die Prüfung der jeweils zuständigen Behörde beschränkt sich insoweit auf die Kontrolle des Grundbuchs. Als Inhaber der Sachherrschaft kommen zunächst der Mieter und der Pächter einer Sache oder eines Grundstücks in Betracht. Daneben ist bspw. für das Bodenschutzrecht anerkannt, dass auch Insolvenz- und Zwangsverwalter Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Alt. 3 BBodSchG sein können³⁸. Im Abfallrecht, in dem der Abfallbesitzer das Pendant zum Zustandsstörer darstellt, ist darüber hinaus einhellige Meinung, dass nicht auf den zivilrechtlichen Besitzbegriff abzustellen und ein Besitzbegründungswille des Verantwortlichen nicht erforderlich ist, vgl. hierzu unter Rdn. 60³⁹.

8.1.3.3 Formen und Grundsätze behördlichen Handelns

Behördliches Handeln ist durch Informationen und Hinweise, denen keine rechtliche Bindungswirkung zukommt, sowie durch Verwaltungsakte und öffentlich-rechtliche Verträge möglich. In der Regel ist im Bereich der Risikovorsorge und Gefahrenabwehr der Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG das Mittel der behördlichen Wahl und daher für den Facility Manager von grundsätzlicher Bedeutung. 21

a) Verwaltungsakte

Der Begriff Verwaltungsakt ist ein Oberbegriff für behördliches Handeln durch Bescheide, Erlaubnisse, Bewilligungen, Genehmigungen, Anordnungen, Verfügungen, Planfeststellungsbeschlüsse, Plangenehmigungen etc. Die wesentlichen Merkmale, anhand derer eine Maßnahme als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist, folgen unmittelbar aus § 35 Satz 1 VwVfG. Danach muss es sich um eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde (oder eines Beliehenen) auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfall mit Außenwirkung handeln. Die meisten dieser Merkmale sind bei behördlichen Schreiben an den Facility Manager in der Regel unproblematisch erfüllt. Problematisch kann jedoch des Öfteren sein, ob einer behördlichen Maßnahme eine Regelungswirkung innewohnt. Von Verwaltungsakten mit Regelungswirkung, wie etwa einer Baugenehmigung oder einer nachträglichen Anordnung zur Vornahme von Emissionsmessungen, sind Hinweise abzugrenzen, die etwa in behördlichen Informationsschreiben enthalten sein können. 22

Für den Facility Manager ist die Unterscheidung zwischen einem bloßen behördlichen Informations- oder Hinweisschreiben und einem Verwaltungsakt von großer Bedeutung. Die korrekte rechtliche Einordnung entsprechender Schreiben ist zwingend, da auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt nach Ablauf einer Widerspruchs- oder Klagefrist bestandskräftig, d.h. unanfechtbar wird und bei Nichtbefolgung durch den Adressaten von der zuständigen Behörde vollstreckt werden kann. Ein Hinweis, der keine verbindliche Regelung gegenüber dem Facility Manager enthält, kann hingegen unmittelbar auch keine nachteiligen Rechtsfolgen auslösen. Ein behördliches Schreiben ist für den Facility Manager in der Regel aufgrund verschiedener formaler Anhaltspunkte als Verwaltungs- 23

38 BVerwG, Urt. v. 23.09.2004 – 7 C 22/03; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 09.09.2005 – OVG 11 S 13/05.

39 BVerwGE 106, S. 43 ff.

akt zu erkennen: Zunächst werden Verwaltungsakte in der Regel als Erlaubnis, Genehmigung, Anordnung etc. in einer Überschrift bezeichnet. Sie beinhalten grundsätzlich auch eine schriftliche Begründung, vgl. § 39 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Zusätzlich schließen Verwaltungsakte in aller Regel mit einer Rechtsbehelfsbelehrung. Liegen diese äußerlichen Anhaltspunkte vor, muss der Facility Manager davon ausgehen, dass es sich um einen Verwaltungsakt handelt, auch wenn dies in Ausnahmekonstellationen nicht der Fall sein mag. Problematischer sind die Konstellationen, in denen der Facility Manager ein Schreiben erhält, das nicht als Verwaltungsakt bezeichnet wird und auch keine Rechtsbehelfsbelehrung enthält. Auch diese Schreiben können eine versteckte Regelung beinhalten und als VA zu qualifizieren sein. Dass eine Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder unrichtig erteilt ist, führt dann nicht dazu, dass dem Schreiben die Qualität eines Verwaltungsakts abzusprechen ist, sondern „lediglich“ dazu, dass sich die entsprechende Widerspruchs- oder Klagefrist von einem Monat auf ein Jahr seit Zustellung des Schreibens verlängert, vgl. § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO.

b) Ermächtigungs- und Anspruchsgrundlagen: Tatbestand und Rechtsfolge

- 24 Ermächtigungsgrundlagen sind einzelne Vorschriften, aufgrund deren die öffentliche Hand in Rechte Privater eingreifen darf; daneben existieren Anspruchsgrundlagen, die dem Bürger einen Anspruch auf Erteilung eines VA, bspw. eine Baugenehmigung, oder zumindest einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, etwa über den Erlass einer wasserrechtlichen Erlaubnis, geben. Ermächtigungs- und Anspruchsgrundlagen werden in Tatbestand und Rechtsfolge unterteilt. Liegen die Voraussetzungen des Tatbestands nicht vor, so ist der Behörde ein Handeln nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes verwehrt. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben, ist zu unterscheiden, ob es sich bei der Ermächtigungsgrundlage um eine Vorschrift handelt, die als Rechtsfolge eine sog. gebundene Entscheidung vorsieht – vgl. etwa § 6 Abs. 1 BImSchG, wonach die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer genehmigungsbedürftigen Anlage zu erteilen ist, wenn die dort normierten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind – oder bei der die Entscheidung im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörde liegt. Während die Beurteilung der Behörde, ob einzelne Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind oder nicht, gerichtlich grundsätzlich⁴⁰ voll überprüfbar ist, dürfen die Gerichte gemäß § 114 Satz 1 VwGO Ermessensentscheidungen nur auf sog. Ermessensfehler⁴¹ überprüfen.
- 25 Beim Ermessen wird zwischen dem Erschließungs- und dem **Auswahlermessen**⁴² unterschieden. Im Rahmen des **Erschließungsermessens** hat sich die Behörde die Frage zu stellen, ob es im konkreten Fall zweckmäßig ist, einen Verwaltungsakt zu erlassen oder nicht. Entschließt sie sich zum Erlass eines Verwaltungsaktes, muss sie ggf. des Weiteren entscheiden, gegen wen sie diesen Verwaltungsakt richtet. Dies kann eindeutig sein, etwa,

40 Vgl. zu den Ausnahmefällen des gerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraums, bspw. bei Prüfungsentscheidungen, Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 114 Rn. 74 ff.

41 Vgl. zur Systematisierung und Unterscheidung von Ermessensfehlern Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 114 Rn. 15 ff.

42 Vgl. ausführlich zu Ermessensentscheidungen Sachs, in: Stelkens/Bonk/ders., VwVfG, § 40 Rn. 1 ff.

wenn hinsichtlich einer Grundstückskontamination nur der Eigentümer als Zustandsstörer ermittelbar ist. Ermittelt die zuständige Behörde jedoch zwei oder gar mehrere Störer, muss sie nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, welchen Störer sie vollständig oder teilweise heranzieht. Im Gefahrenabwehrrecht wird diese Entscheidung in erster Linie durch den Grundsatz der **Effektivität der Gefahrenabwehr** und den Grundsatz der Freihaltung der öffentlichen Hand von finanziellen Lasten⁴³ und erst auf der sekundären Ebene der Kostentragung durch den Grundsatz einer gerechten Kostenteilung geleitet⁴⁴. Eine Ausnahme hierzu besteht im Bodenschutzrecht. Hier kann die Behörde auch bezüglich der Kostentragung insbesondere den herangezogenen Zustandsstörer regelmäßig darauf verweisen, dass ihm mit § 24 Abs. 2 BBodSchG ein gesetzlicher Regressanspruch zusteht. Seine Heranziehung zur Kostentragung statt der Heranziehung des Verursachers ist daher grundsätzlich nicht ermessensfehlerhaft.

c) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Ein den Bürger belastendes behördliches Handeln muss sich stets am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen. Bei gebundenen Entscheidungen hat der Gesetzgeber eine entsprechende Abwägung bereits abstrakt vorgenommen; im Rahmen von Ermessensentscheidungen muss die Behörde den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz separat prüfen. Ein unverhältnismäßiger Verwaltungsakt ist rechtswidrig, jedoch nicht unwirksam⁴⁵; dies bedeutet, dass sich der betroffenen Bürger gegen den unverhältnismäßigen Verwaltungsakt durch Einlegung eines Rechtsbehelfs zur Wehr setzen muss, damit dieser nicht bestandskräftig wird. Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss das Handeln der Behörde geeignet, erforderlich und in einer Zweck-Mittel-Relation angemessen sein. Geeignet ist ein Mittel bereits dann, wenn es die Zweckerreichung fördert. Erforderlich ist es, wenn kein ebenso geeignetes, aber milderes Mittel zur Verfügung steht. Bei der Prüfung der Angemessenheit sind die Schwere des Eingriffs und die drohende Gefahr für das zu schützende Rechtsgut gegeneinander abzuwägen⁴⁶. Dabei kann als Faustformel dienen, dass je bedeutender das Schutzgut und je konkreter die Gefahr ist, desto schwerere sind Eingriffe in eigene Rechte zu akzeptieren.

26

8.1.4 Verwaltungsvollstreckung

Der Inhalt eines Verwaltungsaktes kann von der Behörde im Wege der Verwaltungsvollstreckung vollzogen werden. Das Vollstreckungsverfahren schließt sich grundsätzlich an das Verwaltungsverfahren auf Erlass des Grund-Verwaltungsakts an und setzt diesen voraus. Der Grund-VA muss entweder bestandskräftig oder sofort vollziehbar sein. Da

27

43 Vgl. VGH München, Urt. v. 15.03.1999 – 22 B 95.2164.

44 Vgl. für das Abfallrecht, das keinen gesetzlichen Anspruch auf Störerinnenausgleich normiert OVG Koblenz, Urt. v. 26.01.2012, 8 A 11081/11.OVG.

45 Schemmer, in: BeckOK-VwVfG, § 43 Rn 15 f.

46 Vgl. zu den Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. 107 ff.

Widerspruch und **Anfechtungsklage** in der Regel nach § 80 Abs. 1 VwGO **aufschiebende Wirkung** haben, wird ein Verwaltungsakt, gegen den ein entsprechender Rechtsbehelf eingelegt wurde, nicht bestandskräftig; andersherum wird selbst ein rechtswidriger VA bestandskräftig, wenn es der Adressat versäumt, gegen diesen rechtzeitig **Widerspruch** einzulegen oder, in Fällen, in denen ein Widerspruchsverfahren nicht statthaft ist, Klage zu erheben⁴⁷. Eine im Gefahrenabwehrrecht relativ häufig vorkommende Ausnahme zum Grundsatz der aufschiebenden Wirkung stellt die Anordnung der sofortigen Vollziehung im öffentlichen Interesse nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO dar, mit der die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage entfällt. In einem solchen Fall kann also der Inhalt der jeweiligen Anordnung im Wege der Verwaltungsvollstreckung vollzogen werden, selbst wenn der Betroffene einen Rechtsbehelf einlegt.

- 28 Die Vorschriften über die Verwaltungsvollstreckung und das Vollstreckungsverfahren finden sich in den jeweiligen Vollstreckungsgesetzen der Länder⁴⁸. Grundsätzlich bedarf es neben einem vollstreckbaren, aber nicht notwendigerweise rechtmäßigen Grund-VA⁴⁹ für eine rechtmäßige Vollstreckung einer Androhung und Festsetzung eines **Zwangsmittels**. Als Zwangsmittel kommen im Gefahrenabwehrrecht vor allem die Festsetzung eines Zwangsgeldes und die Durchführung einer **Ersatzvornahme** in Betracht. Im Rahmen der Ersatzvornahme beauftragt die zuständige Behörde einen Dritten mit der Durchführung der angeordneten Maßnahme. Auf der Sekundärebene der Kostenerstattung erlässt die Behörde nach erfolgter Ersatzvornahme einen Kostenerstattungsbescheid gegen den Adressaten des Grund-VA. Im Gegensatz zur Primärebene der Vollstreckung kommt es im Rahmen der Kostentragung jedoch auf die Rechtmäßigkeit des der Vollstreckung zugrunde liegenden Grund-VA an⁵⁰.
- 29 Eine Ausnahme von dem normalen Vollstreckungsverfahren ist das sog. abgekürzte Verfahren, das häufig auch als Sofortvollzug bezeichnet wird, jedoch unbedingt von der bereits erwähnten **sofortigen Vollziehung** eines Grund-VA zu unterscheiden ist. Mit dem Sofortvollzug wird ein Vollstreckungsverfahren umschrieben, für das ein Grund-VA entbehrlich ist, wenn dieser aus zeitlichen Gründen zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr nicht erlassen werden kann⁵¹. Ein **Sofortvollzug** kommt also insbesondere dann in Betracht, wenn ein akuter Handlungsdruck im zeitlichen Rahmen von Stunden und Tagen zum Verzicht auf den Erlass eines Grund-VA zwingt⁵².

47 Vgl. Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 80 Rn. 12 f. m.w.N.

48 Vgl. bspw. das Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Verwaltungsvollstreckungsgesetz NRW) vom 13.05.1980 (GV.NRW. S. 510), zuletzt geändert am 08.07.2016 (GV.NRW. S. 557).

49 Hanns, in: Engelhardt/App, VwVG, § 6 Rn. 1c.

50 Vgl. Dombert, in: Landmann/Rohmer, BBodSchG, § 14 Rn. 9.

51 OVG Koblenz, Urt. v. 25.03.2009, 1 A 10 632/08; OVG Greifswald, Urt. v. 17.09.2003 – 3 L 196/99.

52 OVG Koblenz a.a.O.

8.2 Umweltrecht

Die Bedeutung des Umweltrechts für den Facility Manager hängt maßgeblich von der Art und Nutzung der zu bewirtschaftenden Immobilie ab. Während sich der Betreiber eines Flughafens umfassend und detailliert mit umweltrechtlichen Anforderungen auseinandersetzen hat, wird der Betreiber eines Verwaltungsgebäudes die Bedeutung des Umweltrechts ggf. nicht als sonderlich hoch einschätzen. Gleichwohl ist dies bei genauerer Betrachtung der zum Umweltrecht gehörenden Rechtsbereiche differenziert zu beurteilen. So kann es bspw. in den vertraglich vereinbarten Aufgabenbereich des Facility Managers fallen, **Abfallentsorgungsverträge** für **Abfallerzeuger**, bspw. die Mieter des jeweiligen Gebäudes, zu schließen. Übt der Facility Manager über Abfälle die tatsächliche Sachherrschaft aus, was nicht selten der Fall sein wird, so wird er als Abfallbesitzer zudem unmittelbar öffentlich-rechtlich verantwortlich und hat für eine ordnungsgemäße **Entsorgung** persönlich einzustehen. Neben dem Abfallrecht kommt auch dem Wasserrecht, insbesondere der **Versorgung** mit qualitativ hochwertigem Trinkwasser⁵³ und der **Abwasserentsorgung**, große Bedeutung zu. Weitere zum Umweltrecht zu zählende Bereiche, mit denen der Facility Manager häufiger in Berührung kommen kann, sind das Bodenschutzrecht, bspw. im Rahmen von **Grundstückskontaminationen** und damit einhergehenden **Altlastensanierungen**, das **Gefahrstoffrecht** insbesondere im Hinblick auf Gebäudeschadstoffe und das Immissionsschutzrecht. Da sich das vorliegende Handbuch nicht primär dem FM von Industriestandorten widmet, wird an dieser Stelle nicht in Besonderem auf immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen im Sinne der 4. BImSchV⁵⁴ eingegangen. In jedem Fall sind aber die immissionsschutzrechtlichen Bestimmungen, die für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen gelten von Bedeutung für das FM. Solche nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen sind bspw. kleine oder mittlere Feuerungsanlagen nach der 1. BImSchV⁵⁵ oder auch Baustellen.

8.2.1 Grundlagen des Umweltrechts

Umweltrecht ist ganz überwiegend **Ordnungsrecht**, das der Gefahrenabwehr und Risikovor-sorge dient. Eingebürgert hat sich die Unterscheidung zwischen medialem und stofflichem Umweltrecht. Unter medialem Umweltrecht fasst man Rechtsgrundlagen zusammen, welche Einwirkungen auf die Umweltmedien Luft, Boden und Wasser sowie den Naturhaushalt regeln. Das stoffliche Umweltrecht umfasst insbesondere das Abfallrecht, das Chemikalienrecht sowie das sonstige Stoffrecht, bspw. das Gefahrstoffrecht. Unabhängig von dieser Unterteilung gibt es eine Reihe weiterer umweltrechtlicher Rechtsgrundla-

53 Die Trinkwasser-Verordnung, die verschiedene Anforderungen an den Betreiber von Trinkwasserinstallationen stellt, gehört streng genommen nicht zum Umweltrecht; sie findet ihre Ermächtigungsgrundlage im Bundes-Infektionsschutzgesetz.

54 Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 2017 (BGBl. I S. 1440).

55 Erste Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen – 1. BImSchV) vom 26.01.2010, BGBl. I S. 38.

gen, die sich nicht eindeutig einer der beiden Gruppen zuordnen lassen, bspw. das Umweltinformationsrecht und das Umweltschadensrecht. Daneben hat das Umweltrecht großen Einfluss auf raumbedeutsame Planungen, unter anderem auf die **Bauleitplanung**, namentlich den Erlass von **Bebauungsplänen**⁵⁶.

- 32 Unabhängig von der Unterscheidung zwischen medialen und stofflichen Umweltrecht, wird das Umweltrecht durch drei Prinzipien⁵⁷ geprägt: das Vorsorge- und **Schutzprinzip**, das **Verursacherprinzip** und das **Kooperationsprinzip**, die weitgehend als Rechtsprinzipien anerkannt sind, was bedeutet, dass sie einen justiziablen Begriffskern besitzen. Ein Rechtsprinzip Nachhaltige Entwicklung ist hingegen in der umweltrechtlichen Literatur nur vereinzelt anerkannt⁵⁸. Da der Begriff „**Nachhaltigkeit**“ jedoch auch in das FM Einzug gehalten hat und gerade im Bereich des Bauens durch Nachhaltigkeitszertifizierungssysteme konkretisiert wird, soll unter Rdn. 39 ff. auf den Begriff Nachhaltigkeit kurz im Allgemeinen eingegangen werden.

8.2.1.1 Vorsorgeprinzip und Schutzprinzip

- 33 Das Vorsorgeprinzip ist nach allgemeiner Auffassung in Art. 20a GG sowie in den auf den Grundrechten beruhenden staatlichen Schutzpflichten verfassungsrechtlich verankert⁵⁹. Das Vorsorgeprinzip umfasst dabei inhaltlich eine Gefahren- und Risikovorsorge und wird insbesondere durch den Rechtsbegriff **Stand der Technik**, konkretisiert. Was unter dem Stand der Technik zu verstehen ist, wird zumindest für Teilbereiche des Umweltrechts legal definiert. In § 3 Abs. 6 Satz 1 BImSchG heißt es:

„Stand der Technik im Sinne dieses Gesetzes ist der Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen, der die praktische Eignung einer Maßnahme zur Begrenzung von Emissionen in Luft, Wasser und Boden, zur Gewährleistung der Anlagensicherheit, zur Gewährleistung einer umweltverträglichen Abfallentsorgung oder sonst zur Vermeidung oder Verminderung von Auswirkungen auf die Umwelt zur Erreichung eines allgemein hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt gesichert erscheinen lässt.“

- 34 In § 3 Abs. 6 Satz 2 BImSchG verweist der Gesetzgeber sodann hinsichtlich der Bestimmung des Stands der Technik darauf, dass die in der Anlage zum BImSchG aufgeführten zwölf Kriterien zu berücksichtigen sind. Der Gesetzgeber stellt dabei ausdrücklich klar, dass in diese Bestimmung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Aufwand und Nutzen möglicher Maßnahmen einzubeziehen ist⁶⁰.

56 Bspw. § 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. a) BauGB zu den Umweltprüfungen im Rahmen der Aufstellung von Bebauungsplänen.

57 Vgl. zur Prinzipientrias des Umweltrechts den Umweltbericht der Bundesregierung von 1976, BT-Drs. 7/5684, S. 8 f.

58 Vgl. zu der Frage, ob nachhaltige Entwicklung ein Rechtsprinzip des deutschen Rechts, insbesondere des Umweltrechts ist, Nusser, Zweckbestimmungen in Umweltschutzgesetzen, S. 82 ff.

59 Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 20a Rn. 49; ob auch die sog. Ressourcenvorsorge vom Vorsorgeprinzip umfasst ist, ist hingegen umstritten; vgl. hierzu Nusser, Zweckbestimmungen in Umweltschutzgesetzen, S. 106.

60 Vgl. zur Bestimmung des Stands der Technik und zu der Bedeutung der in der Anlage zum BImSchG aufgeführten Kriterien, Jarass, BImSchG, § 3 Rn. 93 ff.

Die dynamischen Betreiberpflichten des Immissionsschutzrechts orientieren sich sowohl für genehmigungsbedürftige als auch für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen an diesem Begriff Stand der Technik. Der jeweilige Betreiber der Anlagen ist verpflichtet, diese an den fortschreitenden Stand der Technik anzupassen⁶¹. Anders ist dies hingegen im Öffentlichen Baurecht. Hier genießen einmal legalisierte Gebäude einen weitreichenden Bestandsschutz. Dieser wird, solange keine größeren baulichen Veränderungen vorgenommen werden, regelmäßig nur bei Gefahren für Leib und Leben von Menschen durchbrochen⁶²; dem Vorsorgeprinzip kommt daher im Öffentlichen Baurecht eine weit geringere Bedeutung als im Umweltrecht zu. 35

Das Schutz- oder Gefahrenabwehrprinzip ist kein spezifisches Prinzip des Umweltrechts, findet jedoch auch hier weitreichende Anwendung. In einer allgemeinen Abgrenzung zum Vorsorgeprinzip sind vom Schutzprinzip all diejenigen Sachverhalte umfasst, in denen die Gefahrenschwelle bereits überschritten worden ist. Das Schutzprinzip erfasst darüber hinaus nicht nur die Abwehr von Gefahren, sondern auch die Abwehr von bloß erheblichen Nachteilen und Belästigungen. Dabei handelt es sich um eingetretene Nachteile, welche die Intensität von Rechtsgutverletzungen nicht erreichen. 36

8.2.1.2 Verursacherprinzip

Die Hauptfunktion des Verursacherprinzips im Rahmen des Umweltrechts ist es, eine **Kostenzurechnung** für Umweltbeeinträchtigungen, Umweltgefahren und Umweltrisiken vorzunehmen. Es erschöpft sich aber nicht in dieser Funktion, sondern gibt dem Einzelnen darüber hinaus auf, von seinem Verhalten ausgehenden Umweltbeeinträchtigungen vorzubeugen, sie zu vermeiden bzw. sie zu vermindern oder zu kompensieren. Insbesondere die Verantwortung des Handlungsstörers basiert auf dem Verursacherprinzip. Dabei wurde bereits oben erläutert, dass es für die Zurechnung einer bestimmten Handlung oder eines Unterlassens für eine konkrete Umweltbeeinträchtigung häufig auf Wertungen ankommt. In Fällen, in denen das Verursacherprinzip in seiner Funktion als Kostenzurechnungsprinzip versagt, ist auf das **Gemeinlastprinzip** zurückzugreifen, das heißt, die Kosten für Umweltschäden, die sich einer bestimmten Person nicht zuordnen lassen, sind von der Gemeinschaft, dem Steuerzahler, zu tragen. 37

8.2.1.3 Kooperationsprinzip

Ganz allgemein wird unter Kooperation die politische Zusammenarbeit des Staates mit nichtstaatlichen Entscheidungsträgern verstanden⁶³. Die Bundesregierung hat in ihrem Umweltbericht aus dem Jahre 1976 das Kooperationsprinzip zum umweltpolitischen Prinzip erhoben. Über diese politische Bedeutung ist es jedoch – nach überwiegender Ansicht 38

61 Zu den dynamischen Betreiberpflichten nach dem BImSchG Jarass, BImSchG, § 5 Rn. 1 ff.

62 Vgl. etwa § 87 BauO NRW nach dem von der Bauaufsicht verlangt werden kann, dass bestehende bauliche Anlagen den (mit der Zeit strenger werdenden) Vorschriften der BauO NRW angepasst werden müssen, wenn dies im Einzelfall wegen der Sicherheit für Leben und Gesundheit erforderlich ist.

63 Voßkuhle, ZUR 2001, S. 23 (25) m.w.N.

der juristischen Literatur – bislang nicht hinausgekommen; zu einem Rechtsprinzip mit normativem Begriffskern hat es sich bislang nicht entwickeln können⁶⁴. Für den Facility Manager hat das Kooperationsprinzip daher, wenn überhaupt, nur in Situationen Bedeutung, in denen er auf eine Zusammenarbeit mit den Behörden angewiesen ist. In diesen Fällen mag es manchmal sinnvoll sein, allgemein den Kooperationsgedanken im Sinne einer interessengerechten Zusammenarbeit zu betonen, um die Behörden zu einer Zusammenarbeit zu bewegen.

8.2.1.4 Nachhaltige Entwicklung

- 39 Der Begriff Nachhaltige Entwicklung hat aufgrund seiner Weite rechtlich einen nur begrenzten Bedeutungsgehalt. Auf politischer und wirtschaftlicher Ebene ist dies anders zu beurteilen.

a) Begriffliche Grundlagen und rechtliche Bedeutung

- 40 Man nähert sich dem Begriff Nachhaltige Entwicklung sinnvoll über die internationale Ebene, da es sich um einen politischen Grundsatz handelt, der auf der Ebene der internationalen Umweltpolitik entstanden ist. Bis zum heutigen Tage gilt die Definition der Brundtland-Kommission als Ausgangspunkt für begriffliche Konkretisierungsbemühungen. Der Abschlussbericht der Brundtland Kommission aus dem Jahre 1989 nannte das Ziel, eine Entwicklung zu ermöglichen, „die den gegenwärtigen Bedarf zu decken vermag, ohne gleichzeitig späteren Generationen die Möglichkeit zur Deckung des ihren zu verbauen“⁶⁵.
- 41 Nachhaltige Entwicklung (**sustainable development**) auf globaler Ebene beinhaltet einen Ausgleich von Industrie- und Entwicklungsländern (internationale Gerechtigkeit oder Globalität), einen Ausgleich zwischen lebenden und ungeborenen Menschen (intergenerative Gerechtigkeit oder Generationengerechtigkeit) sowie, für die nationale Umweltpolitik und damit auch für das nationale Umweltrecht von besonderer Bedeutung, einen Ausgleich zwischen den Mitgliedern einer Gesellschaft (interindividuelle Gerechtigkeit oder Partizipation)⁶⁶. Nach dem politischen Konzept Nachhaltige Entwicklung hat der jeweilige Ausgleich dabei nicht nur auf ökologischer, sondern auch auf ökonomischer und sozialer Ebene (Integration) stattzufinden. Dieser integrierende Ansatz wird auch als Drei-Säulen-Modell⁶⁷ bezeichnet. Er liegt der politischen Leitidee Nachhaltiger Entwicklung auf internationaler wie nationaler Ebene zugrunde⁶⁸. Ist Nachhaltige Entwicklung somit als politische Leitidee anerkannt, stellt sich für eine rechtliche Betrachtung die Frage, ob es ein Rechtsprinzip Nachhaltige Entwicklung auf internationaler oder nationaler Ebene gibt.

64 Nusser, Zweckbestimmungen in Umweltschutzgesetzen, S. 114 ff.; a.A. BVerfGE 98, 83 ff. und 106 ff.

65 World Commission on Environment and Development, Our Common Future, S. 43, deutsche Fassung zitiert nach Hauff (Hrsg.), Unsere gemeinsame Zukunft, S. 9 f.

66 Kahl, in: Bauer/Czybulka/ders./Voßkuhle, Umwelt, Wirtschaft und Recht, S. 111 (123); Rehbinde, NVwZ 2002, S. 657.

67 Rehbinde, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, S. 721 (731).

68 Vgl. statt vieler Ketteler, NuR 2002, S. 513; Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 142.

Für das hier zu behandelnde nationale Recht ist Voraussetzung eines **Rechtsprinzips**, dass es einen justiziablen Begriffskern besitzt. Dies bedeutet: Würden die Verwaltung oder ein Gericht vor die Aufgabe gestellt, eine nachhaltige Entscheidung zu treffen bzw. zu beurteilen, welche von zwei möglichen Entscheidungen die nachhaltigere ist, so müssten Verwaltung und Gericht dies anhand anerkannter inhaltlicher Kriterien, sprich anhand eines justiziablen Begriffskerns nachvollziehbar darlegen können. Dies ist jedoch schon wegen der beschriebenen begrifflichen Weite der politischen Leitidee Nachhaltige Entwicklung kaum möglich.

Festzuhalten ist aber, dass verschiedene Elemente des politischen Konzepts Nachhaltige Entwicklung Eingang in die nationale Rechtsordnung gefunden haben. So enthält Art. 20a GG einen Verweis auf den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen gerade auch für zukünftige Generationen, woraus geschlossen werden kann, dass der Verfassungsgeber die Ebene der intergenerativen Gerechtigkeit des Prinzips Nachhaltige Entwicklung in Bezug nehmen wollte⁶⁹. Auch ist in der juristischen Literatur herrschende Meinung, dass zumindest für die ökologische Säule der Nachhaltigkeit von einem bereichsspezifischen Rechtsprinzip gesprochen werden kann, da im Bereich des Umweltrechts in vielerlei Hinsicht Begriffskonkretisierungen stattgefunden haben⁷⁰. Hierbei stellt sich jedoch im Speziellen die Frage, inwieweit ein solches enges bereichsspezifisches Rechtsprinzip Nachhaltige Entwicklung, das zwingend die vorausschauende Bewirtschaftung natürlicher Ressourcen beinhaltet, vom Vorsorgeprinzip abzugrenzen ist⁷¹.

Für den Facility Manager ist es zwar interessant, diese grundsätzlichen Erwägungen bezüglich des Leitbildes Nachhaltige Entwicklung zu kennen, in seiner täglichen Praxis haben sie für ihn jedoch kaum Bedeutung. Die bisherigen, gerade in jüngster Zeit in Immobilienzeitschriften erschienenen Beiträge, die sich mit nachhaltigem Facility Management beschäftigen, gehen alle von einem Ausgleich ökologischer, ökonomischer und sozialer Aspekte aus. Für das Facility Management ist dabei entscheidend, wie – zusätzlich zu der Verpflichtung alle umweltrechtlichen und sicherheitsrechtlichen Voraussetzungen des Gebäudebetriebs einzuhalten – dauerhaft ein möglichst wirtschaftlicher Betrieb sichergestellt werden kann, der ökologische und soziale Aspekte, wie Nutzerfreundlichkeit etc. in einem Gesamtkonzept integriert.

b) Nachhaltigkeitszertifizierungen im Gebäudebereich

Die Immobilienwirtschaft hat den Trend zur Nachhaltigkeit erkannt und in den letzten Jahren und Jahrzehnten auf nationaler wie internationaler Ebene eine Reihe von Nachhaltigkeitszertifizierungssystemen entwickelt. Diesen Systemen liegt dabei kein einheitli-

69 Ketteler, NuR 2002, S. 513 (517); Jarass, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20a GG Rn. 4; Reh binder, NVwZ 2002, S. 657 (658); Beaucamp, Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, S. 166 m.w.N.

70 Ketteler a.a.O.; Erbuth, DVBl. 1999, S. 1082 (1084); Menzel, ZRP 2001, S. 221 (225 f.); Beaucamp, a.a.O.

71 Reh binder, NVwZ 2002, S. 657 (661) und Röhrig, DVBl. 2000, S. 1658 (1660) sehen den Unterschied insbesondere darin, dass das Vorsorgeprinzip den Gedanken der intergenerationellen Gerechtigkeit nicht umfasst; vgl. zu der Frage insgesamt Nusser, Zweckbestimmungen in Umweltschutzgesetzen, S. 101.

cher Nachhaltigkeitsbegriff zugrunde. Vielmehr werden je nach System unterschiedliche Schwerpunkte gesetzt. So konzentriert sich das amerikanische **LEED**-System eher auf ökologische Aspekte, während das deutsche **DGNB**-System, im Sinne eines integrativen Ansatzes ökologische, ökonomische, soziale und prozesstechnische Aspekte in gleicher Gewichtung berücksichtigt.

aa) Rechtliche Grundlagen von Nachhaltigkeitszertifizierungssystemen

- 45 Nachhaltigkeitszertifizierungssysteme werden in aller Regel von privaten oder zumindest teilprivaten Anbietern entwickelt und auf den Markt gebracht. Insofern muss sich der Nutzer solcher Systeme bewusst sein, dass er sich auf Grundlage zivilrechtlicher Verträge und Nutzungsbedingungen dem Nachhaltigkeitsbegriff eines bestimmten Systemanbieters unterordnet. Die verschiedenen, am Markt gängigen Systeme basieren auf gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften sowie geltenden technischen Standards. Für die Auszeichnung eines Gebäudes als besonders nachhaltig nach dem jeweiligen System ist aber in der Regel eine überobligatorische Erfüllung der ohnehin bestehenden rechtlichen Anforderungen erforderlich. Nachhaltigkeitszertifizierungssysteme versuchen daher anhand verschiedener durch den jeweiligen Systemanbieter entwickelter Kriterien den Nachhaltigkeitsbegriff für den Gebäudebereich zu konkretisieren. Dies dürfte zwar dazu beitragen, das Bewusstsein der Immobilienwirtschaft für bestimmte ökologische, ökonomische und/oder soziale Aspekte zu schärfen.

bb) Neue Rechtsverhältnisse und Rechtsfragen

- 46 Zu den für Bau- und Sanierungsprojekte üblichen Planungs- und Bauverträgen treten im Rahmen von Nachhaltigkeitszertifizierungen weitere Rechtsverhältnisse und neue Vertragsparteien hinzu. So hat der Bauherr/Investor bzw. der von ihm beauftragte Generalübernehmer häufig eine Person/einen **Auditor** zu beauftragen, die vom jeweiligen Systemanbieter bezüglich der Eigenheiten des jeweiligen Systems ausgebildet wurde⁷². Hinzu kommt, dass der Bauherr auch mit dem Zertifizierer selbst ein Vertragsverhältnis über die Zertifizierung eingeht. Zu beachten ist jedoch, dass der Auditor regelmäßig nur einen Vertrag mit dem Bauherrn/GÜ, nicht jedoch mit weiteren Planern schließt. Spricht der Auditor daher auf Grundlage dieses Vertrages mit dem Bauherrn Empfehlungen aus, wie der angestrebte Zertifizierungsstandard zu erreichen ist, können diese Empfehlungen von den Empfehlungen des Architekten oder eines Fachplaners des Bauherrn abweichen. Und selbst bei Beachtung der Empfehlung des Auditors kann es vorkommen, dass der gewünschte und ggf. vertraglich geschuldete Nachhaltigkeitsstandard nicht erreicht wird⁷³. Zusätzlich besteht beispielsweise bei dem Zertifizierungssystem nach DGNB und BNB die Situation, dass einzelne der zur Erreichung des angestrebten Standards zu erfüllende Kriterien auch einer qualitativen Bewertung unterliegen, die im Gegensatz zu den Kriterien, die

72 Für eine Zertifizierung nach dem DGNB-System ist bspw. ein DGNB-Auditor zu beauftragen, der zuvor von der DGNB geschult wurde und von der DGNB lizenziert ist; in den anderen gängigen Zertifizierungssystemen gibt es vergleichbare Personen, die anders bezeichnet sind.

73 Vereinbart wird von den Vertragsparteien etwa die Erreichung der Nachhaltigkeitsstandards nach LEED in Platin, erreicht wird aber tatsächlich nur ein Gold-Standard.

etwa den Verbrauch von Primärenergie und den Einsatz erneuerbarer Energien betreffen, nicht mit letzter Sicherheit planbar ist⁷⁴.

Es ist somit nicht unwahrscheinlich, dass sich die Rechtsprechung in Zukunft mit neuen Vertragskonstellationen und Beratungsleistungen auseinanderzusetzen hat. Bei der rechtlichen Bewertung wird dann insbesondere die Frage zu beantworten sein, ob das zwischen Bauherrn und Auditor bestehende Vertragsverhältnis als Dienst- oder Werkvertrag nach §§ 611 ff. BGB bzw. 631 ff. BGB einzustufen ist. Der Auditor wird, was in der Praxis bereits teilweise zu beobachten ist, versuchen, **Auditorenverträge** zu schließen, die eher einen dienstvertraglichen Charakter haben, wonach also kein Erfolg geschuldet ist, um insbesondere die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Gewährleistungsregelungen und des werkvertraglichen Erfüllungsanspruchs zu vermeiden. Der Bauherr bzw. Generalübernehmer hingegen wird im Gegensatz dazu versuchen, einen werkvertraglichen Erfolg klar zu definieren und vertraglich zu regeln. Leistungen, die typischerweise von einem Auditorenvertrag umfasst sind, liegen bspw. in der Zusammenstellung und Prüfung der Zertifizierungsunterlagen, dem Einreichen der vollständigen Unterlagen beim jeweiligen Zertifizierer, der projektbegleitenden Prüfung der Einhaltung der Nachhaltigkeitskriterien, der Prüfung, Analyse und Beurteilung von Planungsunterlagen, dem Abstimmungsprozess mit dem Planungsteam in Workshops etc. sowie der Kontrolle der Ausführung des Projekts durch Stichproben. Wird die Erbringung solcher Leistungen vereinbart, wirkt auch der Auditor neben dem Architekten in der Regel auf die Planung und Realisierung des Projekts ein. Ähnlich der rechtlichen Stellung eines Projektsteuerers hat der Auditor das Projekt dabei unter Nachhaltigkeitsaspekten zu kontrollieren und zu überprüfen, was nach diesseitiger Ansicht zur Qualifizierung des Auditorenvertrags als Werkvertrag führen würde. Denn beim Projektsteuerungsvertrag ist diesbezüglich anerkannt, dass Kontrolle und Überprüfung werkvertraglichen Charakter haben⁷⁵.

Gerade die Pflichten des Auditors und des Architekten werden in der Praxis in einigen Fällen nur schwer voneinander abzugrenzen sein. Dass daher bezüglich der zu erbringenden Beratungs- und Planungsleistungen eine Ausweitung der Rechtsprechung zur gesamtschuldnerischen Haftung der Baubeteiligten gegenüber dem Bauherrn⁷⁶ zumindest möglich erscheint, liegt auf der Hand. Die Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Punkt bleibt abzuwarten.

8.2.2 Abfallentsorgung

Der Facility Manager muss das Abfallrecht bereits deswegen in seinen Grundzügen kennen, weil er regelmäßig von seinem Auftraggeber verpflichtet wird, die Abfallentsorgung zu organisieren und durchzuführen. Darüber hinaus, und dies wird häufig übersehen, kann den Facility Manager aber auch eine eigenständige abfallrechtliche Verantwortung

⁷⁴ Nusser/Kachel, Baurecht 2011, 438 (454).

⁷⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.06.2009 – 23 U 140/08.

⁷⁶ Vgl. grundlegend BGHZ 43, 277; NJW 1965, 1175; aktueller, BGH Urt. v. 09.07.2009 – VII ZR 109/08 –, IBR 2009, 592.

treffen. Er kann unter bestimmten Voraussetzungen selbst zum Adressaten von Anordnungen der Abfallüberwachungsbehörden werden, sollte die Abfallentsorgung nicht ordnungsgemäß erfolgen.

8.2.2.1 Rechtsgrundlagen

- 50 Auf europäischer Ebene bildet die Abfallrahmenrichtlinie 2008/98/EG⁷⁷ das Regelungsgerüst des Abfallrechts. Umgesetzt wird sie in Deutschland in erster Linie durch das **Kreislaufwirtschaftsgesetz** (KrWG)⁷⁸. Das KrWG enthält in §§ 4 Abs. 2, 5 Abs. 2, 8 Abs. 2, 10, 11 Abs. 2 und 3, 13 Abs. 7, 16, 24, 25, 26, 52, 54 Abs. 7, 55 Abs. 2, 57 und 61 vielfältige Verordnungsermächtigungen, von denen die Bundesregierung im großen Umfang Gebrauch gemacht hat. Daher sind viele der im KrWG angelegten Pflichten durch Verordnungen auf Bundesebene konkretisiert. Die wichtigsten Verordnungen, die Einfluss auf die Tätigkeit des Facility Managers haben, sind die **Gewerbeabfallverordnung**⁷⁹, die Abfallverzeichnisverordnung⁸⁰, die Nachweisverordnung⁸¹ und die Entsorgungsfachbetriebsverordnung⁸².
- 51 Neben dem KrWG gibt es auf Bundesebene weitere Gesetze, die insbesondere die in § 23 KrWG angelegte **Produktverantwortung** näher bestimmen. Zu nennen sind diesbezüglich u.a. das Elektro- und Elektronikgerätegesetz (ElektroG)⁸³ und das Batteriegesetz (BattG)⁸⁴, die – insoweit für den Facility Manager von Bedeutung – für den Verbraucher/Endnutzer Pflichten zur getrennten Sammlung und Entsorgung der unter den Anwendungsbereich dieser Gesetze fallenden Geräte und Batterien enthalten. Zudem sind bspw. auch Nachtspeicheröfen Elektro- und Elektronik(alt)geräte im Sinne des ElektroG; diese sind gerade in älteren Wohnungsbeständen noch relativ häufig anzutreffen.
- 52 Auf Landesebene haben alle Bundesländer Landesabfallgesetze erlassen, wobei der bei den Ländern verbliebene Regelungsspielraum aus Kompetenzgründen gering ist. Hinzuweisen sind hier auf die jeweils vorhandenen Bestimmungen zum Vollzug des Abfallrechts, insbesondere zur Behördenzuständigkeit (vgl. etwa 8. Teil des Landesabfallgesetzes NRW, §§ 34 ff.), auf besondere Ermächtigungsgrundlagen für die Überwachung der ordnungs-

77 Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien, ABl. EU L 312 vom 22.11.2008 S. 0003 ff.

78 Kreislaufwirtschaftsgesetz vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212).

79 Gewerbeabfallverordnung vom 18. April 2017, BGBl. I S. 896.

80 Abfallverzeichnis-Verordnung vom 10. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3379), die zuletzt durch Artikel 1, Artikel 2 ÄndVO vom 22. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3103) geändert worden ist.

81 Nachweisverordnung vom 20. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2298), die zuletzt durch Artikel 11 Absatz 11 des eIDAS-Durchführungsgesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist.

82 Entsorgungsfachbetriebsverordnung vom 2. Dezember 2016 (BGBl. I S. 2770), die zuletzt durch Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes zur Fortentwicklung der haushaltsnahen Getrennterfassung von wertstoffhaltigen Abfällen vom 5. Juli 2017 (BGBl. I S. 2234) geändert worden ist.

83 Elektro- und Elektronikgerätegesetz vom 20. Oktober 2015 (BGBl. I S. 1739), das zuletzt durch Artikel 16 des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts zum Schutz vor der schädlichen Wirkung ionisierender Strahlung vom 27. Juni 2017 (BGBl. I S. 1739) geändert worden ist.

84 Batteriegesetz vom 25. Juni 2009 (BGBl. I S. 1582), das zuletzt durch Artikel 6 Abs. 10 des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist.

gemäßen Abfallentsorgung oder aber über das KrWG hinausgehende Bußgeldvorschriften. Zudem ist in den Landesabfallgesetzen geregelt, welche juristischen Personen die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger sind, vgl. bspw. § 6 Landesabfallgesetz Baden-Württemberg. Schließlich können auch auf kommunaler Ebene Rechtsvorschriften erlassen werden, die dem Abfallrecht zuzurechnen sind. Zu nennen sind hier insbesondere gemeindliche Satzungen zur Festlegung von Abfallgebühren⁸⁵.

8.2.2.2 Abfallbegriff

Der Anwendungsbereich des Abfallrechts ist grundsätzlich dann eröffnet, wenn Abfall anfällt bzw. angefallen ist. Wann eine Sache oder ein Stoff rechtlich als Abfall zu qualifizieren ist, hat der Gesetzgeber in § 3 Abs. 1 Satz 1 KrWG legal definiert. Danach sind Abfälle alle Stoffe oder Gegenstände, deren sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss. War für den Abfallbegriff des alten KrW-/AbfG noch Voraussetzung, dass es sich um eine bewegliche Sache handeln muss, ist dieses Erfordernis im KrWG nicht mehr enthalten. Im Ergebnis wird hieran aber für die wichtigsten Anwendungsfälle dadurch festgehalten, dass nach § 2 Abs. 2 Nr. 10 KrWG Böden⁸⁶ und dauerhaft mit dem Boden verbundene Bauwerke vom Geltungsbereich des Abfallrechts ausgeschlossen sind; gleiches gilt nach Nr. 11 im Übrigen für nicht kontaminiertes Bodenmaterial, das bei Bauarbeiten ausgehoben wurde, sofern sichergestellt ist, dass die Materialien in ihrem natürlichen Zustand an dem Ort, an dem sie ausgehoben wurden, für Bauzwecke – bspw. für Verfüllungen, Böschungen oder andere technische Bauwerke – verwendet werden. Auf den Aggregatzustand der Stoffe oder Gegenstände kommt es grundsätzlich nicht an. Allerdings sind auch hier jeweils die in § 2 KrWG getroffenen Regelungen zu beachten. Gasförmige Stoffe, die nicht in Behältern gefasst sind, fallen bspw. gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 8 KrWG nicht in den Geltungsbereich des Gesetzes.

Der Abfallbegriff wird des Weiteren durch drei **Entledigungstatbestände** konkretisiert, von denen zumindest einer gegeben sein muss, um eine Abfalleigenschaft zu bejahen. Abfall liegt nur dann vor, wenn sich der Besitzer der Stoffe oder Gegenstände entledigt, entledigen will oder entledigen muss. Eine **Entledigung** ist anzunehmen, wenn der Besitzer Stoffe oder Gegenstände einer Verwertung im Sinne der Anlage 2 des KrWG oder einer Beseitigung im Sinne der Anlage 1 des KrWG zuführt oder die tatsächliche Sachherrschaft über sie unter Wegfall jeder weiteren Zweckbestimmung aufgibt. In den Anlagen 1 und 2 zum KrWG sind verschiedene Verwertungs- und Beseitigungsverfahren aufgelistet. Die tatsächliche Entledigung ist gerade in Verwaltungs- und Wohngebäuden der Regelfall. Wirft ein Gewerbetreibender oder ein privater Bewohner eines Gebäudes etwas in eine Mülltonne, so entledigt er sich dieses Gegenstandes und Abfall entsteht.

Der **Entledigungswille** ist nach § 3 Abs. 3 KrWG hinsichtlich solcher Stoffe oder Gegenstände anzunehmen, die bei der Energieumwandlung, Herstellung, Behandlung oder

⁸⁵ Vgl. bspw. die Satzung über die Abfallgebühren in der Stadt Köln, Abfallgebührensatzung vom 16. Dezember 2015.

⁸⁶ Dies gilt insbesondere auch für kontaminierte Böden, die in situ vorhanden sind, d.h. die nicht, bspw. im Rahmen einer Baumaßnahme, ausgekoffert wurden.

Nutzung von Stoffen oder Erzeugnissen oder bei Dienstleistungen anfallen, ohne dass der Zweck der jeweiligen Handlung hierauf gerichtet ist, oder deren ursprüngliche Zweckbestimmung entfällt oder aufgegeben wird, ohne dass ein neuer Verwendungszweck unmittelbar an deren Stelle tritt. Für die Beurteilung der Zweckbestimmung ist die Auffassung des Erzeugers oder Besitzers unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung zugrunde zu legen. Durch die erste Variante wird auf so genannte Produktionsrückstände Bezug genommen, bspw. bestimmte Schlacken. Regelmäßig hat dieser Entledigungstatbestand für den Facility Manager keine Bedeutung. Der dritte Entledigungstatbestand ist der des sich Entledigenmüssens. Der Besitzer von Stoffen oder Gegenständen muss sich gemäß § 3 Abs. 4 KrWG dieser Stoffe oder Gegenstände entledigen, wenn diese nicht mehr entsprechend ihrer ursprünglichen Zweckbestimmung verwendet werden, aufgrund ihres konkreten Zustandes geeignet sind, gegenwärtig oder künftig das Wohl der Allgemeinheit, insbesondere die Umwelt, zu gefährden, und wenn deren Gefährdungspotential nur durch eine ordnungsgemäße und schadlose Verwertung oder gemeinwohlverträgliche Beseitigung nach den Vorschriften dieses Gesetzes und der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen ausgeschlossen werden kann. Typisches Beispiel hierfür sind Altöle, die unter den Geltungsbereich der Altölverordnung⁸⁷ fallen.

8.2.2.3 Abfallentsorgung – Verantwortlicher Adressat

- 56 Die Grundpflichten der Abfallentsorgung umfassen deren gesetzeskonforme **Verwertung** oder **Beseitigung**, vgl. sogleich unter d). Soweit sich Abfälle nicht vermeiden lassen oder einer **Wiederverwendung**, die noch keine Verwertung darstellt⁸⁸, zugeführt werden können, sind diese nach § 7 Abs. 2 KrWG durch den Erzeuger oder Besitzer der Abfälle zu verwerten; werden die Abfälle nicht verwertet, sind sie gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KrWG verpflichtet, sie allgemeinwohlverträglich zu beseitigen. Der Entsorgungsbegriff umfasst dabei nach § 3 Abs. 22 KrWG sowohl die Abfallverwertung als auch die Abfallbeseitigung, während der Begriff in der Praxis häufig auf die Abfallbeseitigung verkürzt wird und die Abfallverwertung mit dem **Recycling** gleichgesetzt wird. Beides ist rechtlich unzutreffend.
- 57 Abfallerzeuger und der Abfallbesitzer können von den zuständigen Behörden zur Erfüllung ihrer abfallrechtlichen Pflichten herangezogen werden. Bei ihnen kann es sich sowohl um natürliche aber auch um juristische Personen, also Gesellschaften wie eine GmbH oder AG, handeln⁸⁹. Abfallerzeuger und Abfallbesitzer können sich zur Erfüllung ihrer abfallrechtlichen Pflichten zwar Dritten bedienen; diese Dritten, bspw. Entsorgungsunternehmen, werden jedoch grundsätzlich als Erfüllungsgehilfen des abfallrechtlich Verantwortlichen tätig. Eine Übertragung der öffentlich-rechtlichen Verantwortung scheidet aus, vgl. § 22 KrWG.

⁸⁷ Altölverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. April 2002 (BGBl. I S. 1368), die zuletzt durch Artikel 5 Absatz 14 des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212) geändert worden ist.

⁸⁸ Vgl. § 3 Abs. 21 und 24 KrWG zur Unterscheidung zwischen der „Wiederverwendung“ und der „Vorbereitung zur Wiederverwendung“.

⁸⁹ Beckmann, in: Landmann/Rohmer, KrWG; § 49 Rn. 14.

a) Abfallerzeuger

Erzeuger von Abfällen ist nach § 3 Abs. 8 KrWG jede natürliche oder juristische Person, durch deren Tätigkeit Abfälle anfallen (Ersterzeuger) oder die Vorbehandlungen, Mischungen oder sonstige Behandlungen vornimmt, die eine Änderung der Beschaffenheit oder der Zusammensetzung dieser Abfälle bewirken (Zweiterzeuger). Für viele Abfälle, bspw. diejenigen, die im Verantwortungsbereich des Mieters anfallen, kommt der Facility Manager als Abfallerzeuger nicht in Betracht. Anders zu beurteilen ist dies jedoch für Abfälle, die im Zusammenhang mit Tätigkeiten des Facility Managers im Rahmen der Gebäudebewirtschaftung entstehen.

Im Rahmen von Baumaßnahmen wird der Facility Manager in der Regel nicht als Abfallerzeuger zu qualifizieren sein. Fallen bei Instandhaltungs-, Instandsetzungs-, Modernisierungs- oder Abbrucharbeiten **Bauabfälle** an⁹⁰, so ist in der juristischen Literatur umstritten, wer als Abfallerzeuger zu qualifizieren ist. Nach einer Ansicht ist dies stets das ausführende Unternehmen, da die Definition des Abfallerzeugers nach § 3 Abs. 8 KrWG aufgrund ihres Wortlauts nur tätigkeitsbezogen verstanden werden könne⁹¹. Die überwiegend in der Literatur vertretene Auffassung stellt jedoch darauf ab, wer das Bauvorhaben, bei dem Abfälle erzeugt werden, verantwortlich veranlasst hat. Dies ist der den Bauantrag stellende Bauherr⁹². Auch das BVerwG hat sich jüngst in zwei Entscheidungen mit dem Abfallerzeugerbegriff auseinandergesetzt und dabei eine klare Tendenz erkennen lassen. Abfallerzeuger im Sinne des § 3 Abs. 8 KrWG ist nach dem BVerwG grundsätzlich derjenige, der als Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft die letzte Ursache für die Umwandlung einer Sache in Abfall gesetzt hat. Ausnahmsweise kann jedoch eine andere, vorgelagert handelnde Person als Abfallerzeuger zu qualifizieren sein, wenn ihr Verhalten sich aufgrund besonderer Umstände bei wertender Betrachtung als wesentliche Ursache für die Abfallentstehung darstellt⁹³. Das BVerwG überträgt damit im Kern den Grundsatz der unmittelbaren Verursachung aus dem allgemeinen Ordnungsrecht auf das Abfallrecht⁹⁴. Es ist eine wertende Betrachtung im jeweiligen Einzelfall vorzunehmen, ob das Unmittelbarkeitskriterium erfüllt ist oder nicht. Nicht jedes Vorverhalten ist laut BVerwG hierfür hinreichend. Insbesondere kann aber vorgelagertes Verhalten aufgrund von Zurechnungserwägungen, die an Risikosphären oder Fehlverhalten anknüpfen, die Erzeugereigenschaft begründen. Auch kann eine Person, die eine vorgelagerte Ursache gesetzt hat, ausnahmsweise verantwortlich sein, wenn ihre Handlung mit dem Verhalten desjenigen, der die zeitlich letzte Ursache gesetzt hat, eine natürliche Einheit bildet und dieses objektiv veranlasst hat⁹⁵. In einem weiteren Beschluss hat das BVerwG dann ausdrücklich ausgeführt, dass bei

90 Typische Bauabfälle sind Straßenaufbruch, Bauschutt, Ziegel, Bodenaushub etc.

91 Vgl. v. Lersner, in: v. Lersner/Wendenburg/Versteyl, Recht der Abfallbeseitigung, KrW-/AbfG, § 1 Rn. 45; ebenso der Abfallrechtsausschuss (ARA) der Länderarbeitsgemeinschaft Abfall (LAGA) – zitiert nach Kropp, ZUR 2010, 461 (463).

92 Vgl. Kropp, ZUR 2010, 461 (463 f.); Klett/Enders, BB 1996, 2003 (2004 ff.); Versteyl, NVwZ 2007, 1150 (1151); OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.05.1994 – 5 U 196/93; so „im Regelfall“ auch VG Arnberg, Urt. v. 22.06.2006 – AN 11 K 06.00144 und Urt. v. 07.12.2009 – 14 K 868/09.

93 BVerwG, Urt. v. 15.10.2014 – 7 C 1/13.

94 Vgl. zum Grundsatz der unmittelbaren Verursachung unter Rdn. 18 und 111.

95 BVerwG, Beschl. v. 12.04.2006 – 7 B 30/06.

der Beauftragung eines Dritten Erhebliches dafür spricht, dass sich der Auftraggeber (AG), das durch die Auftragsvergabe von ihm maßgeblich bestimmte Verhalten des Auftragnehmers (AN) zurechnen lassen muss, wenn er hiermit eigene Interessen verfolgt und somit als Abfallerzeuger zu qualifizieren ist⁹⁶.

Zwar ließe sich argumentieren, dass, soweit der Facility Manager die Arbeiten selbst ausführt, auch er als Abfallerzeuger in Betracht kommt, hiergegen spricht jedoch eine systematische wie teleologische Auslegung dieses Rechtsbegriffs, der zu einer am umweltrechtlichen Verursacherprinzip ausgerichteten Verteilung der Verantwortlichkeiten beitragen soll. Für die im Rahmen von Abbrucharbeiten anfallenden Abfälle gilt, dass diese regelmäßig sachnäher dem Einflussbereich des Bauherrn zuzurechnen sind, da die Tätigkeit des Abbruchunternehmens oder Facility Managers im Auftrag bzw. nach Weisung des Bauherrn erfolgt. Dennoch sind es auch weiterhin Fälle denkbar, in denen allein das ausführende Unternehmen, bspw. der Facility Manager, nicht aber der Auftraggeber als Abfallerzeuger anzusehen ist. Überträgt bspw. ein Immobilienunternehmen dem Facility Manager umfassend das Kleinreparaturmanagement für alle Liegenschaften, die im Eigentum des Unternehmens stehen und führt dieser dies eigenverantwortlich aus, spricht Einiiges dafür allein oder zumindest auch den Facility Manager als Abfallerzeuger zu qualifizieren. Daneben sind theoretisch Fälle denkbar, in denen der Facility Manager vertraglich mit derart weitreichenden Befugnissen ausgestattet ist, dass er ohne Zutun des Eigentümers Abbrucharbeiten beauftragen und diese verantworten, sprich wie ein Bauherr auftreten kann⁹⁷. Als Zweiterzeuger schließlich wird der Facility Manager kaum je zu qualifizieren sein.

b) Abfallbesitzer

- 60 Abfallbesitzer ist nach § 3 Abs. 9 KrWG jede natürliche oder juristische Person, die die tatsächliche Sachherrschaft über Abfälle hat. Der Besitzbegriff des KrWG unterscheidet sich vom Besitzbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) dahingehend, dass kein **Besitzbegründungswille** des Abfallbesitzers, sondern allein die objektive tatsächliche Sachherrschaft⁹⁸ erforderlich ist. Darüber hinaus sind auch die Anforderungen an die tatsächliche Sachherrschaft eingeschränkt. So ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Sachherrschaft an einem Grundstück, die tatsächliche Gewalt über die dort lagernden Gegenstände vermittelt, sofern das Grundstück nicht aufgrund von Betretungsrechten allgemein zugänglich ist⁹⁹. Unerheblich ist, wie die Abfälle in den Herrschaftsbereich des Abfallbesitzers gelangt sind; auch durch Naturvorgänge, etwa durch Hochwasser angeschwemmte Stoffe, oder durch höhere Gewalt in den Herrschaftsbereich gelangte Abfälle begründen tatsächliche Sachherrschaft im Sinne des § 3 Abs. 9 KrWG¹⁰⁰. Gleiches gilt, wenn Dritte das Grundstück als wilde Mülldeponie zweckentfremden.

96 BVerwG, Beschl. v. 24.10.2014 – 7 C 2/13.

97 Ähnlich auch Reese/Schütte, ZUR 1999, 136 (137); bauordnungsrechtlich ist die Stellung als Bauherr nicht an die Eigentümerstellung gekoppelt, vgl. bspw. § 57 BauO NRW.

98 BVerwGE 106, S. 43 ff.; Enders, Abfallrecht 2008, S. 56 (57).

99 BVerwG, Urt. v. 22.07.2004 – Az. 7 C 17/03 –, NVwZ 2004, S. 1360 f.; BVerwGE 106, S. 43 f.

100 BVerwGE 106, S. 43 ff.

c) Facility Manager als Abfallverantwortlicher

Der Facility Manager ist zumindest in den Fällen als Abfallerzeuger zu qualifizieren, in denen er selbst Stoffe, bspw. Reinigungsmittel etc., bei seinen Tätigkeiten verwendet und entsprechende Rückstände verbleiben. Wird der Facility Manager auch als Werkunternehmer, bspw. im Bereich des Kleinreparaturmanagements tätig, kann hingegen häufig nicht pauschal beantwortet werden, ob er Abfallerzeuger ist oder nicht. Die Bewertung richtet sich nach den unter Rdn. 59 beschriebenen Grundsätzen.

Weit häufiger, wenn nicht sogar regelmäßig, wird er aber als Abfallbesitzer im Sinne des KrWG zu qualifizieren sein. Ist der Facility Manager bzgl. eines Gebäudes oder eines Grundstücks bspw. für die Bewirtschaftung eines **Abfallhofes** oder eines **Abfallsammelraumes** verantwortlich, für den er auch die **Verkehrssicherungspflichten** übertragen bekommen hat, ist ihm die tatsächliche Sachherrschaft hinsichtlich der dort gelagerten bzw. bereitgestellten Abfälle zuzuschreiben. Hält man sich etwa die Situation in einem Einkaufszentrum mit verschiedenen Mietern vor Augen, so sind die einzelnen Mieter für die in ihrem Gewerbebetrieb anfallenden Abfälle als Abfallerzeuger verantwortlich. Der Facility Manager, der die Sachherrschaft über entsprechende Räumlichkeiten oder Grundstücksteile ausübt und für die Abwicklung der Entsorgung, etwa die Einsammlung und den Abtransport der Abfälle, verantwortlich ist und diese koordiniert, ist Abfallbesitzer.

Daneben können auch den Facility Manager die oben beschriebenen Fälle illegaler Abfallentsorgung durch Dritte treffen. Ist dem Facility Manager vertraglich die Sachherrschaft über das Grundstück bzw. Gebäudeteile übertragen worden, wird er als Abfallbesitzer anzusehen sein, wenn sich Dritte in diesen räumlich begrenzten Bereichen bestimmter Gegenstände entledigen. In diesen Fällen wird aber im Einzelfall auszulegen sein, wie weit die vom Eigentümer/Auftraggeber auf den Facility Manager übertragene Sachherrschaft über das Grundstück/Gebäude reicht. Wichtig ist, dass auch in diesen Fällen vertraglich keine öffentlich-rechtliche Verantwortung übertragen wird. Vielmehr ist die zivilvertragliche Übertragung von Verkehrssicherungspflichten etc. an einem Grundstück nur die Voraussetzung dafür, dass die öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit in der Person des Facility Managers als Abfallbesitzer originär entstehen kann.

8.2.2.4 Grundpflichten der Abfallentsorgung

Im Zuge der Umsetzung der **Abfallrahmenrichtlinie** wurde die dreistufige **Abfallhierarchie** des KrW-/AbfG durch eine fünfstufige Abfallhierarchie in § 6 KrWG ersetzt¹⁰¹. Hierdurch bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, welche Grundgedanken die Kreislauf- und Abfallwirtschaft prägen sollen. Vorrangig sind die Abfallvermeidung und die Vorbereitung zur Wiederverwendung; in beiden Fällen ist Abfall noch nicht entstanden. Es folgt das Recycling als eine besonders hochwertige Form der Verwertung. Die vierte Stufe umfasst sonstige Verwertungsmaßnahmen, insbesondere die energetische Verwertung und Verfüllungen. Die Abfallbeseitigung schließlich ist die Art der Entsorgung, die vom Gesetzgeber

¹⁰¹ Vgl. zu Inhalt und Bedeutung der neuen fünfstufigen Abfallhierarchie u.a. Beckmann/Kersting, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 6 Rn. 16 ff. Hahn, „Die Abfallhierarchie der europäischen Abfallrahmenrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Kreislaufwirtschaftsgesetz“ (in Bearbeitung, erscheint 2017).

grundsätzlich am wenigsten erwünscht ist. Jedoch ist nicht aus den Augen zu verlieren, dass in Einzelfällen eine Beseitigung die umweltverträglichere Entsorgungsvariante sein kann und dieser daher der Vorzug zu geben ist. So oder so beinhaltet die Abfallhierarchie des KrWG keine starre Regel im Sinne einer Ge- oder Verbotsnorm. Sie ist vielmehr als Auslegungs- und Ermessensleitlinie für Gesetzgeber, Verwaltung und Rechtsprechung zu verstehen¹⁰².

- 64 Nach § 7 Abs. 3 Satz 1 KrWG hat die Verwertung von Abfällen ordnungsgemäß und schadlos zu erfolgen. Ist es zur Erfüllung der Anforderungen nach § 7 Abs. 2 bis 4 KrWG erforderlich, sind Abfälle getrennt zu halten und zu behandeln; gefährliche Abfälle sind grundsätzlich getrennt zu halten, vgl. § 9 Abs. 2 KrWG. Entsprechende **Getrennthaltungspflichten** für nicht gefährliche Abfälle finden sich u.a. in der Gewerbeabfallverordnung oder in der POP-Abfall-ÜberwachungsV¹⁰³, gefährliche Abfälle. Werden Abfälle nicht verwertet, sind sie allgemeinwohlverträglich zu beseitigen, vgl. § 15 Abs. 1 und 2 KrWG.

a) Abfallverwertung und Abfallbeseitigung

- 65 Ob eine Abfallverwertung oder eine Abfallbeseitigung vorliegt, kann von weit reichender rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung sein¹⁰⁴. Verwertung beschreibt nach § 3 Abs. 23 KrWG jedes Verfahren, als dessen Hauptergebnis die Abfälle innerhalb der Anlage oder in der weiteren Wirtschaft einem sinnvollen Zweck zugeführt werden, indem sie entweder andere Materialien ersetzen, die sonst zur Erfüllung einer bestimmten Funktion verwendet worden wären, oder indem die Abfälle so vorbereitet werden, dass sie diese Funktion erfüllen. Innerhalb der Verwertung wird, was sich auch aus § 6 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 KrWG ergibt, zwischen der Vorbereitung zur Wiederverwendung, dem Recycling, sowie der sonstigen Verwertung unterschieden. Grundsätzlich hat dabei die Verwertungsmaßnahme Vorrang, die den Schutz von Mensch und Umwelt nach der Art der Beschaffenheit des Abfalls unter Berücksichtigung der in § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 KrWG festgelegten Kriterien am besten gewährleistet, vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 KrWG. Beseitigung im Sinne des KrWG ist jedes Verfahren, das keine Verwertung ist, auch wenn das Verfahren zur Nebenfolge hat, dass Stoffe oder Energie zurückgewonnen werden, vgl. § 3 Abs. 26 KrWG. Grundsätzlich entscheidet der Abfallverantwortliche, ob er bestimmte Abfälle einer Verwertungs- oder Beseitigungsmaßnahme zuführt. Wichtigste Folge der Unterscheidung zwischen Verwertung und Beseitigung ist, dass für verschiedene Abfälle zur Verwertung keine Andienungs- und Überlassungspflichten gegenüber den öffentlichen Entsorgungsträgern nach § 17 KrWG bestehen, vgl. unten Rdn. 67. Dies gilt insbesondere für Gewerbeabfälle.

¹⁰² Schink, in: ders./Versteyl, KrWG, § 6 Rn. 16.

¹⁰³ Verordnung zur Überwachung von nicht gefährlichen Abfällen mit persistenten organischen Schadstoffen und zur Änderung der Abfallverzeichnis-Verordnung vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2644).

¹⁰⁴ Vgl. zur Abgrenzung von Verwertungs- und Beseitigungsmaßnahmen Weidemann, NVwZ 1998, 258 ff.

b) Grundsatz der Eigenentsorgung

Erzeuger oder Besitzer von Abfällen sind nach § 7 Abs. 2 KrWG zur Verwertung ihrer eigenen Abfälle verpflichtet. Nach § 7 Abs. 3 KrWG hat die Verwertung von Abfällen ordnungsgemäß und schadlos zu erfolgen. Die Verwertung erfolgt ordnungsgemäß, wenn sie im Einklang mit den Vorschriften des KrWG und anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht. Sie erfolgt schadlos, wenn nach der Beschaffenheit der Abfälle, dem Ausmaß der Verunreinigungen und der Art der Verwertung Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit nicht zu erwarten sind, insbesondere keine Schadstoffanreicherungen im Wertstoffkreislauf erfolgen. Auch die Abfallbeseitigung liegt grundsätzlich in der Verantwortung des Abfallbesitzers und Abfallerzeugers, vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 KrWG. In § 15 Abs. 1 Satz 1 KrWG hat der Gesetzgeber jedoch den klarstellenden Zusatz aufgenommen, „soweit in § 17 nichts anderes bestimmt ist“. Dieser § 17 KrWG, der die Überlassungspflichten von Abfällen an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger bestimmt, enthält weitreichende Ausnahmen vom Grundsatz der Eigenentsorgung.

66

c) Überlassungs- und Andienungspflichten, § 17 KrWG

In § 17 Abs. 1 Satz 1 KrWG wird geregelt, dass Erzeuger und Besitzer von Abfällen aus privaten Haushaltungen verpflichtet sind, diese den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zu überlassen, soweit sie zu einer Verwertung auf den von ihnen im Rahmen ihrer privaten Lebensführung genutzten Grundstücken nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen. Eine Verwertung im letztgenannten Sinn umfasst regelmäßig nur den Fall der Eigenkompostierung von Bioabfällen¹⁰⁵. Das gleiche gilt nach § 17 Abs. 1 Satz 2 KrWG für Erzeuger und Besitzer von Abfällen zur Beseitigung aus anderen als privaten Herkunftsbereichen, soweit sie diese nicht in eigenen Anlagen beseitigen oder nach Satz 3 überwiegende öffentliche Interessen eine Überlassung an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger erfordern¹⁰⁶. Aus dieser Vorschrift ergeben sich die folgenden Pflichten:

67

- Abfälle zur Beseitigung aus **privaten Haushaltungen** sind den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern stets zu überlassen¹⁰⁷;
- Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen sind ihnen zu überlassen, soweit der Erzeuger und Besitzer zu einer Verwertung selbst nicht in der Lage ist, was den Regelfall darstellt;
- **Gewerbe- und Industrieabfälle** zur Verwertung müssen nicht überlassen werden, was im Einzelfall zu deutlichen Kostenvorteilen führen kann, da entsprechende Entsorgungsverträge mit privaten Entsorgungsunternehmen ausgehandelt werden können, und
- Gewerbe- und Industrieabfälle zur Beseitigung können unter bestimmten Voraussetzungen von deren Erzeugern und Besitzern in eigenen Anlagen entsorgt werden, was für

¹⁰⁵ OVG Münster, UPR 1999, 38; vgl. auch Häberle, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, KrWG, § 17 Rn. 2 ff.

¹⁰⁶ Vgl. zur Konkretisierung des Begriffs der überwiegenden öffentlichen Interessen Dippel, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 17 Rn. 32 f.

¹⁰⁷ Vgl. Beckmann, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 17 Rn. 36 ff.

den Facility Manager in der Praxis nicht von Belang sein wird, da er in aller Regel nicht über entsprechende eigene Anlagen verfügt. Allerdings können auch für die Entsorgung von nicht gefährlichen wie gefährlichen Bauabfällen zur Beseitigung Entsorgungsverträge geschlossen werden.

Somit ist neben der Unterscheidung zwischen der Verwertung und der Beseitigung von Abfällen, insbesondere von Bedeutung, wann es sich bei Abfällen um solche aus privaten Haushaltungen und wann um Gewerbe- und Industrieabfälle handelt, vgl. hierzu unter Rdn. 72 f.

d) Rückausnahmen nach § 17 Abs. 2 und 3 KrWG

- 68 Wie soeben ausgeführt, sind Abfallerzeuger und Abfallbesitzer nach der Systematik des KrWG grundsätzlich selbst für die Abfallentsorgung verantwortlich. Sie können die Abfälle entweder in eigenen Anlagen entsorgen oder aber nach § 22 KrWG Dritte zur Erfüllung ihrer Entsorgungspflichten beauftragen. Von diesem Grundsatz der Entsorgungsverantwortung werden die in § 17 KrWG beschriebenen, umfassenden Ausnahmen geregelt. Dabei wurde hinsichtlich der Frage, ob auch Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen vom Entsorgungsverantwortlichen persönlich entsorgt werden müssen und ob sich dieser für eine Verwertung Dritter – etwa privaten **Entsorgungsunternehmen** – bedienen darf, zwischen der Entsorgungswirtschaft auf der einen sowie den Gemeinden, Landkreisen und öffentlichen Entsorgungsträgern auf der anderen Seite über Jahre eine kontroverse rechtliche Auseinandersetzung geführt¹⁰⁸. Private Entsorgungsunternehmen einerseits fühlten sich durch die weitreichenden Überlassungs- und Andienungspflichten des damaligen § 13 KrW-/AbfG zu sehr in ihrer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit eingeschränkt, während die öffentliche Hand und die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger argumentierten, dass durch abfallwirtschaftliche 'Rosinenpickerei, der privaten Entsorgungswirtschaft die bestehenden öffentlichen Entsorgungssysteme nicht mehr rentabel betrieben werden können, was sich in deutlichen Gebührenerhöhungen für die Allgemeinheit niederschlagen würde¹⁰⁹. Ausgangspunkt des Streits war der insoweit nicht eindeutige Wortlaut des § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG, der bis zum Inkrafttreten des KrWG im Jahr 2012 galt. In § 17 Abs. 1 KrWG wird hingegen durch den Gesetzgeber klargestellt, dass die Überlassungspflicht besteht, soweit die Abfallerzeuger und -besitzer von Abfällen aus privaten Haushaltungen zu einer Verwertung „auf den von ihnen im Rahmen ihrer privaten Lebensführung genutzten Grundstücken nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen“. Somit ist eine Überlassung an private Entsorgungsunternehmen auf Grundlage des § 17 Abs. 1 KrWG ausgeschlossen¹¹⁰. Hieraus folgt für den Facility Manager, der Objekte betreut, die der privaten Haushaltsführung dienen, beispielsweise größere Bestände von Wohnimmobilien, dass er für die Verwertung der Abfälle, die durch die Mieter im Rahmen ihrer privaten Lebensführung erzeugt werden, grundsätzlich keine Entsorgungs-

108 Vgl. z.B. VG Schleswig, NVwZ 1998, 313; VG Düsseldorf, NVwZ-RR 1997, 347; OVG Koblenz, Beschl. v. 13.01.1999 – 8 B 12627/98, S 7 ff.

109 Klarstellend BVerwG, Urt. v. 18.06.2009 – 7 C 16.08.

110 Zur Frage der Europarechtswidrigkeit der Überlassungspflichten nach § 17 KrWG vgl. Knopp/Piroch, UPR 2012, 343 ff. m.w.N.

verträge mit Unternehmen der privaten Abfallwirtschaft schließen darf. Entsprechende Abfälle sind den jeweiligen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern anzudienen.

Von diesem Grundsatz gibt es verschiedene Ausnahmen, die in § 17 Abs. 2 KrWG geregelt sind. Unter den dort genannten Voraussetzungen besteht abweichend von § 17 Abs. 1 KrWG keine Überlassungspflicht gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger. Für den Facility Manager bedeutet dies, dass in diesem Rahmen der Abschluss von Entsorgungsverträgen mit Unternehmen der privaten Abfallwirtschaft prinzipiell in Betracht kommt. Gemäß § 17 Abs. 2 KrWG kann die Überlassungspflicht im Einzelnen entfallen: für Abfälle, die bereits aufgrund einer speziellen Rechtsverordnung einer Rücknahme- oder Rückgabepflicht unterfallen, z.B. nach Maßgabe der AltölV oder der AltfahrzeugV (Nr. 1), für Abfälle, die in Wahrnehmung der Produktverantwortung von Herstellern oder Vertreibern freiwillig zurückgenommen werden (Nr. 2) und für Abfälle die durch eine gemeinnützige oder gewerbliche Sammlung erfasst werden (Nr. 3 und 4). Im Falle der gewerblichen Sammlung setzt das Entfallen der Überlassungspflicht gemäß § 17 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 KrWG voraus, dass die Abfälle durch den gewerblichen Sammler einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden und überwiegende öffentliche Interessen der Sammlung nicht entgegenstehen. Wann überwiegende öffentliche Interessen einer gewerblichen Sammlung entgegenstehen, konkretisiert die Bestimmung in § 17 Abs. 3 KrWG, die zu Recht als wohl umstrittenste und komplexeste Vorschrift des KrWG bezeichnet worden ist¹¹¹. Sie besteht aus einer Vielzahl verschachtelter, aufeinander verweisender Legaldefinitionen, die mit unbestimmten Rechtsbegriffen, die ihrerseits wieder der Konkretisierung bedürfen, durchsetzt sind. Dementsprechend hat die neue Fassung seit ihrem Inkrafttreten im Jahr 2012 zu einer Vielzahl unter- und obergerichtlicher Judikate geführt¹¹². Zwischenzeitlich wurden die §§ 17, 18 KrWG auch Gegenstand zweier höchstrichterlicher Entscheidungen¹¹³. Das BVerwG hat dort klargestellt, dass – aufgrund einer europarechtskonformen Auslegung der Bestimmung in § 17 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 KrWG – das bloße Nebeneinander von hochwertig operierendem kommunalen Erfassungssystem einerseits und privatwirtschaftlich tätiger Konkurrenz andererseits für sich gesehen nicht genügt, um gewerbliche Sammlungen wegen entgegenstehender überwiegender öffentlicher Interessen zu untersagen. Unterhält eine Gemeinde oder ein Landkreis als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger eine eigene Sammlung eines bestimmten Abfalls wie z.B. Altpapier oder Alttextilien (in der Regel unter Einbindung eines Drittbeauftragten) soll lediglich eine widerlegliche Vermutung dafür sprechen, dass der Sammlung überwiegende öffentliche Interessen ent-

69

111 So bei Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 3. Auflage, § 17 Rn. 45.

112 S. beispielhaft Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 20. März 2013 – 5 Bs 208/12 –, AbfallR 2013, 144; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 09. September 2013 – 10 S 1116/13 –, juris; Obergerverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 21. September 2015 – 20 A 2219/14 –, juris; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 10. Februar 2015 – 20 B 14.710 –, BayVBl 2015, S. 566 ff.; Obergerverwaltungsgericht des Saarlandes, Urteil vom 12. Januar 2017 – 2 A 147/15 –, AbfallR 2017, 125; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 30. Januar 2017 – 20 CS 16.1416 –, juris.

113 BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2016 – 7 C 4/15 –, BVerwGE 155, 336-357; BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2016 – 7 C 5/15 –, NVwZ 2017, S. 75 ff.

gegenstehen. Das BVerwG führt als Prüfungsmaßstab hierfür das Kriterium der „Irrelevanzschwelle“ ein¹¹⁴. Anhand einer Prognose der dem staatlichen System – für den Fall der Durchführung sämtlicher den Marktzutritt begehrender und berücksichtigungsfähiger privater Sammlungen – drohenden Einbußen an „eigener“ Sammelmenge soll ermittelt werden, ob eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit für das staatliche Erfassungssystem droht. Diese Prognose und damit die Prüfung der Frage, ob die Vermutung als widerlegt gelten muss, muss die Behörde von Amts wegen leisten¹¹⁵. Für die – der Entscheidung zugrundeliegende – Abfallfraktion der Alttextilien hielt das Gericht grundsätzlich Einbußen in Höhe von 10 – 15 % noch als irrelevant, so dass dies einer gewerblichen Sammlung nicht entgegengehalten werden könne. Es ist allerdings kritisch anzumerken, dass die vom BVerwG gegebenen Anhaltspunkte für die eigentliche „Berechnung“ bzw. Prognose der noch irrelevanten Belastung erneut viele Fragen aufwerfen, was bereits zu ersten widerstreitenden untergerichtlichen Judikaten geführt hat¹¹⁶, so dass die von der Praxis erhoffte Rechtssicherheit bislang ausgeblieben ist.

- 70 Hat der Facility Manager daher zu entscheiden, ob er einen Vertrag mit einem privaten Entsorgungsunternehmen schließen kann oder nicht, sollte er die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit eines solchen Vertrages vorab kritisch prüfen lassen. Er sollte sich dabei nicht allein darauf verlassen, dass am Markt ein entsprechendes Angebot besteht. Da es sich bei der Rückausnahme nach § 17 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 3 KrWG um einen nur schwer abschließend zu bestimmenden Bereich rechtlich zulässiger privatwirtschaftlicher Tätigkeit handelt, wird es immer wieder Konstellationen geben, in denen **gewerbliche Sammlungen** angeboten werden, obwohl die Voraussetzungen der Rückausnahme nicht gegeben sind. Grundsätzlich gilt zwar, dass mit einer gemäß § 18 KrWG ordnungsgemäß angezeigten gewerblichen Sammlung drei Monate nach ihrer Anzeige begonnen werden kann, d.h. eine Erlaubnis oder Genehmigung ist hierfür nicht erforderlich. Die zuständige Abfallbehörde kann eine angezeigte und durchgeführte Sammlung aber gleichwohl auch zu einem späteren Zeitpunkt auf der Grundlage der Ermächtigungsnorm in § 18 Abs. 5 Satz 2 KrWG mit dem Argument untersagen, dass der Sammlung überwiegende öffentliche Interessen entgegen stünden¹¹⁷.

8.2.2.5 Gewerbeabfall-Verordnung

- 71 Die Gewerbeabfallverordnung (GewAbfV)¹¹⁸ gilt für die Verwertung und die Beseitigung von **gewerblichen Siedlungsabfällen** und von **Bau- und Abbruchabfällen** sowie weiterer im Anhang der Gewerbeabfallverordnung aufgeführter Abfälle. Wie bereits ausgeführt, ist

114 BVerwG, a.a.O., Rn. 59 ff.

115 Kopp-Assenmacher/Hahn, ZUR 2017, S. 80 (84).

116 s. z.B. einerseits VG Stuttgart, Urteil vom 27. April 2017 – 14 K 361/15 –, juris und VG Potsdam, Urteil v. 6. Juli 2017 – VG 1 K 675/15 – andererseits.

117 Letztlich ist dies allerdings eine Frage, die durch die jeweils örtlich zuständigen Verwaltungsgerichte zu beurteilen ist.

118 Gewerbeabfallverordnung vom 18. April 2017, BGBl. I S. 896, die zuletzt durch Art. 2 Abs. 3 des Gesetzes zur Fortentwicklung der haushaltsnahen Getrennterfassung von wertstoffhaltigen Abfällen vom 5. Juli 2017 (BGBl. I S. 2234) geändert wurde.

die Unterscheidung zwischen Abfällen aus privaten Haushaltungen und Gewerbeabfällen von großer unternehmerischer Bedeutung, da für Gewerbeabfälle zur Verwertung keine Überlassungspflichten an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger bestehen. Die Gewerbeabfallverordnung ist 2016 umfassend novelliert worden und zum 01.08.2017 in Kraft getreten.

a) Der Anwendungsbereich der Gewerbeabfallverordnung

Gewerbliche Siedlungsabfälle sind nach § 2 Nr. 1 GewAbfV Siedlungsabfälle aus anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushaltungen, insbesondere gewerbliche und industrielle Abfälle, die Abfällen aus privaten Haushaltungen aufgrund ihrer Beschaffenheit oder Zusammensetzung ähnlich sind, sowie Abfälle aus privaten und öffentlichen Einrichtungen. Abfälle aus privaten Haushaltungen sind solche, die in privaten Haushalten im Rahmen der privaten Lebensführung anfallen, insbesondere in Wohnungen und zugehörigen Grundstücks- oder Gebäudeteilen sowie in anderen vergleichbaren Anfallorten wie Wohnheimen oder Einrichtungen des betreuten Wohnens¹¹⁹.

Abfälle stammen dann aus einer privaten Haushalts- und Lebensführung, wenn der Haushalt selbstständig bewirtschaftet ist und wenn die betroffenen Personen Art und Zusammensetzung der Abfälle im Wesentlichen selbst bestimmen können. Zu Anfallorten, die privaten Haushaltungen vergleichbar sind und für deren Abfälle die GewAbfV daher nicht gilt, zählen insbesondere Studentenwohnheime, Senioren- und Altenwohnheime und Einrichtungen des betreuten Wohnens, soweit diese nicht als Pflegeheime anzusehen sind¹²⁰. Wichtig ist, dass sich bei Übernahme, Sammlung bzw. Bereitstellung von Abfällen aus privaten Haushaltungen durch Wohnungsbaugesellschaften, Wohnungsverwaltungen oder Facility Manager die Herkunft der Abfälle nicht ändert; insbesondere scheidet eine nachträgliche Umwidmung zu gewerblichen Siedlungsabfällen aus. Ist der Facility Manager daher vertraglich verpflichtet, auch den Abfallraum oder Abfallhof der jeweiligen Immobilie zu bewirtschaften, kommt es für die Einstufung, ob es sich um gewerbliche Siedlungsabfälle oder Siedlungsabfälle aus privaten Haushaltungen handelt, nicht darauf an, dass der Facility Manager gewerblich tätig ist. Allein entscheidend ist die Funktion des Anfallorts des Abfalls.

In Abgrenzung hierzu zählen zu gewerblichen Siedlungsabfällen etwa Abfälle aus gewerblichen Büros oder Praxen, beispielsweise Arztpraxen oder Rechtsanwaltssozialitäten, Verwaltungsgebäuden sowie Schulen und Kindergärten¹²¹, Kliniken oder Pflegeheimen. Gleichzeitig zählt auch der Sperrmüll aus diesen Herkunftsbereichen zum gewerblichen Siedlungsabfall¹²². Ferner sind gewerbliche Siedlungsabfälle auch Abfälle aus öffentlichen Einrichtungen, wie etwa Kasernen und Strafvollzugsanstalten. Diese sind mit privaten Haushaltungen nicht vergleichbar, weil der öffentliche Zweck des Aufenthalts durch ein

119 Vgl. zur Konkretisierung des Begriffs „Private Haushalt“ nunmehr § 2 Nr. 2 GewAbfV, nach BVerwG, Urt. v. 07.08.2008 – 7 C 51.07; BVerwG, Urt. v. 27.04.2006 – 7 C 10.05; VGH Mannheim, Beschl. v. 26.07.2011 – 10 S 1368.10.

120 Beckmann, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 17 Rn. 27 f.

121 Vgl. Beckmann, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 17 Rn. 31.

122 Steindorf/Häberle, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, GewAbfV, § 2 Rn. 1.

besonderes Gewaltverhältnis geprägt ist, das durch die öffentlich-rechtliche Pflichtenstellung der Soldaten oder Inhaftierten zum Ausdruck kommt¹²³.

Daneben gilt die Gewerbeabfallverordnung auch für nicht gefährliche Bau- und Abbruchabfälle. Entsprechende Pflichten sind in den §§ 8 und 9 GewAbfV geregelt und müssen vom Facility Manager, soweit es an Bau- Sanierungs- oder Instandsetzungsmaßnahme beteiligt ist, bei deren Durchführung entsprechende Abfälle anfallen, beachtet werden.

b) Wesentliche Rechtspflichten der Gewerbeabfallverordnung

- 75 Ist der Anwendungsbereich der GewAbfV eröffnet, folgt hieraus, dass der Facility Manager Gewerbeabfälle zur Verwertung nicht den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern andienen und überlassen muss. Für diese Abfallfraktion kann er eigenständig kostengünstigere Entsorgungsverträge abschließen. Bei Abfällen zur Beseitigung wird dies grundsätzlich nicht der Fall sein, da der Facility Manager in aller Regel keine eigenen Anlagen zur Abfallbeseitigung betreibt. Die entsprechende Ausnahme des § 17 Abs. 1 Satz 2 KrWG ist auf Industrieunternehmen zugeschnitten.

aa) Getrennthaltung gewerblicher Siedlungsabfälle

- 76 Die GewAbfV regelt in § 3, dass des Erzeuger und Besitzer von bestimmten gewerblichen Siedlungsabfällen diese zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen und schadlosen sowie möglichst hochwertigen Verwertung jeweils getrennt zu halten, zu lagern, einzusammeln, zu befördern und einer Verwertung zuzuführen haben. Die folgenden Abfallfraktionen sind hiervon betroffen: Papier und Pappe (20 01 01 AVV), Glas (20 01 02 AVV), Kunststoffe (20 01 39 AVV), Metalle (20 01 40 AVV) und biologisch abbaubare Küchen- und Kantinenabfälle (20 01 08 AVV), biologisch abbaubare Garten- und Parkabfälle (20 02 01 AVV) und Marktabfälle (20 03 02 AVV), Holz (20 01 38 AVV) und Textilien (20 01 11 AVV). Den Erzeugern und Besitzern ist vorbehalten, eine weitergehende Getrennthaltung innerhalb der genannten Abfallfraktionen vorzunehmen. Weitere Getrennthaltungspflichten ergeben sich aus § 8 GewAbfV für die Getrennthaltung von Bau- und Abbruchabfällen.
- 77 Fallen gewerbliche Siedlungsabfälle gemischt an, führt dies nicht dazu, dass seitens des Erzeugers eine Pflicht zur Entmischung besteht¹²⁴. Vielmehr sind entsprechende Gemische unmittelbar einer Vorbehandlung nach § 4 GewAbfV bzw. einer energetischen Verwertung nach § 6 GewAbfV zuzuführen. Getrennthaltungspflichten für Holz richten sich schließlich nach der Altholzverordnung¹²⁵, vgl. dort § 10. Gefährliche Abfälle im Sinne der Verordnung über das Europäische Abfallverzeichnis sind schließlich gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 GewAbfV jeweils getrennt zu halten, zu lagern, einzusammeln, zu befördern und einer ordnungsgemäßen Verwertung oder Beseitigung zuzuführen.

123 Beckmann, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 17 Rn. 29.

124 Vgl. Beckmann, in: Landmann/Rohmer, KrWG, § 15 Rn. 84.

125 Verordnung über Anforderungen an die Verwertung und Beseitigung von Altholz (Altholzverordnung), BGBl I 2002, 3302.

bb) Organisatorische Maßnahmen

Da der Abfallbesitzer und Abfallerzeuger als Abfallverantwortlicher sicherzustellen hat, dass er die Getrennthaltungspflichten nach der Gewerbeabfallverordnung einhält, hat er betriebliche Organisationspflichten einzuführen und umzusetzen. Er muss dafür Sorge tragen, dass die **Fehlwurfquote** weitgehend beschränkt wird, auch wenn unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten anerkannt ist, dass ein gewisses Maß an Fehlwürfen tolerierbar ist¹²⁶. Der Abfallverantwortliche muss jeweils die Erfüllung der Pflichten sowie die Voraussetzungen für bestehende Ausnahmen gemäß § 3 Abs. 3 GewAbfV z.B. durch Lagepläne, Lichtbilder, Liefer- und Wiegescheine sowie durch die Vorlage einer Übernahmeerklärung dokumentieren. Er muss zudem unterschiedliche Sammelbehälter zumindest für die Abfallfraktionen Papier und Pappe, Glas, Kunststoffe, Metalle und biologisch abbaubare Abfälle aufstellen und entsprechend beschriften; auch eine farbliche Kennzeichnung kann sinnvoll sein. Weitere geeignete organisatorische Maßnahmen zur Reduzierung der Fehlwurfquote sind die Einweisung der Mitarbeiter sowie ihre wiederkehrende Schulung. Daneben ist durch die Rechtsprechung entschieden, dass nach § 7 Abs. 2 GewAbfV auch eine Pflicht zur Aufstellung einer sogenannten Restabfalltonne besteht¹²⁷. Dieser Restabfall ist in der Regel Abfall zur Beseitigung und unterliegt daher, anders als die getrennt gesammelten Abfälle, der Andienungspflicht an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger. Daher ist hierfür auch eine Entsorgungsgebühr zu entrichten. Eine Vielzahl von Gewerbebetreibenden hatte sich anfänglich gegen die Pflicht der Einführung der sogenannten **Restmülltonne** geweigert. Das Bundesverwaltungsgericht hat jedoch mit Ur. v. 17.02.2005 klargestellt, dass die Abfallbehälternutzungspflicht nach § 7 Abs. 2 Gewerbeabfallverordnung alle Erzeuger und Besitzer gewerblicher Siedlungsabfälle trifft, es sei denn, diese weisen im Einzelfall nach, dass bei ihnen keine Abfälle zur Beseitigung anfallen¹²⁸. Dieser Nachweis wird in aller Regel nicht zu führen sein.

Restabfälle, die über die Restmülltonne zu beseitigen sind, sind etwa mineralische Feinfraktionen – wie z.B. Glasbruch – Stoffe, die eine Vorbehandlung behindern oder nicht energetisch nutzbar sind – wie Essensreste oder pflanzliche Abfälle – flüssige oder pastöse Abfälle, wie verbrauchte Speiseöle und Fette und sonstige Restabfälle, insbesondere aus dem Mitarbeiter- und Kundenbereich, etwa Zigarettenskippen, Kaffeefilter, verbrauchte Hygieneartikel etc.

cc) Ausnahmen von der Pflicht zur Getrennthaltung

Die Pflicht zur Getrennthaltung entfällt nur, wenn sie wirtschaftlich nicht zumutbar oder technisch nicht möglich ist. Dann muss der Erzeuger bzw. der Besitzer die nicht getrennt gehaltenen Abfälle gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 GewAbfV i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 GewAbfV einer Vorbehandlungsanlage zuführen. Technische Unmöglichkeit wird angenommen, wenn für die getrennte Sammlung nicht genug Platz zur Verfügung steht oder der Besitzer die Getrenntsammlung nicht sicherstellen kann, weil die Behälter öffentlich zugänglich

126 In der Praxis wird in der Regel eine Fehlwurfquote von bis zu 5 % toleriert, vgl. auch die Verordnungsbegründung BR-Drs. 2/17, S. 92.

127 BVerwG, Ur. v. 17.02.2005 – Az. 7 C 25/03.

128 BVerwG a.a.O.

sind. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit liegt dann vor, wenn die Kosten für die getrennte Sammlung, insbesondere auf Grund einer sehr geringen Menge der jeweiligen Abfallfraktion, außer Verhältnis zu den Kosten für eine gemischte Sammlung und einer anschließenden Vorbehandlung stehen. Nach § 4 Abs. 2 GewAbfV müssen die Vorbehandlungsanlagen die Anforderungen nach § 6 GewAbfV erfüllen. Die Pflicht zur Vorbehandlung der Abfallgemische nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GewAbfV entfällt wiederum, wenn sie wirtschaftlich nicht zumutbar ist. In diesem Fall müssen die Erzeuger und Besitzer die Gemische getrennt halten und unverzüglich einer ordnungsgemäßen, schadlosen und hochwertigen Verwertung zuführen.

- 81 Die Pflicht zur Getrennthaltung entfällt außerdem, wenn die Menge der anfallenden Siedlungsabfälle so gering ist, dass die Getrennthaltung wirtschaftlich nicht zumutbar ist. Dann können auch gewerbliche Siedlungsabfälle gemeinsam mit den auf demselben Grundstück anfallenden Abfällen aus privaten Haushalten in den dafür vorgesehenen Behältern entsorgt werden. Die Pflicht zur Aufstellung einer Restmülltonne entfällt in diesem Fall ebenfalls.

c) Ordnungswidrigkeiten nach GewAbfV

- 82 Soweit der Facility Manager als Abfallerzeuger oder Abfallbesitzer für die rechtskonforme Entsorgung verantwortlich ist, droht ihm bei Nichtbeachtung der Pflichten der GewAbfV und entsprechender behördlicher Kontrolle die Einleitung eine Ordnungswidrigkeitenverfahrens. Die entsprechenden Bußgeldtatbestände sind in § 13 GewAbfV umfassend geregelt. Je nach Pflichtverstoß beträgt der Bußgeldrahmen für die Begehung einer solche Ordnungswidrigkeit bis zu 100.000 EUR pro Pflichtverstoß, vgl. § 13 Abs. 1 GewAbfV i.V.m. § 69 Abs. 1 Nr. 8 und Abs. 3 KrWG.

8.2.2.6 Nachweisrecht - Entsorgung gefährlicher Abfälle

- 83 Die Entsorgung gefährlicher Abfälle richtet sich in erster Linie nach den Vorschriften des Kreislaufwirtschaftsgesetzes und der Nachweisverordnung (NachwV) auf Bundesebene sowie den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften über die Andienung und Zuweisung gefährlicher Abfälle. Mittels der Abfall-Verzeichnis-Verordnung (AVV) und ihrer Anlage, dem Abfallverzeichnis, wird entschieden, ob Abfälle als gefährlich zu qualifizieren sind; gefährliche Abfälle wie bspw. asbesthaltige Bauabfälle mit den Abfallschlüsseln 17 06 01* und 17 06 05* sind dort mit einem Sternchen (Appendix) gekennzeichnet. Die rechtlichen (und technischen) Anforderungen an die rechtmäßige Entsorgung gefährlicher Abfälle sind deutlich höher, als die Anforderungen an die rechtmäßige Entsorgung nicht gefährlicher Abfälle. Insbesondere müssen bei der Entsorgung gefährlicher Abfälle grundsätzlich die §§ 49 ff. KrWG sowie die Vorschriften der Nachweisverordnung eingehalten werden. Der Transport gefährlicher Abfälle setzt grundsätzlich eine Erlaubnis nach der Anzeige- und Erlaubnisverordnung (AbfAEV)¹²⁹ voraus. Die Beprobung und Analytik von Abfällen erfolgt primär auf Grundlage des untergesetzlichen Regelwerks der LAGA (Bund-/Län-

¹²⁹ Verordnung über das Anzeige- und Erlaubnisverfahren für Sammler, Beförderer, Händler und Makler von Abfällen vom 5. Dezember 2013, BGBl. I S. 4043, welche zuletzt durch Art. 2 Abs. 4 des Gesetzes zur Fortentwicklung der haushaltsnahen Getrennterfassung von wertstoffhaltigen Abfällen vom 5. Juli 2017 (BGBl. I 2234) geändert wurde.

der-Arbeitsgemeinschaft Abfall). Gefährliche Bauabfälle müssen schließlich in der Regel beseitigt, d.h. deponiert werden. Welche Deponien welche konkreten Abfälle annehmen dürfen, richtet sich nach den Regelungen der Deponie-Verordnung (DepV) und den konkreten Annahmebedingungen, die in den jeweiligen Zulassungen der Deponiebetreiber festgelegt sind.

a) Grundsätze des Nachweisverfahrens

Aufgrund der Risiken für die Umwelt und die menschliche Gesundheit muss im Rahmen der Entsorgung gefährlicher Abfälle vorab der Entsorgungsweg, über den der Abfallerzeuger seine Abfälle entsorgen möchte, behördlich geprüft werden (Vorabkontrolle). Aber auch die eigentliche Entsorgung wird behördlich geprüft im Rahmen des sog. Begleitscheinverfahrens (Verbleibkontrolle). Seit dem Jahr 2010 müssen die Abfallwirtschaftsbeteiligten (Erzeuger, Sammler, Transporteur, Entsorger) und Behörden die im Rahmen der Vorab- und Verbleibkontrolle zu erstellenden und an andere Beteiligte und Behörden zu übermittelnden Nachweise statt in Papierform elektronisch erstellen, übermitteln und speichern (**elektronisches Nachweisverfahren**)¹³⁰. Im Rahmen der Vorabkontrolle wird zwischen dem **Entsorgungsnachweis** (Grundsatz) und dem **Sammelentsorgungsnachweis** (Ausnahme) unterschieden. Der Entsorgungsnachweis besteht nach § 3 Abs. 1 Satz 2 NachwV aus einer auf eine Abfall-Anfallstelle bezogenen Erklärung des Erzeugers zu den Abfällen (einschließlich Deklarationsanalyse), einer auf die Entsorgungsanlage bezogenen Annahmeerklärung des Entsorgers und einer behördlichen Bestätigung der Nachweiserklärungen durch die für die Entsorgungsanlage zuständige Behörde.

Der **Sammelentsorgungsnachweis** sieht unter bestimmten, relativ engen Voraussetzungen Erleichterungen vom Entsorgungsnachweis vor. Die Voraussetzungen des Sammelentsorgungsnachweises sind in § 9 Abs. 1 NachwV geregelt. Danach kann der Nachweis über die Zulässigkeit der vorgesehenen Entsorgung vom Einsammler durch einen Sammelentsorgungsnachweis geführt werden, wenn die einzusammelnden Abfälle denselben Abfallschlüssel haben, den gleichen Entsorgungsweg haben, in ihrer Zusammensetzung den im Sammelentsorgungsnachweis genannten Maßgaben für die Sammelcharge entsprechen und die bei dem einzelnen Abfallerzeuger am jeweiligen Standort anfallende Abfallmenge 20 Tonnen je Abfallschlüssel und Kalenderjahr nicht übersteigt. Liegen diese Voraussetzungen vor, kann der Abfallerzeuger im Sinne der NachwV gefährliche Abfälle auch ohne einen auf ihn lautenden Entsorgungsnachweis entsorgen lassen, wenn der den Abfall beim Erzeuger abholende Beförderer als Einsammler einen Sammelentsorgungsnachweis führt. Der Sammelentsorgungsnachweis bezieht sich dabei nicht nur auf eine Anfallstelle des jeweiligen Abfallerzeugers, sondern umfasst regelmäßig ein sehr viel größeres Sammelgebiet, bspw. einen ganzen Landkreis oder ein ganzes Bundesland. Der Einsammler erfüllt hierbei die Pflichten des Erzeugers im Nachweisverfahren¹³¹. Ein Überschreiten

¹³⁰ Vgl. zur Nachweisverordnung und den darin enthaltenen Verfahren allgemein Rüdiger, NachwV Praxiskommentar, Einführung, Rn. 21 ff.

¹³¹ Vgl. hierzu Rdn. 99, LAGA M 27 „Mitteilung der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Abfall (LAGA) 27 Vollzugshilfe zu den Vorschriften des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes und der Nachweisverordnung zur Führung von Nachweisen und Registern bei der Entsorgung von Abfällen.“

der 20 t ist eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 69 Abs. 2 Nr. 12 KrWG in Verbindung mit §§ 9 Abs. 3 Satz 1, 3 Abs. 1 NachwV, die primär dem Abfallerzeuger im Sinne der NachwV zugerechnet wird. Für die Berechnung der 20 t kommt es auf die am Standort „anfallenden“ Abfälle an. Es ist daher nicht möglich, dass ein Abfallerzeuger, der mehr als 20 t je Abfallschlüssel und Kalenderjahr erzeugt, seine Abfälle (desselben Abfallschlüssels) über mehrere Einsammler oder mehrere Sammelentsorgungsnachweise entsorgen lässt, vgl. LAGA M 27, Rn. 217

b) Abfallerzeuger im Sinne der NachwV

- 86** Die Pflichten nach der NachwV sind durch den Abfallerzeuger zu erfüllen. Im Rahmen der NachwV wird der Begriff „Abfallerzeuger“ jedoch weiter definiert als in § 3 Abs. 8 KrWG, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 NachwV. Danach sind sowohl der Abfallerzeuger als auch der Abfallbesitzer im Sinn des KrWG Abfallerzeuger im Sinne der NachwV. Dies führt gerade im Bau- und FM-Bereich häufig zu Situationen, in denen entschieden werden muss, ob der AG als Abfallerzeuger oder der AN - ggf. auch als Abfallerzeuger, aber zumindest als Abfallbesitzer – Abfallerzeuger im Sinne der NachwV ist und die Pflichten der NachwV einzuhalten hat. Denn offensichtlich bezweckt die NachwV nicht, dass zwei personenverschiedene Abfallerzeuger in demselben Sanierungs- oder Bauvorhaben die Pflichten der NachwV erfüllen sollen. Die LAGA Mitteilung M 27 räumt dem Bauherrn und seinem Auftragnehmer daher die Möglichkeit ein, vertraglich zu bestimmen, wer die Pflichten als Abfallerzeuger im Sinne des Nachweisrechts zu tragen hat. Diese Regelungen haben eindeutig und transparent zu sein. Gerade im Rahmen von Instandhaltungsverträgen, bei denen bei kleineren Arbeiten an vielen tausenden Anfallstellen, bspw. Wohnungen, gefährliche Abfälle anfallen können, ist dies für den Auftraggeber häufig der vorzugswürdige Weg. Die Pflichten der NachwV, u.a. auch die ggfs. erforderliche Beantragung einer Abfallerzeugernummer nach § 27 NachwV, sind dann vom AN zu erfüllen.
- 87** Sowohl im elektronischen Nachweisverfahren (Entsorgungsnachweisverfahren und Begleitscheinverfahren) als auch im Rahmen der Andienung gefährlicher Abfälle zur Beseitigung hat der Abfallerzeuger im Sinne der NachwV diverse Erklärungen abzugeben. U. a. hat er bei der Erstellung des Entsorgungsnachweises die verantwortliche Erklärung einschließlich der Deklarationsanalyse auszufüllen, vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 NachwV. Im Rahmen der elektronischen Nachweisführung haben die zur Nachweisführung Verpflichteten die zu übermittelnden elektronischen Dokumente mit einer qualifizierten elektronischen Signatur unter Angabe des Unterzeichnenden in Klarschrift zu versehen.
- 88** Für Teile des Nachweisverfahrens sowie im Rahmen der Andienung kann der Abfallerzeuger allerdings einen Vertreter schriftlich bevollmächtigen, der für ihn signiert, vgl. § 3 Abs. 4 NachwV. Im Formblatt Deckblatt Entsorgungsnachweise DEN sind in diesem Fall sowohl der Abfallerzeuger als auch der bevollmächtigte Vertreter anzugeben. Ebenso sehen verschiedene landesrechtliche Vorschriften vor¹³², dass der Abfallerzeuger zur Durchführung des Andienungsverfahrens einen Vertreter bevollmächtigen darf. Aus der ausdrücklichen Erwähnung dieser Möglichkeit folgert die h. M. in der Literatur zur NachwV zwar, dass die allgemeine Vertretungsregelung nach § 14 VwVfG durch diese Vorschriften ver-

¹³² Vgl. bspw. § 4 Abs. 2 Satz 1 SoAbfEV Berlin.

drängt wird und insbesondere im Rahmen des Begleitscheinverfahrens ein Bevollmächtigungsverbot besteht¹³³. Eine Ausnahme für das Begleitscheinverfahren gilt jedoch in den Fällen, in denen ein Dritter vom Abfallerzeuger in die tatsächliche Sachherrschaft über die nachweispflichtigen Abfälle eingebunden ist¹³⁴ und somit im Lager des Abfallerzeugers steht und diesem zuzurechnen ist¹³⁵. Nachweispflichtig ist und bleibt allerdings der Vollmachtgeber, der sich das Handeln des Bevollmächtigten als eigenes zurechnen lassen muss und gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 VwVfG auch für dessen Verschulden haftet¹³⁶. Daraus folgt, dass der Abfallerzeuger bzw. dessen intern verantwortlich handelnder Mitarbeiter auch im Falle der Bevollmächtigung eines Dritten Adressat eines Bußgeldbescheides auf Grundlage des § 69 Abs. Nr. 12 KrWG sein kann. Nach § 69 Abs. 2 Nr. 2 KrWG handelt ordnungswidrig, „wer entgegen § 50 Absatz 1 in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 52 Absatz 1 Satz (...) einen Nachweis nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig führt“.

8.2.2.7 Entsorgungsverträge

Wie bereits erläutert, kann der Facility Manager, soweit keine Überlassungs- und Andienungspflichten bestehen, Entsorgungsverträge mit Entsorgungsunternehmen abschließen. Besteht hingegen eine Andienungs- und Überlassungspflicht, ergeben sich die korrespondierenden Gebührenpflichten nach den jeweiligen Gebührensatzungen der Gemeinden¹³⁷. 89

a) Grundsätze des Entsorgungsvertrags

Der zivilrechtliche Entsorgungsvertrag wird regelmäßig als Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB geschlossen, weswegen der Entsorger dem Auftraggeber zivilrechtlich eine erfolgreiche Entsorgung unter Beachtung des geltenden Abfallrechts schuldet¹³⁸. Zum Werk Abfallentsorgung gehört demnach, dass die Entsorgung entsprechend dem geltenden Abfallrecht in einer Weise durchgeführt wird, die den Abfallerzeuger bzw. Abfallbesitzer als Besteller von jeder öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme befreit. Seiner öffentlich-rechtlichen Verantwortung kann sich ein Abfallerzeuger und/oder Abfallbesitzer jedoch grundsätzlich nicht durch den Abschluss zivilrechtlicher Entsorgungsverträge entledigen. Dies wird durch § 22 KrWG ausdrücklich klargestellt, wonach die zur Verwertung und Beseitigung von Abfällen öffentlich-rechtlich Verpflichteten zwar zuverlässige Dritte mit der Erfüllung ihrer Pflichten beauftragen können. Ihre Verantwortlichkeit für die Erfüllung der Pflichten bleibt hiervon aber unberührt und solange bestehen, bis die Entsorgung end- 90

133 Kropp, in: Fluck/Frenz/Fischer/Franßen, Kreislaufwirtschaftsrecht, § 3 NachwV, Rn. 159.

134 Vgl. LAGA M 27, Rn. 127 ff.

135 Kropp, in: Fluck/Frenz/Fischer/Franßen, Kreislaufwirtschaftsrecht, § 3 NachwV, Rn. 160 zu § 3 NachwV.

136 Kropp, a.a.O.; so auch Rüdiger, Nachweisverordnung Praxiskommentar, Rn. 24 zu § 3 NachwV.

137 Vgl. bspw. § 2 der baden-württembergischen Verordnung des Umweltministeriums über die Entsorgung gefährlicher Abfälle zur Beseitigung (Sonderabfallverordnung – SAbfVO-BW) vom 23. Oktober 2008 (GBl. Nr. 15, S. 405).

138 So der BGH, NJW 2009, 913 zu einem Fall der Abwasserentsorgung.

gültig und ordnungsgemäß abgeschlossen ist¹³⁹. Bereits im Juni 2007 hatte das BVerwG dies auf Grundlage des alten KrW-/AbfG bestätigt¹⁴⁰. Danach bleibt die Verantwortlichkeit der gesamten Entsorgungskette bis zur vollständigen ordnungsgemäßen und schadlosen Entsorgung – Verwertung oder Beseitigung – bestehen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn etwa durch eine Abfallbehandlung andersartige Abfälle erzeugt werden¹⁴¹. Anders verhält es sich jedoch, wenn es nur zu einer mengenmäßigen Vermischung gleicher Abfallströme kommt, so dass noch nachvollziehbar ist, welcher Anteil der Gesamtmenge welcher Entsorgungskette zuzurechnen ist¹⁴².

- 91 Diese Ausgangssituation führt dazu, dass der Facility Manager, insbesondere soweit er selbst als Abfallbesitzer zu qualifizieren ist¹⁴³, beim Abschluss der Entsorgungsverträge auf eine gewissenhafte Auswahl des Entsorgers größten Wert legen muss, da er im Zweifel öffentlich-rechtlich für das Insolvenzrisiko seines Auftragnehmers einzustehen hat. Sollte das beauftragte Entsorgungsunternehmen den Abfall nicht ordnungsgemäß entsorgen und ist dieses Unternehmen auch weiterhin leistungsfähig, so wird die untere Abfallbehörde im Rahmen ihres Auswahlermessens unter Gesichtspunkten einer gerechten Lastenverteilung zu berücksichtigen haben, dass ein entsprechender Entsorgungsvertrag besteht, durch den das Entsorgungsunternehmen zivilrechtlich mit der Abfallentsorgung beauftragt wurde¹⁴⁴.

b) Auswahl und Überwachung des Entsorgers

- 92 Bei der konkreten Auswahl des Entsorgers ist seitens des Abfallbesitzers besonderes Augenmerk darauf zu richten, dass insbesondere die jeweiligen Entsorgungsanlagen für die geschuldete Behandlung oder Verwertung des Abfalls durch entsprechende immissionschutzrechtliche Genehmigungen zugelassen und aus wirtschaftlichen, kapazitäts- oder technischen Gründen auch tatsächlich möglich ist¹⁴⁵. Das beauftragende Unternehmen sollte sich entsprechende Anlagengenehmigungen - oder im Falle der Beauftragung eines Transporteur die Transporterlaubnisse - vorlegen lassen und überprüfen. In Einzelfällen kann auch eine Besichtigung entsprechender Anlagen ratsam sein, bspw. bei gefährlichen Abfällen mit besonders hohen Schadstoffkonzentrationen oder soweit größere Mengen gefährlicher Abfälle zu entsorgen sind und der potentielle Auftragnehmer einen besonders günstigen Preis anbietet. Die gewissenhafte Auswahl des Entsorgers ist deswegen so essentiell, weil sich hierdurch zumindest eine mögliche straf- und zivilrechtliche Haftung ausschließen oder mildern lässt. Denn bei unsachgemäßer Auswahl, so vom BGH bereits

139 In § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG war bereits eine vergleichbare Vorschrift enthalten.

140 BVerwG, Urt. v. 28.06.2007 – 7 C 5.07; vgl. zu der Entscheidung in der Literatur Versteyl, NVwZ 2007, 1150 ff.

141 Derjenige, der die Abfallbehandlung durchführt, ist dann als Zweiterzeuger nach § 3 Abs. 8 Nr. 2 KrWG zu qualifizieren. Der Ersterzeuger und die bis zum Zeitpunkt der Zweiterzeugung bereits vorhandenen Abfallbesitzer werden von ihrer abfallrechtlichen Verantwortung frei.

142 BVerwG a.a.O.

143 Vgl. hierzu oben unter Ziff. II. 2. c) cc).

144 Zum behördlichen Auswahlermessen im Abfallrecht vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 24.01.2012 – 10 S 1476/11.

145 Vgl. Schink, in: ders./Versteyl, § 22 Rn. 21 ff.

1994 entschieden, droht dem Entsorgungspflichtigen bzw. demjenigen, der in einem Unternehmen persönlich für die Auswahl verantwortlich ist, im Einzelfall auch eine strafrechtliche Verfolgung wegen fahrlässigen unerlaubten Umgangs mit gefährlichen Abfällen gemäß § 326 Abs. 5 StGB¹⁴⁶. In einem weiteren Judikat hat der BGH zu Auswahl- und Überwachungspflichten des Auftraggebers ausgeführt¹⁴⁷:

„Der Abfallproduzent muss die Entsorgung nicht stets selbst übernehmen. Nach ständiger Rechtsprechung können Verkehrssicherungspflichten delegiert werden. Wer sie übernimmt, wird seinerseits deliktisch verantwortlich, während sich die Verkehrssicherungspflicht des ursprünglich (allein) Verantwortlichen auf Auswahl- und Überwachungspflichten verengt. (...). Der Beaufsichtigung eines Fachunternehmens sind allerdings durch das Erfordernis einer vertrauensvollen Zusammenarbeit sowie durch die Selbstständigkeit und Weisungsunabhängigkeit des Beauftragten Grenzen gesetzt. Eine Kontrolle auf Schritt und Tritt kann nicht verlangt werden. Diese Grundsätze gelten auch, wenn der Abfallerzeuger ein selbstständiges Unternehmen mit der Entsorgung beauftragt. Ihn treffen dann abgestufte Auswahl- und Überwachungspflichten, die nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu bestimmen sind und umso strenger werden, je gefährlicher die Abfälle für die Umwelt sind und je geringer die Gewähr ist, dass das eingeschaltete Unternehmen die erforderlichen Sicherheitsvorschriften beachtet. Dass der Beauftragte im Besitz der erforderlichen abfallrechtlichen Genehmigungen ist, ist Voraussetzung für eine entlastende Pflichtendelegation, kann den Abfallerzeuger aber entgegen einer gelegentlich vertretenen Ansicht nicht ohne weitere Umstände entlasten.“

Darüber hinaus bestimmt § 22 Satz 3 KrWG, dass der Abfallverantwortliche „zuverlässige“ Dritte beauftragen muss, welche die erforderliche Sach- und Fachkunde für die auszuführenden Tätigkeiten¹⁴⁸ besitzen. Ein Indiz für die Zuverlässigkeit im Sinne dieser Vorschrift ist gegeben, wenn der Dritte ein Entsorgungsfachbetrieb im Sinne des § 56 f. KrWG ist¹⁴⁹. Denn aufgrund der rechtlichen Anforderungen, die an einen Entsorgungsfachbetrieb durch die Entsorgungsfachbetriebsverordnung gestellt werden, spricht eine Vermutung dafür, dass ein zertifizierter Entsorgungsfachbetrieb über die erforderlichen Fachkenntnisse für eine ordnungsgemäße Entsorgung verfügt. Bestehen für den Facility Manager jedoch konkrete Anhaltspunkte, dass der jeweilige Entsorger trotz entsprechender Zertifizierung, keine ausreichende Gewähr für eine ordnungsgemäße Entsorgung bietet, reicht die Zertifizierung allein nicht aus, um zivilrechtliche Verkehrssicherungs- und strafrechtliche Sorgfaltspflichten wirksam zu übertragen.

c) Gestaltung des Entsorgungsvertrages

Bei der Gestaltung des zivilrechtlichen Entsorgungsvertrages sollten neben den typischen werkvertraglichen Regelungen, wie der Beschreibung des Leistungsgegenstands¹⁵⁰, des

146 So der BGH in seiner Falisan I-Entscheidung, BGH, Urt. v. 02.03.1994, BGHSt 40, 79 ff. (87 f.).

147 BGH, Urt. v. 26.9.2006 – VI ZR 166/05.

148 Die für die Ausführung der zu beauftragenden Maßnahme erforderliche Fach- und Sachkunde ist im jeweiligen Einzelfall zu bestimmen und als bei der Auswahl des AN als Eignungskriterium zu berücksichtigen.

149 Schink, in: ders./Versteyl, KrWG, 3 22 KrWG Rn. 18 ff.

150 Hierbei ist eine Konkretisierung insbesondere anhand der Abfallschlüssel der AVV vorzunehmen.

Leistungsumfangs, der Leistungszeit und der Vergütung, folgende Eckpunkte aus Sicht des Facility Managers als dem für die Entsorgung verantwortlichen Auftraggeber als Mindeststandard aufgenommen bzw. zumindest folgende Informationen für eine ordnungsgemäße Auswahl eingeholt werden:

- Die Zusicherung des Entsorgungsunternehmens, zur ordnungsgemäßen Entsorgung geeignet und befugt zu sein;
- die Beschreibung des gesamten Entsorgungsweges inklusive Entsorgungsanlagen – Vorlage aller erforderlichen Genehmigungen;
- die wiederkehrende Pflicht zur Vorlage eines gültigen Überwachungszertifikates/Überwachungszeichens bei Entsorgungsfachbetrieben nach der Entsorgungsfachbetriebsverordnung (EfbV) für die konkreten Tätigkeiten und Abfälle (Abfallschlüssel);
- bei Beförderungsverträgen – soweit erforderlich – Vorlage der jeweiligen Transporterlaubnis und der gefahrgutrechtlichen Erlaubnisse;
- der Ausschluss des Einsatzes von Subunternehmern bzw. dessen Zustimmungspflichtigkeit;
- Angaben zu den betrieblichen Verhältnissen, um sicherzustellen, dass die finanziellen Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Entsorgung vorliegen;
- Nachweis der erforderlichen technischen und personellen Kapazitäten;
- Nachweis, dass Mitarbeiter für die konkret auszuführenden Leistungen ausreichend ausgebildet und geschult sind (Fach- und Sachkunde);
- Nachweis einer ausreichenden Zahl an einschlägigen Referenzen;
- Vorlage eines aktuellen polizeilichen Führungszeugnisses und einer aktuellen Auskunft aus dem Gewerbezentralregister
- eine gegenseitige Informationspflicht bei auftretenden Entsorgungsengpässen und sonstigen Problemen,
- das Recht zur stichprobenartigen Kontrolle des Entsorgers und seiner Anlagen gekoppelt mit einem speziellen Kündigungsrecht und
- die Pflicht zum Nachweis ausreichenden Versicherungsschutzes des Entsorgers (insbesondere Vorhalten einer Umwelthaftpflicht- und Betriebshaftpflichtversicherung).

- 94 Im Rahmen der Beschreibung des Leistungsgegenstandes kann es auch erforderlich sein, bestimmte Annahmebedingungen des Entsorgers, etwa Grenzwerte oder sonstige behördliche Auflagen, ausdrücklich hervorzuheben. Ferner empfiehlt es sich, als Bedingung für den Ausgleich von Rechnungen in den Vertrag aufzunehmen, dass die beauftragten Leistungen zum Zeitpunkt der Rechnungslegung bereits erbracht sind, was etwa anhand der vollständigen Entsorgungsnachweise darzulegen ist¹⁵¹. Schließlich ist zu bedenken, dass die meisten Entsorgungsverträge in der betrieblichen Praxis **Dauerschuldverhältnisse** sind, bei denen eine wiederkehrende Leistung über einen längeren Zeitraum geschuldet wird. Daher sind häufig relativ lange Vertragslaufzeiten vereinbart, die eine ordentliche Vertragskündigung ausschließen. Eine Kündigung solcher Dauerschuldverhältnisse aus

151 Nusser, Umwelt Magazin 10/2009, 63 f.

wichtigem Grund ist nur unter den strengen Voraussetzungen des § 314 BGB möglich¹⁵². Danach liegt ein wichtiger Grund nur vor, wenn 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 kann¹⁵³.

8.2.3 Boden- und Grundwasserschutz/Altlastensanierung

Soweit sich auf Grundstücken, die der Facility Manager zu bewirtschaften hat, schädliche Bodenveränderungen oder von diesen ausgehende **Grundwasserkontaminationen** befinden, stellt sich die Frage, welche Untersuchungs- und Sanierungspflichten den Facility Manager diesbezüglich treffen können. 95

8.2.3.1 Begrifflichkeiten

Das **Bundesbodenschutzgesetz** (BBodSchG)¹⁵⁴ und die **Bundesbodenschutzverordnung** (BBodSchV)¹⁵⁵ unterscheiden zwischen den Begriffen schädliche Bodenveränderung und Altlast. Durch § 4 Abs. 5 BBodSchG werden zudem auch sogenannte Neulasten umfasst. In Abgrenzung hierzu sind **Gebäudealtlasten** zu unterscheiden. Diese betreffen keine Verschmutzung des Bodens oder Grundwassers, sondern der Gebäudesubstanz, beispielsweise mit Asbest oder PCB¹⁵⁶. 96

a) Schädliche Bodenveränderungen/Altlasten

Eine schädliche Bodenveränderung ist nach § 2 Abs. 3 BBodSchG eine Beeinträchtigung der Bodenfunktion, die geeignet ist, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für den Einzelnen oder die Allgemeinheit herbeizuführen. Der Begriff der schädlichen Bodenveränderung ist somit zweigliedrig. Einerseits muss eine der in § 2 Abs. 2 Nr. 1–3 BBodSchG definierten Bodenfunktionen beeinträchtigt sein. Zum anderen muss ein vorhandener Zustand verändert werden und diese Veränderung im Vergleich zum vor- 97

152 Vgl. zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen Gaier, in: MüKo-BGB, § 314 Rn. 10 ff.

153 Zu Fallkonstellationen, in denen die Rechtsprechung einen wichtigen Grund bejaht hat; vgl. bspw. BGH, Urt. v. 07.10.2004 – I ZR 18/02; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.03.2011 – Kart U 2/10.

154 Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten (BBodSchG) vom 17.03.1998, BGBl. I, S. 502 ff. zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 5 des Gesetzes zur Modernisierung des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung vom 20.07.2017, BGBl. I, S. 2808 ff.

155 Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung (BBodSchV) vom 12. Juli 1999, BGBl. I, S. 1554 zuletzt geändert durch Art. 102 Zehnte Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 31.05.2015, BGBl. I, S. 1474 ff.

156 Vom Begriff des Altstandorts können allerdings auch stillgelegte Betriebsgebäude, Einrichtungen etc. umfasst sein, vgl. hierzu statt vieler Sondermann/Hejma, in: Versteyl/Sondermann, BBodSchG, Rn. 66 zu § 2; Scheidler, UPR 2014, 132 ff.

herigen Zustand negativ zu bewerten sein¹⁵⁷. Altlasten wiederum bilden zum einen einen Spezialfall der schädlichen Bodenveränderung, gehen zum anderen aber auch über den Begriff der schädlichen Bodenveränderung hinaus. Nach § 2 Abs. 5 BBodSchG sind Altlasten erstens stillgelegte Abfallbeseitigungsanlagen sowie sonstige Grundstücke, auf denen Abfälle behandelt, gelagert oder abgelagert worden sind (Altablagerungen), und zweitens Grundstücke stillgelegter Anlagen und sonstige Grundstücke, auf denen mit umweltgefährdenden Stoffen umgegangen worden ist, ausgenommen Anlagen, deren Stilllegung einer Genehmigung nach dem Atomgesetz bedarf (Altstandorte). Durch die Altablagerung oder Altstandorte (Altlasten) muss eine schädliche Bodenveränderung oder sonstige Gefahr für den einzelnen oder die Allgemeinheit hervorgerufen werden.

b) Neulasten

- 98** Als Neulasten werden hingegen solche Altlasten bezeichnet, die nach dem 01.03.1999 eingetreten sind, vgl. § 4 Abs. 5 BBodSchG. An Neulasten knüpfen sich deutlich strengere Sanierungsanforderungen als an sonstige Altlasten, vgl. Rdn. 102. Der Gesetzgeber spricht – missverständlich – nicht von einer Verursachung nach dem 01.03.1999, sondern von einem Eintreten nach dem 01.03.1999. Unter Eintreten kann man bei wörtlicher Auslegung auch verstehen, dass Kontaminationen erkennbar werden, während die reine Verursachung einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast gerade nicht erkennbar zu sein braucht¹⁵⁸. Versteht man § 4 Abs. 5 Satz 1 BBodSchG daher in diesem Sinne, wären auch Verursachungshandlungen, die weit vor Erlass des BBodSchG vorgenommen wurden, jedoch erst nach dem 01.03.1999, beispielsweise durch Altlastenuntersuchungen ermittelt wurden, vom Begriff der Neulast umfasst. Dies wird dem Sinn und Zweck des BBodSchG jedoch nicht gerecht. Im Ergebnis kann daher § 4 Abs. 5 BBodSchG nur auf solche schädlichen Bodenveränderungen und Altlasten Anwendung finden, die nach dem 01.03.1999 verursacht worden sind.

c) Abgrenzung zu Gebäudealtlasten/Gebäudekontaminationen

- 99** Daneben sind Gebäudekontaminationen, die häufig auch als Gebäudealtlasten bezeichnet werden, von Altlasten im Sinne des BBodSchG abzugrenzen. Bei Gebäudekontaminationen handelt es sich in der Regel um in Baustoffen bzw. in der Gebäudesubstanz enthaltene Verschmutzungen. Selbst der Teerbelag einer Straße, der eine zu hohe Belastung mit PAK (polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe) aufweist, kann keine schädliche Bodenveränderung oder Altlast sein, wenn eine Versickerung von Regenwasser und eine damit verbundene vertikale Schadstoffverlagerung in den unter der Straße liegenden Boden bzw. in das Grundwasser ausgeschlossen ist¹⁵⁹. Anders wird dies jedoch von der Rechtsprechung für Material bewertet, das zur Erstellung eines Straßenunterbaus eingesetzt wird. Von wesentlicher Bedeutung sei hier die zivilrechtliche Frage, ob ein Stoff oder Gegenstand wesentlicher Bestandteil des Bodens ist. Für die Abgrenzung, ob das Bodenschutzrecht oder Abfallrecht zur Anwendung kommt, wird dabei regelmäßig darauf abgestellt, ob

¹⁵⁷ Vgl. hierzu Nies, in: Landmann/Rohmer, BBodSchG, § 2 Rn. 15, 19 ff.

¹⁵⁸ Versteyl, in: ders./Sondermann, BBodSchG, § 4 Rn. 120.

¹⁵⁹ Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 03.03.2003 – 1 U 67/02.

der Stoff oder Gegenstand entsprechend § 94 BGB dauerhaft mit dem Boden verbunden ist, was bei zum Zwecke der Befestigung einer Straße eingebautem Material regelmäßig der Fall sei.¹⁶⁰

Auch Gebäudekontaminationen, von denen eine Gefahr für Menschen und oder die Umwelt ausgeht, unterliegen öffentlich-rechtlichen Regelungen der Gefahrenabwehr. Zu denken ist zunächst an den Erlass von Bauordnungsverfügungen nach dem jeweiligen Bauordnungsrecht der Länder. Wird ein mit Gefahrstoffen belastetes Gebäude saniert oder abgerissen, gelten auch die Bestimmungen der Gefahrstoffverordnung und die auf Grundlage der Gefahrstoff-Verordnung erlassenen Technischen Regeln (TRGS)¹⁶¹, bspw. die TRGS 517, 519, 521 und 524 im Hinblick auf Asbestkontaminationen und das Arbeiten im kontaminierten Bereich. Nach erfolgter Sanierung bzw. Abbruch eines Gebäudes sind die mit Gefahrstoffen belasteten Bauteile und Abbruchmaterialien sodann als bewegliche Sachen – regelmäßig als gefährliche Abfälle – nach dem abfallrechtlichen Regelungsregime zu entsorgen.

d) Rechtliche Bedeutung der Unterscheidungen

Gerade in zivilrechtlichen Verträgen wird der Begriff Altlasten häufig ungenau gebraucht, was zu Auslegungsschwierigkeiten führt, die bei sorgfältiger Vertragsgestaltung vermieden werden könnten. Wird in einem zivilrechtlichen Vertrag, beispielsweise in einem Grundstückskaufvertrag, der Begriff Altlasten verwendet, so wird davon auszugehen sein, dass hiermit Altlasten im Sinne des BBodSchG gemeint sind¹⁶². Von einer Einbeziehung von Gebäudealtlasten im Sinne von mit Schadstoffen belasteten Bauteilen ist zunächst nicht auszugehen. Dies kann nur dann anders zu beurteilen sein, wenn sich durch Auslegung des Vertrags unmissverständlich ergibt, dass die Vertragsparteien mit dem Begriff Altlasten auch Gebäudealtlasten im Sinne von Gebäudekontamination regeln wollten. Die Darlegungs- und Beweislast liegt nach den allgemeinen zivilprozessrechtlichen Regeln dann bei demjenigen, der entsprechende Ansprüche aus dem Vertrag ableiten möchte.

Auch die Unterscheidung zwischen schädlicher Bodenveränderung und Altlasten ist nicht akademischer Natur, sondern hat weitreichende praktische Folgen. Auf Altlasten im Sinne des § 3 Abs. 5 BBodSchG finden zusätzlich die Vorschriften des 3. Teils des BBodSchG (§§ 11–17) Anwendung. Für schädliche Bodenveränderungen, die keine Altlasten darstellen, gelten diese Vorschriften hingegen nicht. Der 3. Teil des BBodSchG enthält u.a. besondere Vorschriften für die **Sanierungsuntersuchung** und **Sanierungsplanung** sowie die behördliche Ermächtigung für die Anordnung weitergehender Maßnahmen im Fall besonders komplexer Altlasten.

Die Unterscheidung von Altlasten und Neulasten ist von Relevanz, da bei der Sanierung von Neulasten **Dekontaminationsmaßnahmen** gegenüber **Sicherungsmaßnahmen** vor-

160 BVerwG, Beschl. v. 26.07.2016 – 7 B 28.15; OVG Magdeburg, Urt. v. 22.04.2015 – 2 L 48/13; a. A., zumindest für Fälle, in denen das Material illegal eingebaut wurde, VGH München – 20 B 14.1297

161 Die Technischen Regeln für Gefahrstoffe (TRGS) werden von dem Ausschuss für Gefahrstoffe (AGS) auf Grundlage des § 20 GefahrstoffV erarbeitet.

162 Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 03.03.2003 – 1 U 67/02.

rangig sind¹⁶³, während bei der Sanierung von Altlasten Gleichrangigkeit¹⁶⁴ zwischen Sicherungs- und Dekontaminationsmaßnahmen¹⁶⁵ besteht. Dies bedeutet, dass der Verpflichtete in aller Regel nach dem 01.03.1999 eingetretene Kontaminationen vollständig zu beseitigen hat. Bei der Sanierungen von Altlasten, die vor dem 01.03.1999 entstanden sind, kann es hingegen ausreichend sein, eine Altlast – bspw. durch die Versiegelung des Grundstücks – so zu sichern, dass von dem Grundstück keine weiteren Gefahren ausgehen. Hintergrund dieser strengeren Anforderung ist, dass eine nach dem 01.03.1999 verursachte schädliche Bodenveränderung in Kenntnis bzw. fiktiver Kenntnis des BBodSchG erfolgt ist. Relativiert werden die strengen Anforderungen bei der Sanierung von Neulasten jedoch dadurch, dass sie für denjenigen nicht gelten, der zum Zeitpunkt der Verursachung aufgrund der Erfüllung der für ihn geltenden gesetzlichen Anforderungen darauf vertraut hat, dass solche Beeinträchtigungen nicht entstehen werden und sein Vertrauen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls schutzwürdig sind. Weiteres Korrektiv ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Für Boden- oder Grundwasserschäden, die auf Verursachungstatbeständen beruhen, die nach dem 30.04.2007 stattgefunden haben, sind zusätzlich die Sanierungspflichten nach dem **Umweltschadensgesetz** zu beachten¹⁶⁶.

8.2.3.2 Grundsätze der Sanierungsverantwortung

- 103** Bevor dargestellt wird, inwieweit der Facility Manager als Sanierungsverantwortlicher nach dem BBodSchG in Betracht kommen kann, sollen zunächst die wichtigsten rechtlichen Grundsätze im Zusammenhang mit Altlastensanierungen erläutert werden, um die Relevanz von Altlastensanierungen in wirtschaftlicher Hinsicht zu verdeutlichen. Wesentlich ist dabei zunächst, dass der Sanierungsverantwortliche grundsätzlich zur Kostentragung verpflichtet ist, was sich in erster Linie aus § 24 Abs. 1 BBodSchG ergibt. Die Sanierungsverantwortung selbst wird im Kern durch § 4 BBodSchG geregelt. Dessen Absatz 1 regelt eine Vermeidungspflicht, Absatz 2 die Pflicht zur Gefahrenabwehr des Grundstückseigentümers und Inhabers der tatsächlichen Gewalt, Absatz 3 schließlich die allgemeine Sanierungspflicht aller in § 4 Abs. 3, 5 und 6 BBodSchG aufgezählten Sanierungspflichtigen. Ist die Pflicht zur Kostentragung durch den Sanierungspflichtigen im Regelfall nachvollziehbar, rufen die im Folgenden dargestellten Grundsätze gerade bei Nichtjuristen teilweise Unverständnis hervor.

a) Unechte Rückwirkung

- 104** Dass Altlasten alt sind, ist begriffsimmanent. Verursachungshandlungen, bspw. Unfälle, gefahrträchtige Produktionsabläufe oder auch Kriegseinwirkungen, die mehrere Jahrzehnte oder sogar mehr als hundert Jahre zurückliegen, können eine Sanierungsverantwortung auslösen. Hierbei stellt sich zwangsläufig die Frage, ob das am 01.03.1999 in Kraft getretene BBodSchG überhaupt eine verfassungsgemäße Grundlage für die Heranziehung von

¹⁶³ Vgl. hierzu allgemein Knopp, NJW 1992, 2657 ff.

¹⁶⁴ Vgl. Rolf, in: Schwartmann, BBodSchV, § 5 Rn 1 a.E.

¹⁶⁵ Beispiele für Dekontaminations- und Sicherungsmaßnahmen finden sich in § 5 Abs. 1 und § 5 Abs. 3 und 4 BBodSchV.

¹⁶⁶ Vgl. Beckmann/Wittman, in: Landmann/Rohmer, USchadG, § 13 Rn. 2.

Sanierungspflichtigen bietet, soweit die Kontaminationshandlung vor Inkrafttreten des BBodSchG erfolgte. Dies ist nach der Rechtsprechung des BVerwG jedoch der Fall, da es sich lediglich um eine sog. unechte Rückwirkung handelt¹⁶⁷, bei der die Vorschriften des BBodSchG auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte¹⁶⁸ einwirken. Bei nicht sanierten Altlasten wirken die Gefahren, die von der Kontamination ausgehen, in der Gegenwart fort. Unter Gesichtspunkten der Gefahrenabwehr ist es dabei unerheblich, wann die Gefahr entstanden ist. Wesentlich ist allein, dass die Gefahr bzw. der Schaden noch nicht beseitigt oder gesichert wurde¹⁶⁹.

b) Keine Verjährung oder Verwirkung

Neben dieser soeben dargestellten generellen Möglichkeit der Heranziehung von Sanierungspflichtigen für lang zurückliegende Verursachungshandlungen wurde in der bodenschutzrechtlichen Fachliteratur diskutiert, ob die behördliche Heranziehung von Sanierungspflichtigen auf Grund der Rechtsinstitute der **Verjährung** und **Verwirkung** beschränkt sein kann. Dies ist nach der nunmehr eindeutigen obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht der Fall¹⁷⁰. Es ist zwar unbenommen, dass in der Rechtsordnung der Faktor Zeit einen wesentlichen Einfluss auf den Bestand und die Wirksamkeit von Rechten hat. Auch ist zutreffend, dass dieser Einfluss sich regelmäßig in den Rechtsinstituten der Verjährung und nachrangig auch der Verwirkung widerspiegelt¹⁷¹. Zu berücksichtigen ist hierbei jedoch, dass das Rechtsinstitut der Verjährung keine Anwendung bei ordnungsbehördlichen Eingriffsbefugnissen im Bereich der Gefahrenabwehr findet. Für das Bodenschutzrecht ist dies darüber hinaus deshalb offensichtlich, weil der Gesetzgeber für den zivilrechtlichen Anspruch auf Störerinnenausgleich in § 24 Abs. 2 Satz 4 und 5 BBodSchG eine detaillierte Verjährungsregelung geschaffen hat. Dem Gesetzgeber war daher das Institut der Verjährung bei Erlass des BBodSchG wohlbekannt. Eine analoge Anwendung zivilrechtlicher Verjährungsregelungen aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) kann daher nicht in Betracht kommen, da diese eine planwidrige Regelungslücke voraussetzen würde, die gerade nicht vorliegt¹⁷². Darüber hinaus unterliegen ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnisse zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche

105

167 Vgl. zur Rückwirkung von Gesetzen allgemein Jarass, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 67 ff.

168 Anders ist dies im Rahmen des § 4 Abs. 3 BBodSchG im Rahmen der Verantwortung des Gesamtrechtsnachfolgers des Verursachers zu beurteilen; eine Gesamtrechtsnachfolge vor dem 01.03.1999 stellt einen abgeschlossenen Tatbestand dar, es handelt sich bei der Regelung daher um eine echte Rückwirkung. Ob diese im Falle der Gesamtrechtsnachfolge in eine bestehende abstrakte Polizeipflicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann, hängt davon ab, ob der Gesamtrechtsnachfolge im Zeitpunkt der Gesamtrechtsnachfolge damit rechnen musste hierfür eintreten zu müssen oder, ob er darauf vertrauen durfte, dass die Pflichten nicht auf ihn übergehen, vgl. hierzu BGH, Urt. v. 26.09.2016 - I ZR 11/15 - in Fortentwicklung BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 - 7 C 3.05.

169 BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 - 7 C 3.05.

170 BVerwG, Beschl. v. 07.08.2013 - 7 B 9.13; VGH Bayern, Beschl. v. 10.09.2014 - 22 ZB 14/1756; VGH Mannheim, Urt. v. 18.12.2007 - 10 S 2351/06 und VGH Mannheim, Urt. v. 01.04.2008 - 10 S 1388/06; BVerwG, Beschl. v. 28.02.2008 - BVerwG - 7 B 12.08.

171 Vgl. hierzu Hullmann/Zorn, NVwZ 2010, 1267 (1268).

172 VGH Mannheim, Urt. v. 18.12.2007 - 10 S 2351/06.

Sicherheit und Ordnung auch keiner Verwirkung. Behördliche Eingriffsbefugnisse auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr können nicht verwirkt werden, da diesen Befugnissen im öffentlichen Interesse ein überragendes Gewicht zukommt, das deren Verwirkung ausschließt¹⁷³. Selbst wenn eine Behörde über Jahre oder Jahrzehnte Kenntnis von einer Altlast hat und dennoch nicht tätig wird, insbesondere den Sanierungspflichtigen nicht zu Untersuchungs- oder Sanierungsmaßnahmen heranzieht, bedeutet dies nicht, dass sie dies nicht zu einem späteren Zeitpunkt tun kann¹⁷⁴. Denn die Eingriffsbefugnisse der zuständigen Behörde, gegen bestehende Störungen vorzugehen, stellen kein subjektives Recht dar, dessen Bestand oder Ausübung durch Nicht- oder Fehlgebrauch in Frage gestellt und daher in letzter Konsequenz verwirkt werden könnte. Vielmehr knüpfen diese Eingriffsbefugnisse an das öffentliche Interesse an, rechtmäßige Zustände zu gewährleisten. Dieses öffentliche Interesse und die zur pflichtgemäßen Erledigung übertragene Aufgabe werden nicht dadurch geschmälert oder gar obsolet, dass zu deren Durchsetzung von der Behörde über längere Zeit hinweg nichts bzw. wenig unternommen worden ist¹⁷⁵.

- 106 Letztlich wird eine Begrenzung der Verantwortung auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten in aller Regel nicht in Betracht kommen, da sich die Unverhältnismäßigkeit der Inanspruchnahme eines Sanierungspflichtigen nicht nach einer starren zeitlichen Grenze bemisst. Die ordnungsrechtliche Pflicht knüpft darüber hinaus nicht an den Zeitpunkt ihrer Entstehung, sondern an die Notwendigkeit der Gefahrenabwehr an¹⁷⁶. Festzuhalten ist daher, dass allein auf Grund einer zeitlich lange zurückliegenden Verursachungshandlung die Möglichkeit einer behördlichen Inanspruchnahme zur Altlastensanierung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht beschränkt ist. Vielmehr müssten für eine solche Beschränkung weitere Punkte hinzutreten, die dazu führten, dass eine Heranziehung bei einzelfallbezogener Würdigung des Sachverhalts vollkommen unangemessen wäre¹⁷⁷.

c) Verschuldensunabhängigkeit der Verursachung

- 107 Schließlich ist zur Entstehung der öffentlich-rechtlichen Sanierungsverantwortung nach dem BBodSchG ein Verschulden bzw. eine objektive oder subjektive Erkennbarkeit der Schadensverursachung oder des Schadens grundsätzlich nicht erforderlich¹⁷⁸. Es ist für die Heranziehung zu Sanierungsmaßnahmen unerheblich, ob ein Verursacher als Handlungsstörer eine Kontamination fahrlässig oder gar vorsätzlich verursacht hat. Selbst wenn bestimmte Produktionsmethoden in früheren Zeiten dem Stand der Technik entsprachen, bedeutet dies nach h.M. nicht, dass bei Einhaltung dieses ehemaligen Stands der Technik

173 VGH Mannheim, Urt. v. 01.04.2008 – 10 S 1388/06.

174 Davon losgelöst sind die rechtlichen Fragen zu beurteilen, ob eine solche behördliche Untätigkeit gegenüber einem Dritten eine Amtspflichtverletzung darstelle und zu einem Amtshaftungsanspruch des Dritten führen kann und ob ggf. eine strafrechtliche Verantwortlichkeit behördlicher Mitarbeiter in Betracht kommt.

175 VGH Mannheim, Urt. v. 01.04.2008 – 10 S 1388/06.

176 BVerwG, Beschl. v. 28.02.2008 – 7 B 12/08.

177 BVerwG a.a.O.

178 OVG Münster, Urt. v. 26.11.2008 – 8 A 10933/08.

die Sanierungsverantwortung des Pflichtigen entfiel¹⁷⁹. Auch der Eigentümer eines Altlastengrundstücks kann als Zustandsstörer unabhängig davon herangezogen werden, ob er beim Erwerb des Grundstücks Kenntnis, fahrlässige Unkenntnis oder gar keine Vorstellung von entsprechenden Kontaminationen hatte; allein die Höhe seiner Haftung kann in diesen Fällen variieren, vgl. unter Rdn. 115.

8.2.3.3 Sanierungsverantwortlichkeit

Für den Facility Manager bzw. das Facility Management Unternehmen ist von vorrangiger Bedeutung, inwieweit er bzw. es selbst sanierungspflichtig sein und zur Sanierung auch behördlich herangezogen werden kann. Im groben unterscheidet das BBodSchG wie die meisten gefahrenabwehrrechtlichen Gesetze zwischen dem Handlungsstörer und dem Zustandsstörer. 108

a) Facility Manager als Handlungsstörer

Eine Vielzahl von Altlasten ist vor dem 2. Weltkrieg und in den 1950er, 1960er und 1970er Jahren entstanden, also in einer Zeit, in der das Umweltbewusstsein allgemein wenig ausgeprägt war. Typische Facility Management-Unternehmen gab es damals zwar nicht, jedoch ist zu berücksichtigen, dass nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BBodSchG auch der Gesamtrechtsnachfolger des Verursachers sanierungspflichtig ist. Typisches Beispiel für solche Gesamtrechtsnachfolgen sind Unternehmenskäufe mit nachfolgenden Verschmelzungen im Sinne des Umwandlungsgesetzes¹⁸⁰. Dabei muss die Gesamtrechtsnachfolge für eine Heranziehung des Gesamtrechtsnachfolgers nicht nach Inkrafttreten des BBodSchG stattgefunden haben; auch die Konkretisierung einer abstrakt bestehenden Polizeipflicht durch Verwaltungsakt muss noch nicht erfolgt sein. Durch die höchstrichterliche Rechtsprechung ist entschieden, dass die Gesamtrechtsnachfolge grundsätzlich auch in ein abstrakte Sanierungspflicht stattfindet¹⁸¹. Erforderlich ist aber zunächst, dass zum Zeitpunkt der Gesamtrechtsnachfolge eine solche abstrakte Sanierungspflicht für den Rechtsvorgänger bestand¹⁸². Darüber hinaus hat der BGH entschieden¹⁸³, dass eine Gesamtrechtsnachfolge vor dem 01.03.1999 einen abgeschlossenen Tatbestand darstellt, es sich bei der Regelung des § 4 Abs. 3 BBodSchG daher verfassungsrechtlich um eine echte Rückwirkung handelt. Ob diese im Falle der Gesamtrechtsnachfolge in eine bestehende abstrakte Polizeipflicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann, hängt nach dem BGH davon ab, ob der Gesamtrechtsnachfolge im Zeitpunkt der Gesamtrechtsnachfolge damit rechnen musste, hierfür eintreten zu müssen oder, ob er darauf vertrauen durfte, dass die Pflichten 109

179 Dombert, in: Landmann/Rohmer, BBodSchG, § 4 Rn. 12; hiervon abweichend jedoch das OVG Münster, das in verschiedenen Entscheidungen eine Pflichtwidrigkeit des Verursachers voraussetzt, vgl. etwa OVG Münster Urt.l v. 26.11.2008 – 8 A 10933/08.

180 Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210; 1995 I S. 428), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes zum Bürokratieabbau und zur Förderung der Transparenz bei Genossenschaften vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2434) geändert worden ist.

181 BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 7 C 3/05.

182 BVerwG, a.a.O.

183 BGH, Urt. v. 26.09.2016 – I ZR 11/15.

nicht auf ihn übergehen. Im Ergebnis ist daher der § 4 Abs. 3 BBodSchG dahingehend verfassungskonform auszulegen, dass von Vorschrift nur solche Gesamtrechtsnachfolgen umfasst sind, die ab Ende der 1960er Jahre erfolgten. Denn erst ab diesem Zeitpunkt hatte sich in Rechtsprechung und Literatur die Ansicht verfestigt, dass Gefahrenabwehrpflichten rechtsnachfolgefähig sind.

aa) Handlungsstörer durch Unterlassen

- 110 Auch beim Facility Management können jedoch Boden- und Grundwasserverunreinigungen verursacht werden. Ist der Facility Manager beispielsweise für Heizungsanlagen oder Treibstofftanks verantwortlich, so kann er für den ordnungsgemäßen Einbau, die Wartung und Instandhaltung dieser Anlagen Sorge zu tragen haben. Kommt er diesen Pflichten – entsprechend den jeweils auf die konkreten Anlagen anwendbaren rechtlichen Vorschriften, etwa der **AwSV**¹⁸⁴ oder **Betriebssicherheitsverordnung**¹⁸⁵, nicht nach und führt dieses Unterlassen, bspw. einer vorgeschriebenen Inspektion, dazu, dass eine Leckage nicht entdeckt wird, die zu einer Boden- und/oder Grundwasserverunreinigung beiträgt, kann auch der Facility Manager als Handlungsstörer behördlich herangezogen werden. Soweit eine solche Verursachung nach dem 01.03.1999 erfolgt ist, gelten die strengerer Regelungen für die Sanierung von Neulasten¹⁸⁶. Hat eine Verursachung nach dem 26.03.2007 stattgefunden, so ist des Weiteren auch eine öffentlich-rechtliche Sanierungspflicht nach dem Umweltschadensgesetz möglich. Weitere Sanierungspflichten hinsichtlich des Grundwassers können sich aus den jeweiligen Landeswassergesetzen ergeben¹⁸⁷.

bb) Anlagenbetreiber als Handlungsstörer

- 111 Bei Anlagen, die auf Grund der zum Einsatz kommenden oder gelagerten Stoffe, Zubereitungen und Erzeugnisse ein spezifisches Gefahrenpotential besitzen, wird für die Frage, wer im Schadensfall als Verursacher in Anspruch genommen werden kann, in der Regel entscheidend sein, wer die Anlage im Rechtssinne betreibt. Dies deshalb, da auf Grundlage der Theorie der unmittelbaren Verursachung derjenige als Verursacher gilt, der bei wertender Betrachtung die **Gefahrenschwelle** überschreitet.¹⁸⁸ Die Kriterien, anhand deren die erforderliche wertende Betrachtung vorzunehmen ist, sind dabei weitgehend ungeklärt.

184 Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen vom 18. April 2017, BGBl. I S. 905.

185 Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Bereitstellung von Arbeitsmitteln und deren Benutzung bei der Arbeit, über Sicherheit beim Betrieb überwachungsbedürftiger Anlagen und über die Organisation des betrieblichen Arbeitsschutzes (Betriebssicherheitsverordnung – BetrSichV) vom 3. Februar 2015 (BGBl. I S. 49).

186 Vgl. oben unter II. 3. a) bb).

187 Vgl. bspw. Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landeswassergesetz – LWG) in der Fassung vom 8. Juli 2016, GV. NRW. S. 926.

188 So die einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur, vgl. OVG Hamburg, DÖV 1983, 1016, 1017; OVG Schleswig, UPR 1996, 194 ff.; Seibert, DVBl. 1992, 664, 670.

In der Rechtsprechung werden insoweit Fallgruppen gebildet¹⁸⁹. Hier liegt es nahe, den Betreiber einer **gefährdungsgefährigten Anlage** als Verursacher einer Kontamination anzusehen, wenn sich das spezifische Kontaminationsrisiko dieser Anlage im Betrieb verwirklicht¹⁹⁰. Zu klären ist daher, wer Betreiber einer Anlage ist:

Bei den hier relevanten Anlagen handelt es sich häufig um Anlagen im immissionsschutzrechtlichen oder wasserrechtlichen Sinn. Daher ist auch bzgl. des Betreiberbegriffs danach zu fragen, welche Konkretisierung der Begriff in den jeweiligen Rechtsbereichen erfahren hat¹⁹¹. Innerhalb des Immissionsschutz-, Abfall- und Wasserrechts werden die Begriffe **Betreiber** und **Inhaber** regelmäßig synonym verwendet¹⁹². Betreiber einer Anlage ist danach derjenige, der unter Berücksichtigung sämtlicher konkreten rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Gegebenheiten bestimmenden Einfluss auf die Errichtung, Beschaffenheit und den Betrieb der Anlage ausübt. Meist richtet sich die Möglichkeit zur Ausübung des tatsächlichen, bestimmenden Einflusses nach den privatrechtlichen Verhältnissen an der Anlage, also danach, wer aufgrund Eigentums oder vertraglicher Rechte weisungsfrei und selbständig über den Betrieb der Anlage entscheiden kann. Indiz für den bestimmenden Einfluss ist ein Handeln im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und in eigener Verantwortung¹⁹³. Eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse orientiert sich daran, wer berechtigt ist, aus der Anlage wirtschaftliche Nutzungen zu ziehen und wer das wirtschaftliche Risiko trägt. Betreiber ist bei rechtlicher und wirtschaftlicher Betrachtungsweise folglich derjenige, dem die Entscheidung über die für die Erfüllung umweltrechtlicher Pflichten relevanten Umstände obliegen¹⁹⁴. Der Facility Manager muss also bewerten, ob er diese Anforderungen bezüglich einer konkreten Anlage, bspw. eines Heizöltanks, erfüllt. Kann ihm sein Vertragspartner im Zweifel vorschreiben, ob und wie er die Anlage zu betreiben bzw. zu führen hat, spricht dies bspw. eher dafür, dass er nicht als Betreiber zu qualifizieren ist. Letztlich bedarf es in diesen Fällen immer einer Beurteilung im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände.

112

189 Den Gerichten ist es allerdings bislang nicht gelungen hinsichtlich der insoweit zu Grunde zu legenden wertenden Betrachtung zu einer einheitlichen Kasuistik zu gelangen. Vielmehr werden als Kriterien, anhand derer die Bewertung zu konkretisieren ist, je nach Fallkonstellation und Gericht unterschiedliche Aspekte als entscheidungserheblich herangezogen, bspw. die Gefährdungsgefährigkeit der Tätigkeit (BVerwG – 7 C 22/12), Verantwortungs- und Risikosphären (OVG NRW – 16 A 1686/09), die Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit von Handlungen (VGH Mannheim – 10 S 259/01), die Rechtsstellung als Betreiber bei Erkennbarkeit eines besonderen Risikos durch den Betrieb (VG Düsseldorf – 17 K 4572/08), die Zweckveranlassung (VGH Mannheim – 10 S 2153/01) oder aber die zentrale und umfassende Steuerung von Verursachungshandlungen durch Leitungspersonen (OVG NRW – 16 A 1686/09).

190 Vgl. VG Düsseldorf Urt. v. 15.12.2009 – 17 K 3537/08; vgl. auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 07.03.1997 – 7 M 3628/96.

191 Insoweit kann der immissionsschutzrechtliche Betreiberbegriff auch von dem im Facility Management üblichen Betreiberbegriff, der in erster Linie bei den zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflichten hinsichtlich eines Gebäudes ansetzt, abweichen.

192 BVerwG, Urt. v. 31.08.2006 – 7 C 3/06.

193 BVerwG, Urt. v. 22.10.1998 – 7 C 38–97.

194 BVerwG, Urt. v. 22.10.1998 – 7 C 38/97, OVG Brandenburg, Beschl. v. 03.04.2008 – 11 S 6/07.

b) Facility Manager als Zustandsstörer

- 113 Zustandsstörer nach § 4 Abs. 3 Satz 1 BBodSchG ist in erster Linie der Grundstückseigentümer und der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück.

aa) Eigentümer

- 114 In der Regel wird der Facility Manager nicht Eigentümer des zu bewirtschaftenden Grundstücks sein; trotzdem ist es für den Facility Manager von großer Bedeutung, die öffentlich rechtliche Verantwortlichkeit des Grundstückseigentümers und die daraus resultierenden Kostenrisiken des Grundstückseigentümers zu kennen. Ausnahmefälle sind denkbar, bspw. wenn größere Unternehmen oder Betreibergesellschaften das Facility Management in eigener Regie durchführen. In diesem Fall wird das Facility Management von einer Abteilung des jeweiligen Unternehmens verantwortet, das ggf. auch selbst als Grundstückseigentümer im Grundbuch eingetragen ist.
- 115 Die Zustandsverantwortlichkeit setzt weder ein Verschulden noch die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Vorhandenseins einer schädlichen Bodenveränderung voraus¹⁹⁵. Trotzdem ist die Verantwortung des Eigentümers als Zustandsstörer nach § 4 Abs. 3 Satz 1 BBodSchG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden¹⁹⁶. Ihre Rechtfertigung findet die Vorschrift, bei der es sich um eine **Inhalts- und Schrankenbestimmung** des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG handelt, insbesondere in Art. 14 Abs. 2 GG, der die **Sozialpflichtigkeit des Eigentums** normiert. Unverhältnismäßig und damit rechtswidrig kann eine Inhaltsbestimmung nur sein, wenn die aus der Sanierungspflicht folgende finanzielle Belastung die Schwelle zur Unzumutbarkeit überschreitet. Bei dieser Verhältnismäßigkeitsabwägung ist jedoch sowohl die Sozialpflichtigkeit des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 2 GG als auch die Staatszielbestimmung Umweltschutz nach Art. 20a GG zu berücksichtigen. Grundsätzlich findet die Zustandsverantwortlichkeit des Grundstückseigentümers in der durch die Sachherrschaft vermittelten Einwirkungsmöglichkeit auf die Gefahr verursachende Sache ihren legitimierenden Grund. Der Eigentümer kann überdies aus der Sache Nutzen ziehen; er besitzt die rechtliche wie tatsächliche Verfügungsgewalt über das Grundstück. Auch dies rechtfertigt es, ihn zur Beseitigung von Gefahren, die von dem Grundstück für die Allgemeinheit ausgehen, zu verpflichten¹⁹⁷. Die Möglichkeit des Eigentümers zur wirtschaftlichen Nutzung und Verwertung des Sacheigentums korrespondiert mit der öffentlich-rechtlichen Pflicht, die sich aus der Sache ergebenden Lasten und die mit der Nutzungsmöglichkeit verbundenen Risiken zu tragen. Aufgrund dieser Grundüberlegung ergibt sich jedoch auch, dass die Sanierungsverantwortung des Grundstückseigentümers der Höhe nach in der Regel nicht unbeschränkt sein kann¹⁹⁸.

195 Vgl. Dombert, in: Landmann/Rohmer, BBodSchG, § 4 Rn. 23 f.

196 BVerfG, Beschl. v. 16.02.2000 – 1 BvR 242/91, 1 BvR 315/99.

197 BVerfG, a.a.O.

198 Vgl. zur finanziellen Haftung des Grundstückseigentümers ausführlich die insoweit maßgeblichen Beschlüsse des BVerfG v. 16.02.2000 – 1 BvR 242/91 und 1 BvR 315/99.

bb) Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft

Darüber hinaus kommt als Zustandsstörer der Inhaber der tatsächlichen Gewalt in Betracht. Anerkannt ist, dass sowohl der Mieter als auch der Pächter von Altlastengrundstücken Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft und damit Zustandsstörer sind. Fraglich ist, ob der Facility Manager eine dem Mieter bzw. Pächter vergleichbare Sachherrschaft über das Grundstück erlangt und daher im Einzelfall ebenfalls als Zustandsstörer qualifiziert werden kann. Verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Fragestellung liegt bislang nicht vor. Nach diesseitiger Auffassung wird es nur in Ausnahmefällen zu einer derartig weit reichenden vertraglichen Übertragung von Befugnissen kommen, dass ein Facility Manager als Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft und damit Zustandsstörer im Sinne des BBodSchG qualifiziert werden kann.

116

Sollte jedoch eine Sanierungsverantwortung als Zustandsstörer in Betracht kommen, so ist darauf hinzuweisen, dass auch der Mieter und Pächter sich durch Kündigung des Vertrags und Rückgabe des Grundstücks ihrer Stellung als Zustandsstörer entziehen können, soweit ihre Verantwortung noch nicht durch eine behördliche Anordnung konkretisiert wurde¹⁹⁹. Ob im Falle einer öffentlich rechtlichen Verantwortung zur Sanierung von Altlasten eine Kündigungsmöglichkeit des jeweiligen Facility Managementvertrages bestünde, wäre dem jeweiligen konkreten Vertrag zu entnehmen bzw. durch Auslegung zu ermitteln. Soweit die Parteien keinerlei Kenntnis davon hatten, dass es sich um eine Altlast handelt, würde es den Facility Manager in der Regel nicht zuzumuten zu sein, an dem Vertragsverhältnis festzuhalten. Daher könnte in diesen Fällen auch ein Recht zur außerordentlichen Kündigung gegeben sein²⁰⁰.

117

c) Auswahlermessen bei behördlicher Inanspruchnahme

Stehen der zuständigen Bodenschutzbehörde mehrere Sanierungsverantwortliche, insbesondere ein Handlungs- und ein Zustandsstörer zur Auswahl, so hat sie nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, welchen Sanierungsverantwortlichen sie in welchem Umfang zu Untersuchungs- und/oder Sanierungsmaßnahmen heranzieht. Dabei ist zu beachten, dass die untere Bodenschutzbehörde auch bei **Summationsschäden**, die bspw. von mehreren Betreibern einer Tankstelle zeitlich nacheinander verursacht wurden, berechtigt ist, einen Verantwortlichen zur gesamten Sanierung heranzuziehen, soweit er einen erheblichen Kontaminationsanteil verursacht hat, auch wenn es sich um den absolut geringeren Verursachungsbeitrag handelt²⁰¹.

118

Umstritten ist in Rechtsprechung und Literatur, ob ein Rangverhältnis im Sinne einer vorrangigen behördlichen Heranziehung des Handlungsstörers gegenüber dem Zustandsstörer besteht. Obwohl die vorherrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur ein

119

199 VGH München, Beschl. v. 26.11.2002 – 22 CS 02.2403.

200 VGH München, Beschl. v. 26.11.2002 – 22 CS 02.2403.

201 Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 7 C 3/05; VGH Mannheim, Urt. v. 19.10.1993 – 10 S 2045/91, VGH München, Beschl. v. 10.06.2010 – 22 ZB 09/1928; der herangezogene Verursacher muss sich auf seine zivilrechtlichen Regressmöglichkeiten gegenüber den anderen Verursachern, insbesondere auf den gesetzlichen Anspruch auf Störerinnenausgleich nach § 24 Abs. 2 BBodSchG, verweisen lassen.

solches Rangverhältnis verneint²⁰², darf nicht übersehen werden, dass die Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des BBodSchG die Aussage enthält, dass die in § 4 Abs. 3 BBodSchG festgelegte Reihenfolge der Verantwortlichen im Regelfall auch die Rangfolge ihrer Verpflichtung bestimmt. In § 4 Abs. 3 Satz 1 BBodSchG wird der Handlungsstörer jedoch vor dem Zustandsstörer genannt. In der Praxis kommt es hierauf aber selten an, da die Behörde ihr Ermessen in erster Linie an den Grundsätzen der Effektivität der Gefahrenabwehr und der Freihaltung der öffentlichen Hand von finanziellen Lasten auszurichten hat²⁰³. Somit wird das grundsätzlich bestehende und vom Gesetzgeber beabsichtigte Rangverhältnis im Ergebnis regelmäßig durch diese beiden Grundsätze überlagert. Unter Gesichtspunkten der Effektivität der Gefahrenabwehr ist die Heranziehung des Zustandsstörers vor dem Handlungsstörer häufig aus verschiedenen Gründen geboten. Zunächst ist der Eigentümer im Grundbuch eingetragen und somit für die Behörde sehr leicht zu ermitteln. Separate **Duldungsverfügungen**, beispielsweise für das Betreten des Grundstücks oder die Vornahme von Bohrungen, sind gegenüber dem Eigentümer zudem nicht erforderlich. Gleichzeitig ist die Verantwortlichkeit potentieller Verursacher in vielen Fällen für die Behörden zumindest mit angemessenem Aufwand nur schwer festzustellen, insbesondere, da Verursachungsbeiträge regelmäßig viele Jahrzehnte zurückliegen. Schließlich kann die Behörde den in Anspruch genommenen Zustandsstörer grundsätzlich auf seinen möglichen zivilrechtlichen **Ausgleichsanspruch** nach § 24 Abs. 2 BBodSchG verweisen und so entsprechende Nachweisschwierigkeiten auf ihn verlagern. Die untere Bodenschutzbehörde muss im Rahmen ihres Auswahlermessens gerade nicht prüfen, ob zwischen Handlungs- und Zustandsstörer Vertragsbeziehungen bestehen, was häufig der Fall sein wird²⁰⁴. Erst recht muss sie nicht im Detail prüfen, ob und inwieweit Gewährleistungs- und/oder sonstige Regressansprüche seitens der ein oder anderen Partei vorliegen. Nur, wenn sowohl der Handlungs- als auch der Zustandsstörer zweifelsfrei feststeht und beide gleich leistungsfähig sind, wird der Grundsatz, dass der Handlungsstörer vor dem Zustandsstörer heranzuziehen ist, tatsächlich zu Anwendung kommen können²⁰⁵.

8.2.3.4 Facility Manager ohne eigene Sanierungsverantwortung

- 120 Nach obigen Ausführungen kommt der Facility Manager in vielen Fällen selbst nicht als Sanierungsverantwortlicher in Betracht. Jedoch kann häufig die Situation eintreten, dass ein Altlastenverdacht erst im Rahmen der Bewirtschaftung des Grundstücks festgestellt wird. In erster Linie ist es dann eine Frage des zugrundeliegenden Facility Management-Vertrages wie weit die Pflichten des Facility Managers reichen; denn selbstverständlich kann zivilvertraglich geregelt sein, dass der Facility Manager für den Eigentümer Aufgaben gegenüber der unteren Bodenschutzbehörde wahrnimmt, die zum Altlastenmanage-

202 Vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 31.05.2016 – 7 LB 59/15; Dombert, in: Landmann/Rohmer, BBodSchG, § 4 Rn. 15 ff.

203 Vgl. bezüglich Letzterem beispielsweise VGH München, Urt. v. 15.03.1999 – 22 B 95.2164.

204 Zu denken sind an Miet-, Pacht- und Erbbauverträge ebenso wie an Grundstückskauf- und Unternehmenskaufverträge oder aber Facility Management-Verträge.

205 Vgl. zu diesen Fallkonstellationen VGH München, Beschl. v. 10.06.2010 – 22 ZB 9/1928; OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 29.05.2001 – 4 L 2/01.

ment gehören. In diesem Zusammenhang sind die folgenden Punkte besonders erwähnenswert.

a) Ansprüche auf Informationszugang

Die Ermittlung von Altlasten und Altlastenverdachtsflächen folgt nach einem gestuften Prüfungsschema²⁰⁶. Die Dokumentation und Aufbewahrung der dabei gewonnenen Informationen und Daten ist regelmäßig in den Landesbodenschutzgesetzen der einzelnen Bundesländer geregelt. Unter immobilienwirtschaftlichen Gesichtspunkten kommt den Altlastenkatastern hierbei besondere Bedeutung zu. In diesen werden Daten, Tatsachen und Erkenntnisse aufgenommen, die über altlastenverdächtigen Flächen und Altlasten bei deren Untersuchungen und Beurteilungen und Sanierungen sowie bei der Durchführung sonstiger Maßnahmen oder der Überwachung ermittelt werden²⁰⁷. Altlastenkataster sind dabei laufend fortzuschreiben, vgl. bspw. die entsprechende Regelung in § 8 Satz 4 LBodSchG NRW²⁰⁸. Regelmäßig unterliegen die in den beschriebenen **Altlastenkatastern** gespeicherten Daten auch einer zeitlich unbeschränkten Aufbewahrungspflicht, um auch das Wissen über sanierte Altlastengrundstücke nicht zu verlieren. Dies kann dazu führen, dass auch sanierte Grundstücke weiterhin im Altlastenkataster eingetragen sind und hierdurch im Geschäftsverkehr eine Wertminderung erfahren²⁰⁹. Einzelne Landesbodenschutzgesetze sehen daher einen ausdrücklich normierten gesetzlichen Lösungsanspruch vor. Dieser besteht nach § 10 Abs. 4 Satz 3 Bremer BodSchG²¹⁰, § 5 Abs. 3 Satz 3 Hamburger BodSchG²¹¹, § 7 Abs. 3 LBodSchG Mecklenburg Vorpommern²¹², § 10 Abs. 4 LBodSchG NRW, § 4 Abs. 1 Satz 3 Saarländisches BodSchG²¹³ und § 5 Abs. 3 Satz 4 LBodSchG Schleswig-Holstein²¹⁴. Teilweise ist dieser Lösungsanspruch jedoch dahingehend eingeschränkt, dass nur dann, wenn eingetragene Daten unrichtig sind, ein Anspruch auf Löschung besteht, vgl. etwa § 10 Abs. 4 LBodSchG NRW.

121

206 Vgl. §§ 3, 4 BBodSchV.

207 Vgl. bspw. § 8 LBodSchG NRW.

208 Landesbodenschutzgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 9. Mai 2000 (GV. NRW. S. 439), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 17. Dezember 2009 (GV. NRW. S. 863, 975).

209 Zur Rechtswirkung der Aufnahme eines Grundstücks in das Altlastenkataster vgl. VGH München, Beschl. v. 28.09.2012 – 22 ZB 11.1581; zur Frage, ob es sich bei der Eintragung in das Altlastenkataster um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG handelt BayVGh, Urt. v. 02.08.2016 – 22 B 16.619, der dies verneint.

210 Bremisches Bodenschutzgesetz (GBL 2002, Seite 385).

211 Hamburgisches Gesetz zur Ausführung und Ergänzung des Bundes-Bodenschutzgesetzes (Hamburgisches Bodenschutzgesetz – HmbBodSchG) vom 20. Februar 2001, Hamb.GVBl. S. 27.

212 Gesetz über den Schutz des Bodens im Land Mecklenburg-Vorpommern (LBodSchG M-V) vom 04.07.2011, GVOBl. M-V 2011, S. 759.

213 Saarländisches Gesetz zur Ausführung des Bundes-Bodenschutzgesetzes (Saarländisches Bodenschutzgesetz – SBodSchG) vom 20.03.2002, ABl. 2002, S. 990.

214 Landesbodenschutz- und Altlastengesetz – LBodSchG vom 14. März 2002, GVOBl. Schl.-H., S. 60, zuletzt geändert durch Art. 11 Nr. 5 Haushaltsstrukturgesetz 2009/2010 vom 12.12.2008, GVOBl. Schl.-H., S. 791.

- 122 Über die Umweltinformationsgesetze der Länder²¹⁵ hat jedermann Zugang zu diesen in den Altlastenkatastern vorhandenen Informationen. Der Begriff der **Umweltinformationen** ist in den jeweiligen Umweltinformationsgesetzen der Länder weit und einheitlich definiert²¹⁶. Nach den Umweltinformationsgesetzen besteht ein freier Zugang für jedermann zu bei Behörden gespeicherten Umweltinformationen. Ein rechtliches Interesse an den Informationen muss grundsätzlich nicht geltend gemacht werden. Allerdings besteht der Anspruch nur auf Informationszugang, jedoch nicht auf Informationsbeschaffung der Behörde an, die der jeweilige Antrag auf **Informationszugang** gerichtet wird. Eine besonders praxisrelevante Einschränkung des Anspruchs auf freien Informationszugang besteht, wenn Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berührt sind²¹⁷. Im Falle von für Altlastensanierungen relevanten Umweltinformationen wird diese Einschränkung in der Regel jedoch nicht Erfolg versprechend geltend gemacht werden können.

b) Sanierungsmanagement

- 123 Soweit es um die Durchführung der Sanierungen geht, sei es, dass sie von Sanierungsverantwortlichen freiwillig vorgenommen werden, sei es, dass sie auf der Grundlage einer behördlichen Sanierungsanordnung oder aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Sanierungsvertrages ausgeführt werden, kann der Facility Manager insbesondere hinsichtlich der Koordination der zu beauftragenden Experten eine Rolle spielen. Denn regelmäßig wird er weder die geologischen noch die rechtlichen Kenntnisse haben, um ein entsprechendes Sanierungsmanagement durchzuführen. Bei der Auswahl entsprechender Fachfirmen und Rechtsanwaltskanzleien sollte der Facility Manager auf die Referenzen der jeweiligen Dienstleister besonderen Wert legen.

c) Regressansprüche

- 124 Regressansprüche aufgrund von Altlasten können sich zunächst aus bestehenden Vertragsverhältnissen ergeben. Hier kann es sich als Vorteil erweisen, Risiken durch spezielle Altlastenklauseln angemessen auf die Vertragspartner zu verteilen. Bestehen solche Altlastenklauseln nicht, ist zu prüfen, inwieweit vertragliche Gewährleistungsansprüche zur Anwendung kommen²¹⁸. Häufig sind diese jedoch bereits verjährt. In diesen Fällen kann unter bestimmten Voraussetzungen auf die gesetzlich geregelten Ansprüche auf Störereinentausgleich zurückgegriffen werden. Wird bspw. ein Eigentümer, der selber nicht Handlungsstörer ist, als Zustandsstörer zur Sanierung behördlich in Anspruch genommen, so hat er die Möglichkeit, den Verursacher des Schadens für die Sanierungsaufwendungen in Regress zu nehmen. Dieser gesetzliche Anspruch folgt aus § 24 Abs. 2 BBodSchG; ferner kommt auch § 9 Abs. 2 USchadG als Anspruchsgrundlage in Betracht. Wichtig ist,

215 Jedes Bundesland verfügt über ein entsprechendes Gesetz; vgl. zum Recht auf freien Zugang zu Umweltinformationen das Gesetz zur Regelung von Umweltinformationen in Nordrhein-Westfalen vom 29.03.2007 (UIG NRW), GV NRW 2007, S. 142, das zuletzt durch Art. 1 ÄndG vom 8.7.2016 (GV.NRW. S. 618) geändert wurde

216 Vgl. bspw. § 2 UIG NRW.

217 Vgl. bspw. § 2 UIG NRW in Verbindung mit § 9 UIG des Bundes.

218 Vgl. hierzu Müggendorf, NJW 2005, S. 505 ff.; BGH, Urt. v. 08.07.2016 – V ZR 35/15

dass vertragliche Ansprüche vorrangig sind²¹⁹, wobei ein einfacher **Gewährleistungsaus-schluss** die gesetzlichen Ausgleichsansprüche jedoch nicht zu verdrängen mag²²⁰.

8.2.4 Wasserrecht – Versorgung, Entsorgung und Umgang mit wassergefährdenden Stoffen

Den Kosten für die Versorgung mit Trinkwasser sowie den Kosten für die Entsorgung von Abwasser kommt eine nicht zu unterschätzende Bedeutung für den wirtschaftlichen Betrieb eines Gebäudes zu. Darüber hinaus werden an die Beschaffenheit von Trinkwasser hohe qualitative Anforderungen gestellt, die zu einem großen Teil durch den Vermieter bzw. Gebäudebetreiber, also auch durch den Facility Manager zu erfüllen bzw. sicherzustellen sind. Schließlich ist der Umgang mit wassergefährdenden Stoffen von großer Relevanz, auch wenn dieser Regelungsbereich in der Praxis häufig keine ausreichende Beachtung findet. Viele Gebäude enthalten Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen, wie etwa Heizöltanks und entsprechende Leitungen. 125

8.2.4.1 Wasserversorgung

In § 50 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) stellt der Gesetzgeber fest, dass es sich bei der der Allgemeinheit dienenden Wasserversorgung (öffentliche Wasserversorgung) um eine Aufgabe der Daseinsvorsorge handelt. Träger der öffentlichen Wasserversorgung sind grundsätzlich die jeweiligen Gemeinden. Für Nordrhein-Westfalen ergibt sich dies etwa aus § 49 LWG NRW. Nach dessen Absatz 6 können Gemeinden diese Aufgabe auf Dritte übertragen oder Dritten überlassen, wenn eine ordnungsgemäße Wasserversorgung im Gemeindegebiet gewährleistet ist. Die Landeswassergesetze der anderen Bundesländer beinhalten wortgleiche oder inhaltlich ähnliche Bestimmungen. Deutschlandweit gibt es daher die unterschiedlichsten rechtlichen Organisationsformen hinsichtlich der Wasserversorgung. Viele Gemeinden übertragen ihre Aufgabe der öffentlichen Wasserversorgung auf kommunale Eigenbetriebe, Eigenunternehmen, Zweckverbände, gemischtwirtschaftliche Unternehmen oder rein privatwirtschaftliche Unternehmen²²¹. 126

a) Gebühren und Preise

Handeln die Gemeinden selbst oder durch kommunale Eigenbetriebe, erheben sie auf Grundlage gemeindlicher Satzung, die auf den jeweiligen Kommunalabgabengesetzen beruhen, Wassergebühren²²². Gemischtwirtschaftliche oder rein privatwirtschaftliche Un- 127

²¹⁹ Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung OLG Hamm, Urt. v. 04.05.2016 – 12 U 101/15.

²²⁰ BGH, Urt. v. 02.04.2004 – V ZR 267/03.

²²¹ Vgl. zu den Organisationsformen, kommunaler und gemischt-wirtschaftlicher Betriebe Rautenberg, KommJur 2007, 1 ff.

²²² Vgl. bspw. die Preise der KWL (Kommunale Wasserwerke Leipzig) für die Trinkwasserversorgung und Abwasserentsorgung 2016/2017, abrufbar unter <https://www.l.de/wasserwerke/preise/trinkwasserpreise>.

ternehmen der Wasserversorgung hingegen setzen Wasserpreise fest und bieten regelmäßig unterschiedliche Tarife für Privat- und Geschäftskunden an. Die Wassergebühren und -preise differieren von Gemeinde zu Gemeinde erheblich. Gebühren und Preise setzen sich dabei aus einem verbrauchsunabhängigen Teil – Grundgebühr bzw. Grundpreis – und einen verbrauchsabhängigen Teil – Verbrauchsgebühr bzw. Verbrauchspreis – zusammen. Der Facility Manager wird insbesondere in Fällen, in denen gemischtwirtschaftliche oder privatwirtschaftliche Unternehmen Wasserpreise festsetzen, ggf. individuelle Kunden-/Großkumentarife aushandeln können. Dies ist von Versorger zu Versorger unterschiedlich. Eine zentrale Kontrolle von Wassergebühren und Wasserpreisen findet grundsätzlich nicht statt. Wasserpreise werden in der Regel durch die Landeswirtschaftsministerien reguliert, während die von Gemeinden erhobenen Gebühren nicht direkt unter die Kommunalaufsicht fallen und die Aufsichtsbehörden daher kein geeignetes Instrument zur Kontrolle der Wassergebühren besitzen. Die Festsetzung der Gebührenhöhe richtet sich nach den allgemeinen gebührenrechtlichen Grundsätzen²²³.

b) Wasserentnahme aus Gewässern

- 128** Neben der leitungsgebundenen Wasserversorgung durch die Wasserversorgungsunternehmen kommt auch eine Entnahme von Wasser aus natürlichen Gewässern bzw. aus dem Grundwasser in Betracht. Dies geschieht bspw., wenn Wasser bei industriellen Prozessen in großen Mengen für Kühlzwecke benötigt wird. Im Einzelfall mag auch an eine Brauchwassernutzung zu denken sein. In den meisten Fällen bedarf eine solche Entnahme von Oberflächenwasser oder Grundwasser einer wasserrechtlichen Bewilligung oder Erlaubnis nach § 8 ff. WHG. Die Entscheidung steht dabei im weiten Bewirtschaftungsermessen der unteren Wasserbehörden²²⁴. Bei der Entnahme von Grundwasser ist zusätzlich zu beachten, dass je nach Bundesland ein mengenabhängiges Entgelt für die Entnahme von Grundwasser erhoben wird, vgl. etwa § 1 Abs. 1 und § 2 Saarländisches Grundwasserentnahmeentgelt-Gesetz (GrwEEG)²²⁵.

8.2.4.2 Trinkwasserverordnung

- 129** Welche Qualität Trinkwasser erfüllen muss und was unter dem Begriff Trinkwasser zu verstehen ist, ergibt sich aus der Trinkwasserverordnung²²⁶ (TrinkwasserV). Die Trinkwasserverordnung enthält darüber hinaus eine Vielzahl von rechtlichen Anforderungen an den Betrieb von Wasserversorgungsanlagen.

²²³ Vgl. hierzu im Allgemeinen Brüning, LKV 2000, 54 ff.

²²⁴ Vgl. zum Bewirtschaftungsermessen nach dem WHG Pape, Landmann/Rohmer, WHG, § 12 Rn. 47 ff.

²²⁵ Gesetz über die Erhebung eines Grundwasserentnahmeentgelts (Saarland) vom 12. März 2008 (Amtsbl. S. 694) das zuletzt geändert wurde durch Art. 4 Haushaltsbegleitgesetz 2015 vom 3. Dezember 2014 (Amtsblatt I S. 447).

²²⁶ Trinkwasserverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. März 2016 (BGBl. I S. 459), die durch Artikel 4 Abs. 21 des Gesetzes zur Aktualisierung der Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes vom 18.07.2016 (BGBl. I S. 1666) geändert worden ist.

a) Grundlagen und Systematik der Trinkwasserverordnung

Die Trinkwasserverordnung beruht auf § 38 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz IfSG)²²⁷. Sie wurde im Jahr 2011 umfassend novelliert und im Jahr 2016 erneut novelliert und zuletzt 2017 in einzelnen Punkten geändert. Trinkwasser ist nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 TrinkwasserV für jeden Aggregatzustand des Wassers und ungeachtet dessen, ob es für die Bereitstellung auf Leitungswegen, in Wassertransportfahrzeugen oder verschlossenen Behältnissen bestimmt ist, alles Wasser im ursprünglichen Zustand oder nach Aufbereitung, das zum Trinken, zum Kochen, zur Zubereitung von Speisen und Getränken oder insbesondere zu den folgenden anderen häuslichen Zwecken bestimmt ist: Körperpflege und Reinigung; Reinigung von Gegenständen, die bestimmungsgemäß mit Lebensmitteln in Berührung kommen; Reinigung von Gegenständen, die bestimmungsgemäß nicht nur vorübergehend mit dem menschlichen Körper in Kontakt kommen.

130

Trinkwasser muss so beschaffen sein, dass durch seinen Genuss oder Gebrauch eine Schädigung der menschlichen Gesundheit insbesondere durch Krankheitserreger nicht zu besorgen ist. Es muss rein und genusstauglich sein, vgl. § 4 Abs. 1 TrinkwasserV. Diese Anforderungen gelten als erfüllt, wenn bei der Wasseraufbereitung und der Wasserverteilung mindestens die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten werden und das Trinkwasser den Anforderungen der §§ 5 bis 7a entspricht. Grundsätzlich versucht die Trinkwasserverordnung die Reinheit und Genusstauglichkeit des Trinkwassers durch die Festsetzung von Grenzwerten sicherzustellen. Dabei wird in den §§ 5–7a zwischen einzuhaltenden mikrobiologischen Anforderungen, chemischen Anforderungen, sog. Indikatorenparametern und radiologischen Anforderungen²²⁸ unterschieden. Als Stelle der Einhaltung definiert § 8 TrinkwasserV bei Trinkwasser, das auf Grundstücken oder in Gebäuden und Einrichtungen auf Leitungswegen bereitgestellt wird, die Stelle des Austritts des Wassers aus denjenigen Zapfstellen, die sich in einer Trinkwasserinstallation befinden und die der Entnahme von Trinkwasser dienen. Dies bedeutet, dass die mikrobiologischen und chemischen Anforderungen und sonstigen Anforderungen der Trinkwasserverordnung nicht am Ende der **Hausanschlussleitung** einzuhalten sind, an der das Wasserversorgungsunternehmen das Trinkwasser an den Kunden abgibt, sondern an der jeweiligen **Zapfstelle** bzw. beim jeweiligen Zapfhahn beim Verbraucher, was auch dem Sinn und Zweck der TrinkwasserV gerecht wird. Stellen Wasserversorgungsunternehmen daher qualitativ der Trinkwasserverordnung entsprechendes Wasser am Ende der Hausanschlussleitung zur Verfügung, können Sie für mögliche Kontaminationen etc. im Bereich des Gebäudes selbst weder öffentlich-rechtlich noch zivilrechtlich in Anspruch genommen werden. Vielmehr trägt ab dem Ende der Hausanschlussleitung der Inhaber der Hausinstallation bzw. der Wasserversorgungsanlage nach § 3 Nr. 2 e) TrinkwV, also häufig der Gebäudeeigentümer, die Verantwortung. Der Inhaber einer Wasserversorgungsanlage darf Wasser, das den Anforderungen der §§ 5 bis 7a TrinkwasserV nicht entspricht, nicht

131

²²⁷ Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes zur Modernisierung der epidemiologischen Überwachung übertragbarer Krankheiten vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2615) geändert worden ist.

²²⁸ Vgl. §§ 5–7a der TrinkwasserV in Verbindung mit den Anlagen 1–3.

als Trinkwasser abgeben und anderen nicht zur Verfügung stellen, vgl. § 4 Abs. 2 und 3 TrinkwasserV.

b) Spezielle Anforderungen der Trinkwasserverordnung

- 132** Die Pflichten der Trinkwasserverordnung sind vom Unternehmer bzw. sonstigen Inhaber der Wasserversorgungsanlage zu erfüllen. Einer der Hauptgründe für die Novellierung der Trinkwasserverordnung im Jahr 2011 war, der Gefahr von Infektionen durch **Legionellen** entgegenzuwirken²²⁹. Alle Unternehmer und sonstigen Inhaber einer Wasserversorgungsanlage nach § 3 Nr. 2a) oder b) TrinkwasserV sind zu regelmäßigen Überprüfungen insbesondere der Anforderungen nach §§ 5 bis 7a TrinkwasserV verpflichtet. Umfang und Häufigkeit bestimmen sich sinngemäß nach Anlage 4 zur TrinkwasserV, vgl. §§ 14 Abs. 2 Satz 1, 14a Abs. 2 TrinkwasserV. Die weiteren Anzeige-, Untersuchungs- und Handlungspflichten ergeben sich auch abhängig vom Ergebnis der jeweiligen Untersuchungen nach den §§ 13 bis 17 TrinkwasserV.

aa) Schutz vor Legionellenbefall

- 133** Durch die Verschärfung der Regelungen der TrinkwasserV sind nunmehr grundsätzlich auch alle Inhaber von Großanlagen zur Trinkwassererwärmung von der Prüfpflicht betroffen, vgl. § 14 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Anlage 3 Teil II TrinkwasserV. Es entstehen für den Facility Manager insoweit neue Pflichten und Haftungsrisiken bzgl. des Parameters „Legionella spec.“. Der Begriff Großanlage zur Trinkwassererwärmung wird seit der Änderung der TrinkwV Ende 2012 in § 3 Nr. 12 definiert. Danach ist eine „*Großanlage zur Trinkwassererwärmung*“ eine Anlage mit einem „*Speicher-Trinkwassererwärmer oder zentralem Durchfluss-Trinkwassererwärmer jeweils mit einem Inhalt von mehr als 400 Litern oder einem Inhalt von mehr als 3 Litern in mindestens einer Rohrleitung zwischen Abgang des Trinkwassererwärmers und Entnahmestelle; nicht berücksichtigt wird der Inhalt einer Zirkulationsleitung; entsprechende Anlagen in Ein- und Zweifamilienhäusern zählen nicht zu Großanlagen zur Trinkwassererwärmung*“. Ausgenommen von dieser Pflicht sind daher Eigenheime, Ein- und Zweifamilienhäuser, Wohnungseigentümergeinschaften oder vermietete Eigentumswohnungen und Mehrfamilienhäuser mit Anlagen, die das genannte Wasservolumen unterschreiten. Bauliche Anlagen, die von Facility Managern bewirtschaftet werden, unterliegen jedoch in den meisten Fällen den Anforderungen der Trinkwasserverordnung zum Schutz vor Legionellenbefall.
- 134** Die Inhaber von Wasserversorgungsanlagen haben gegenüber dem zuständigen Gesundheitsamt nach § 13 TrinkwV diverse Anzeigepflichten. Sie haben ferner sicherzustellen, dass geeignete Stellen für die Probenahme für die nach der TrinkwV vorgeschriebenen Untersuchungen vorhanden sind. Gemäß §§ 14 und 15 TrinkwasserV sind sie dazu verpflichtet, ihre Trinkwasseranlage, sofern die Prüfkriterien erfüllt sind, grds. einmal jährlich auf Legionellen überprüfen zu lassen, und zwar auch ohne gesonderte Aufforderung durch das Gesundheitsamt. Wasserversorgungsanlagen nach § 3 Nr. 2e), aus denen im Rahmen

²²⁹ Die Legionellose gehört in Deutschland zu den häufigsten Krankheiten, die durch Wasserübertragen werden können. Jährlich erkranken in Deutschland ca. 200.000 Menschen aufgrund von Legionellen.

einer gewerblichen, nicht aber öffentlichen Tätigkeit Trinkwasser abgegeben wird, sind hingegen „nur“ mindestens alle drei Jahre entsprechend den Vorgaben des § 14 Abs. 3 zu untersuchen. Die erste Untersuchung musste bis zum 31.12.2013 abgeschlossen sein. Es handelt sich somit um ein gesetzliches Gebot, welches nicht durch Anordnung konkretisiert werden muss. Gemäß § 15 Abs. 3 TrinkwasserV muss eine Kopie der Niederschrift der Untersuchung dem zuständigen Gesundheitsamt innerhalb von 2 Wochen nach Abschluss der Untersuchung übersandt werden, wobei diese Pflicht für nichtöffentliche, gewerbliche Großanlagen entfällt. Auch betroffene Verbraucher, etwa Mieter, sind nach § 21 Abs. 1 Satz 4 TrinkwV bspw. über einen Aushang zu informieren. Die Unterlagen muss der Inhaber der Wasserversorgungsanlage über einen Zeitraum von 10 Jahren archivieren, vgl. § 15 Abs. 3 TrinkwV. Daneben ist er verpflichtet, dem Gesundheitsamt auf Verlangen die technischen Pläne der Wasserversorgungsanlage jederzeit zur Verfügung zu stellen. Ist der technische Maßnahmewert von 100 Legionellen in 100 ml Trinkwasser (KBE/100 ml) erreicht oder überschritten, ist dies ein Hinweis auf mögliche technische Mängel an der Wasserversorgungsanlage und führt zu einem Handlungsbedarf. Welche Maßnahmen genau durchzuführen sind, entscheidet das Gesundheitsamt nach pflichtgemäßem Ermessen. In der Regel ist eine weitergehende Untersuchung mit zusätzlichen Probenahmestellen vorgesehen. Werden Untersuchungen oder Meldungen bzw. weitere Maßnahmen unterlassen, so handelt sich hierbei um Ordnungswidrigkeiten, ggf. sogar um Straftaten, vgl. hierzu unter dd).

bb) Informationspflichten und weitere Pflichten

Die unter Rdn. 134 beschriebene Informationspflicht besteht aber nicht nur hinsichtlich der Untersuchungen auf Legionellen. Die Inhaber einer Wasserversorgungsanlage nach § 3 Nr. 2a und b TrinkwV und, sofern die Anlage im Rahmen einer gewerblichen oder öffentlichen Tätigkeit betrieben wird, nach Nr. 2d) und e), haben den betroffenen Verbrauchern mindestens jährlich geeignetes und aktuelles Informationsmaterial über die Qualität des bereitgestellten Trinkwassers auf der Grundlage der Untersuchungsergebnisse nach §§ 14, 14a TrinkwV und gegebenenfalls nach § 19 Abs. 7 und § 20 TrinkwV zu übermitteln, vgl. § 21 Abs. 1 Satz 1 TrinkwV. Gewerbliche Tätigkeit ist nach § 3 Nr. 10 TrinkwV die unmittelbare oder mittelbare, zielgerichtete Trinkwasserbereitstellung im Rahmen einer selbstständigen, regelmäßigen und in Gewinnerzielungsabsicht ausgeübten Tätigkeit. Wichtig ist, dass die Abgabe von Wasser durch den Vermieter an Mieter als gewerbliche Tätigkeit im Sinne der Trinkwasserverordnung nach § 3 Nr. 10 TrinkwV angesehen wird. Dies deshalb, weil die entsprechenden Kosten über die Nebenkostenabrechnung geltend gemacht werden. Darüber hinaus haben die Inhaber seit dem 1. Dezember 2013 die betroffenen Verbraucher zu informieren, wenn Leitungen aus dem Werkstoff **Blei** in der von Ihnen betriebenen Anlage vorhanden sind, sobald sie hiervon Kenntnis erlangen.

135

Den Inhabern von Wasserversorgungsanlagen wird, wie bereits ausgeführt, die Verantwortung für den hygienisch einwandfreien Zustand dieser Installation übertragen. Veränderungen, beispielsweise bauliche Veränderungen der Anlage, sind dem Gesundheitsamt anzuzeigen, vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 3 TrinkwasserV. Schließlich sind Trinkwasserinstallationen und **Brauchwasserinstallationen** zu trennen, um Eintragungen von Verunreinigungen

136

zu vermeiden²³⁰. Eine Verbindung darf nur stattfinden, wenn eine den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechende Sicherungseinrichtung vorhanden ist, vgl. § 17 Abs. 6 TrinkwasserV.

c) Zulassung der Abweichung von Grenzwerten

- 137 Die Trinkwasserverordnung sieht bei Überschreiten der Prüfwerte die Möglichkeit vor, für einen gewissen Zeitraum Abweichungen zuzulassen. Zuständig für die Zulassung von Abweichungen ist das jeweilige Gesundheitsamt. Zu beachten ist jedoch, dass dies bei einer Überschreitung mikrobieller Parameter nicht möglich ist, sondern nur bei Abweichungen von Grenzwerten für chemische Parameter, vgl. § 10 TrinkwasserV. Eine Abweichung ist behördlich so kurz wie möglich zu befristen; sie kann längstens für 3 Jahre gewährt werden, vgl. § 10 Abs. 3 Satz 1 TrinkwasserV. Das Verfahren zur Zulassung entsprechender Abweichungen ist in § 10 TrinkwasserV beschrieben.

d) Vollzug, Ordnungswidrigkeiten und Straftatbestände

- 138 Der Vollzug der Pflichten der TrinkwasserV durch die zuständigen Gesundheitsämter ist im 5. Abschnitt, §§ 18 ff. TrinkwasserV im Detail geregelt. Im Hinblick auf die persönliche Verantwortlichkeit des Facility Managers sind insbesondere die im 7. Abschnitt der Trinkwasserverordnung geregelten Straftatbestände und Ordnungswidrigkeitentatbestände hervorzuheben. § 25 Nr. 1–17 TrinkwasserV enthält dabei einen umfassenden Katalog an Ordnungswidrigkeiten im Sinne des § 73 Abs. 1 Nr. 24 IfSG. Entsprechende Ordnungswidrigkeiten können mit einer Geldbuße von bis zu 25.000,00 Euro je Einzelfall geahndet werden. Eine Ordnungswidrigkeit ist dabei bei fast jeder Verletzung einer der in der Trinkwasserverordnung festgelegten rechtlichen Pflichten möglich. So ist beispielsweise nach § 25 Nr. 5 als Ordnungswidrigkeit anzusehen, wenn entgegen § 15 Abs. 3 Satz 1 TrinkwasserV das Untersuchungsergebnis nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig aufgezeichnet wird. Hinsichtlich Ordnungswidrigkeit muss nicht zwingend eine natürliche Person in Anspruch genommen werden. Nach Maßgabe des § 30 OWiG²³¹ können auch gegen juristische Personen²³² Geldbußen festgesetzt werden.²³³
- 139 Daneben sind in § 24 TrinkwasserV Straftatbestände enthalten. Danach wird nach § 75 Abs. 2 und 4 des IfSG bestraft, wer als Unternehmer oder als sonstiger Inhaber einer Wasserversorgungsanlage, worunter auch Trinkwasserinstallationen fallen, vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 4 Abs. 2 oder § 11 Abs. 7 Satz 2 TrinkwasserV Wasser als Trinkwasser abgibt oder anderen zur Verfügung stellt. Wie bereits oben erläutert normiert § 4 Abs. 2 TrinkwasserV, dass der Unternehmen und der sonstige Inhaber einer Wasserversorgungs-

230 Vgl. hierzu insbesondere DIN EN 806, DIN EN 1717 bzw. DIN EN 1988-100.

231 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung vom 19. Februar 1987 (BGBl. I, S. 602), zuletzt geändert durch Art. 11 Abs. 33 eIDAS-Durchführungsgesetz vom 18. Juli 2017 (BGBl. I, S. 2745).

232 Vgl. zur Definition des Begriffs juristische Person, Reuter, in: MüKo-BGB, Vorbemerkung, Rn. 14 ff.

233 Vgl. zu § 30 OWiG Gürtler, in: Göhler, OWiG, § 30 Rn. 1 ff.

anlage nur Wasser abgeben darf, das den mikrobiologischen Anforderungen nach § 5 Abs. 1–3 TrinkwasserV und den chemischen Anforderungen nach § 6 Abs. 1 und 2 TrinkwasserV oder den nach § 9 Abs. 5 und 6 TrinkwasserV geduldeten oder § 10 Abs. 1, 2, 5 und 6 TrinkwasserV zugelassenen Abweichungen von den in Anlage 2 festgelegten Grenzwerten entspricht. Mit anderen Worten: Gibt der Facility Manager – soweit er Inhaber einer Trinkwasserinstallation ist – fahrlässig Trinkwasser an Mieter ab, das beispielsweise nicht den chemischen Anforderungen der TrinkwasserV entspricht, kann er sich gemäß § 24 Abs. 1 TrinkwasserV strafbar machen. Insofern ist es relevant, welche natürliche Person in einem Unternehmen ggf. einen Straftatbestand erfüllt, da Unternehmen als solche nicht strafrechtlich belangt werden können²³⁴. Ist ein Facility Management-Unternehmen Inhaber einer entsprechenden Wasserversorgungsanlage liegt die umfassende Verantwortung hierfür als rechtlicher Ausgangspunkt zunächst bei der Geschäftsleitung. Über § 14 Abs. 2 StGB kann diese Verantwortung jedoch auf weitere Personen delegiert werden²³⁵; die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 StGB, insbesondere die Pflichtenübertragung durch wirksame Delegation sind in jedem Einzelfall konkret zu prüfen.

8.2.4.3 Abwasserbeseitigung

Die Abwasserentsorgung ist eine hoheitliche Kernaufgabe der Gemeinden, die im Gegensatz zur Wasserversorgung nicht an Privatunternehmen bzw. gemischtwirtschaftliche Unternehmen übertragen werden kann²³⁶.

140

a) Rechtliche Struktur und Kosten der Abwasserbeseitigung

Abwasser ist u.a. das durch häuslichen oder gewerblichen Gebrauch in seinen Eigenschaften geänderte Wasser (**Schmutzwasser**) oder das von Niederschlägen aus dem Bereich von bebauten oder befestigten Flächen gesammelt abfließende Wasser (**Niederschlagswasser**), vgl. § 54 Abs. 1 WHG. Als Schmutzwasser gelten auch die aus Anlagen zum Behandeln, Lagern und Ablagern von Abfällen austretenden und gesammelten Flüssigkeiten. Abwasserbeseitigung umfasst das Sammeln, Fortleiten, Behandeln, Einleiten, Versickern, Verregnen und Verrieseln von Abwasser sowie das Entwässern von Klärschlamm in Zusammenhang mit der Abwasserbeseitigung; zur Abwasserbeseitigung gehört auch die Beseitigung des in Kleinkläranlagen anfallenden Schlamms. Die Pflicht zur Abwasserbeseitigung trifft nach § 56 Satz 1 WHG diejenige juristische Person des Öffentlichen Rechts, die nach dem jeweiligen Landesrecht hierzu verpflichtet ist. In der Regel sind dies die jeweiligen Gemeinden für ihr Gemeindegebiet, vgl. etwa § 46 Abs. 1 Landeswassergesetz NRW²³⁷. Allerdings können die Gemeinden nach Maßgabe der jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften Aufgaben der Abwasserbeseitigung auf eine von ihr errichtete Anstalt des öffentlichen Rechts

141

234 Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. §§ 25 ff. StGB Rn. 119.

235 Vgl. zu § 14 Abs. 2 StGB Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 14 Rn. 27 ff.

236 Vgl. Ganske, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 56 Rn. 1 ff.

237 Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landeswassergesetz – LWG –) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Juni 1995 (GV. NRW. S. 926), zuletzt geändert durch Artikel 15 des Gesetzes zum Schutz der Natur in NRW und zur Änderung anderer Vorschriften vom 15. November 2016 (GV. NRW. S. 934).

übertragen. Die Übertragung ist der zuständigen Behörde dann in der Regel lediglich anzuzeigen. Benachbarte Gemeinden können Aufgaben der Abwasserbeseitigung auch einem gemeinsamen Kommunalunternehmen übertragen, vgl. für NRW § 52 LWG NRW.

- 142 Im Rahmen der Abwasserbeseitigung wird rechtlich zwischen der **Direkteinleitung** in ein natürliches Gewässer und der **Indirekteinleitung** in öffentliche Abwasseranlagen, insbesondere die öffentliche **Kanalisation**, unterschieden. Eine Direkteinleitung bedarf einer wasserrechtlichen Erlaubnis nach §§ 8, 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG; sie kommt nur in Betracht, wenn die Voraussetzungen der **Abwasserverordnung**²³⁸ eingehalten werden, einer Bundesverordnung, in der – unterschieden nach den in den Anhängen der Verordnung geregelten Herkunftsbereichen des Abwassers – sehr detailliert der Stand der Technik geregelt ist, der für Direkteinleitungen gilt; auch Parameter und Grenzwerte für die Direkteinleitung werden hier festgelegt. Auch für eine Indirekteinleitung kann eine wasserrechtliche Genehmigung erforderlich sein. Hier enthalten die jeweiligen Landeswassergesetze und teilweise aufgrund der Landeswassergesetze erlassene Indirekteinleiter-Verordnungen²³⁹ konkretisierende Vorschriften.
- 143 Im Rahmen der Indirekteinleitung erheben die Gemeinden regelmäßig auf Grundlage der jeweiligen Kommunalabgabengesetze in gemeindlichen Satzungen Gebühren für die Nutzung der öffentlichen Abwasseranlagen, um die Kosten der Abwasserbeseitigung entsprechend umzulegen²⁴⁰. Für Direkteinleitungen hingegen sind Abgaben nach Maßgabe des **Abwasserabgabengesetzes** (AbwAG)²⁴¹ zu entrichten, deren Höhe durch den Grad der Schädlichkeit des Abwassers bestimmt wird. Das AbwAG kann wiederum durch Abwasserabgaberegelungen der Länder ergänzt werden²⁴².

b) Handlungsspielraum des Facility Managers

- 144 In aller Regel wird der Facility Manager, der Wohn-, Verwaltungs- oder Gewerbeimmobilien bewirtschaftet, keine größeren Verhandlungsspielräume im Rahmen der Abwasserbeseitigung haben. Die Möglichkeit einer Direkteinleitung wird in der Regel nicht in Betracht kommen. Im öffentlichen Baurecht ist vorgeschrieben, dass Baugrundstücke erschlossen sein müssen. Erschließung im Sinne des Öffentlichen Baurechts meint dabei u.a.

238 Abwasserverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Juni 2004 (BGBl. I S. 1108, 2625), die zuletzt durch Artikel 121 des Gesetzes zum Abbau verzichtbarer Anordnungen der Schriftform im Verwaltungsrecht des Bundes vom 29. März 2017 (BGBl. I S. 626) geändert worden ist.

239 Vgl. bspw. § 5 der Indirekteinleiter-Verordnung Baden-Württemberg vom 19. April 1999 (GBl. S. 181; 01.07.2004 S. 469, 551; 25.04.2007 S. 252) die zuletzt durch Art. 12 Wasserrecht-Neuordnungsgesetz vom 3. Dezember 2013 (GBl. S. 389) geändert wurde.

240 Vgl. etwa für Düsseldorf § 65 LWG NRW, § 6 GO NRW, §§ 1, 4, 6 und 7 KAG NRW i.V.m. der Satzung über Gebühren über die Entwässerung von Grundstücken im Stadtgebiet von Düsseldorf.

241 Abwasserabgabengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Januar 2005 (BGBl. I S. 114), das zuletzt durch Artikel 2 Siebte Verordnung zur Änderung der Abwasserverordnung und des Abwasserabgabengesetzes vom 1. Juni 2016 (BGBl. I S. 1290) geändert worden ist.

242 Beispiel hierfür ist das Gesetz zur Ausführung des Abwasserabgabengesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen (AbwAG) vom 8. Juli 2016, GV.NRW. S. 559.

den Anschluss an die Abwasserkanalisation²⁴³. Nur in seltenen Ausnahmefällen kommen andere Abwasserentsorgungsmöglichkeiten in Betracht, beispielsweise Jauchegruben oder mobile Abwassercontainer. In entsprechenden gemeindlichen Satzungen ist neben der Gebührenpflicht und den Regelungen zur Entstehung und Beendigung sowie Fälligkeit der Gebühren auch geregelt, welche Gebührenmaßstäbe und Gebührensätze zugrunde gelegt werden. So beträgt bspw. nach § 2 Ziffer 1.1 der Satzung über die Gebühren für die Entwässerung der Grundstücke im Stadtgebiet Düsseldorf der Gebührensatz 1,52 Euro je Kubikmeter entnommener Wassermenge während des Veranlagungszeitraumes für die Schmutzwasserableitung. Der Gebührensatz in Düsseldorf für die Ableitung von Niederschlagswasser nach § 2 Ziffer 2.1 und 2.1 der Satzung unterscheidet sich hiervon und beträgt 0,98 Euro je Quadratmeter und Jahr; er bemisst sich an der bebauten und befestigten und an die öffentliche Abwasseranlage angeschlossenen Grundstücksfläche.

Die Gebühren werden mit Bescheid, also als Verwaltungsakt festgesetzt. Sie ruhen dabei in aller Regel, sobald durch Satzung festgesetzt, als öffentliche Last²⁴⁴ auf dem jeweiligen Grundstück. Ein Widerspruch gegen die Festsetzung der Gebühren hat gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung, das heißt, dass selbst wenn der Grundstückseigentümer oder Facility Manager die Festsetzung der Gebühren für rechtswidrig hält und hiergegen Widerspruch einlegt, er die Gebühr zunächst trotzdem zahlen muss, weil ansonsten die öffentliche Hand im Wege der Verwaltungsvollstreckung gegen ihn vorgehen könnte. In Ausnahmefällen kann es jedoch möglich sein, mit der entsprechend zuständigen Behörde eine Stundung zu verhandeln.

145

8.2.4.4 Umgang mit wassergefährdenden Stoffen

Gewässerschutz findet seinen rechtlichen Niederschlag zu einem maßgeblichen Teil in den Regelungen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen. Sinn und Zweck dieser Vorschriften ist es, zu verhindern, dass wassergefährdende Stoffe aus Anlagen auslaufen und in den oberirdischen Gewässern und dem Grundwasser zu Verunreinigungen führen. Eine Anlage zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen kann bspw. auch ein Heizöltank in einem Gebäude sein. Insofern sind die Regelungen über die Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen für den Facility Manager von wesentlicher Bedeutung. Sie beinhalten verschiedene öffentlich-rechtliche Verpflichtungen, die an den Inhaber der entsprechenden Anlagen gerichtet sind.

146

a) Rechtsgrundlagen

Mit Neufassung des Wasserhaushaltsgesetzes vom 31.03.2010 wurde auch der Abschnitt 3 Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (§ 62 und § 63 WHG) neu gefasst. Die Regelungen waren zuvor in den §§ 19 ff. WHG enthalten. Durch die Föderalismusreform unterliegt das Wasserrecht nicht mehr einer Rahmengesetzgebungskompetenz, sondern der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Am 01.08.2017 trat die seit vielen

147

243 Vgl. BVerwG, Urt. v. 28.10.1981 – 8 C 4.81; Brohm, Öffentliches Baurecht, § 19 Rn. 4.

244 Öffentliche Last bedeutet die Belastung eines Grundstücks mit Abgaben; unabhängig von den Eigentums- und Besitzverhältnissen ist das Grundstück mit diesen Abgaben belastet.

Jahren angestrebte bundeseinheitliche **Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen**²⁴⁵ (AwSV) in Kraft. Zu diesem Zeitpunkt trat die Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen vom 31.03.2010²⁴⁶ außer Kraft. Hauptgrund für diese bundeseinheitliche Regelung war, dass die konkretisierenden landesrechtlichen Vorschriften von Bundesland zu Bundesland zu teilweise sehr unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen geführt haben. Statt der bisherigen Regelung in Landesverordnungen soll das Anlagenrecht durch die AwSV vereinheitlicht werden. Das WHG 2010 schuf die Grundlage für konkretisierende Verordnungen und die AwSV konkretisiert nun die §§ 62, 63 WHG.

- 148** § 62 Abs. 1 Satz 1 WHG stellt klar, dass Anlagen zum Lagern, Abfüllen, Herstellen und Behandeln wassergefährdender Stoffe sowie Anlagen zum Verwenden wassergefährdender Stoffe im Bereich der gewerblichen Wirtschaft und im Bereich von öffentlichen Einrichtungen so beschaffen sein und so errichtet, unterhalten, betrieben und stillgelegt werden müssen, dass eine nachteilige Veränderung der Eigenschaften von Gewässern nicht zu besorgen ist. Das gleiche gilt nach § 62 Abs. 1 Satz 2 WHG für Rohrleitungsanlagen, die den Bereich eines Werksgeländes nicht überschreiten, Zubehör einer Anlage zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen sind oder Anlagen verbinden, die im engen räumlichen und betrieblichen Zusammenhang miteinander stehen. Über den Begriff der nachteiligen Veränderungen bestimmt § 62 Abs. 1 WHG ein Verschlechterungsverbot; der ebenfalls in der Vorschrift enthaltene Besorgnisgrundsatz hebt die Anforderungen auf ein hohes Niveau.²⁴⁷ Der § 62 Abs. 2 WHG stellt klar, dass diese Anlagen nur entsprechend den allgemeinen anerkannten Regeln der Technik beschaffen sein sowie errichtet und erhalten, betrieben und stillgelegt werden dürfen. Hierbei handelt es sich um den einzuhaltenden Mindeststandard²⁴⁸. Seit Inkrafttreten der AwSV findet die Konkretisierung dieses Mindeststandards über die Verordnungsermächtigung nach § 62 Abs. 4 WHG in Verbindung mit der AwSV statt; das BMUB kann technische Regeln einführen und im Bundesanzeiger veröffentlichen.

b) Wassergefährdende Stoffe: Begriffsbestimmung

- 149** Wassergefährdende Stoffe sind gemäß § 2 Abs. 2 der AwSV feste, flüssige und gasförmige Stoffe und Gemische, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen, und die nach Maßgabe von Kapitel 2 als wassergefährdend eingestuft sind oder als wassergefährdend gelten. Konkretisiert wird der Begriff derzeit noch in der allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum WHG über die Einstufung wassergefährdender Stoffe in Wassergefährdungsklassen

²⁴⁵ Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen vom 18.04.2017, BGBl. I, S. 905 ff.

²⁴⁶ Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen vom 31.03.2010, BGBl. I, S. 377 ff.

²⁴⁷ Vgl. Sanden, in: Giesberts/Reinhardt, WHG, § 62 Rn. 8.

²⁴⁸ Bislang haben zur Konkretisierung die oberste Wasserbehörde oder die oberste Baubehörde der jeweiligen Länder im Wege der amtlichen Bekanntmachung technische Regeln eingeführt, vgl. für NRW bspw. die TRwS 779-791; eine Übersicht ist abgedruckt bei Sanden, in: Giesberts/Reinhardt, WHG, § 62 Rn. 18.1.

vom 17.05.1999²⁴⁹ (VwVwS). Mit Inkrafttreten der AwSV gelten alle Stoffe, Stoffgruppen und Gemische, die am 01.08.2017 bereits durch die oder auf Grund der VwVwS eingestuft worden sind, als eingestuft im Sinne von Kapitel 2 der AwSV. Aufgrund des § 66 der AwSV und zur Wahrung eines effektiven Verwaltungshandelns plant das Umweltbundesamt bis spätestens zum 15.08.2017 eine konsolidierte Liste aller nach VwVwS eingestuften Stoffe im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Danach werden wassergefährdende Stoffe über ihre physikalischen, chemischen sowie human- und ökotoxikologischen Eigenschaften definiert und führen zur nachteiligen Veränderung der Wasserbeschaffenheit. Als Maßstab für ihre Wassergefährdung werden sie nach dem Bewertungsschema dieser Verwaltungsvorschrift über die Einstufung wassergefährdender Stoffe in drei **Wassergefährdungsklassen** (WGK) eingestuft: WGK 1 = schwach wassergefährdend (z.B. Essigsäure, Natronlauge, Alkohol oder Jod); WGK 2 = wasser gefährdend (z.B. Heizöl, Formaldehyd, Natrium, Hypochlorid); WGK 3 = stark wassergefährdend (z.B. Altöl, chlorierte Kohlenwasserstoffe, Benzol).

Diese Einstufung bildet die Grundlage für abgestufte Sicherheitsanforderungen an die Anlagen und muss auf Grundlage der AwSV vom Betreiber der Anlage vorgenommen werden, sofern ein wassergefährdender Stoff noch nicht eingestuft ist²⁵⁰.

c) Genehmigungsvorbehalt

Anlagen zum Lagern, Abfüllen oder Umschlagen wassergefährdender Stoffe dürfen nur errichtet und betrieben werden, wenn ihre Eignung von der zuständigen Behörde festgestellt worden ist, vgl. § 63 Abs. 1 Satz 1 WHG. Die **Eignungsfeststellung** ist somit ein wasserrechtlicher Genehmigungstatbestand für die Errichtung und den Betrieb von AwSV-Anlagen. Sie kann jedoch durch die in § 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1–4 WHG normierten Spezialtatbestände verdrängt werden. Hiernach sind zunächst Anlagen, Anlagenteile oder technische Schutzvorkehrungen, die nach den Vorschriften des Bauproduktengesetzes in Verkehr gebracht werden dürfen und ein CE-Kennzeichen tragen, von der Erforderlichkeit einer Eignungsfeststellung befreit²⁵¹. Ferner entfällt eine Eignungsfeststellung nach § 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WHG, wenn nach den bauordnungsrechtlichen Vorschriften über die Verwendung von Bauprodukten, Bauarten oder Bausätzen auch die Einhaltung der wasserrechtlichen Anforderungen sichergestellt wird (Bauartzulassung). Darüber hinaus entfällt die Eignungsfeststellung für Anlagen, die nach immissionsschutzrechtlichen Vorschriften unter Berücksichtigung der wasserrechtlichen Anforderungen der Bauart nach zugelassen sind oder einer Bauartzulassung bedürfen oder für die eine Genehmigung nach baurechtlichen Vorschriften erteilt worden ist, sofern bei Erteilung der Genehmigung die wasserrechtlichen Anforderungen zu berücksichtigen sind, vgl. § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 und 4 WHG. Gerade die Verzahnung mit dem Baugenehmigungsrecht ist für den Facility Manager von Relevanz. Genehmigt die Baugenehmigungsbehörde auch die entspre-

150

²⁴⁹ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum WHG über die Einstufung wassergefährdender Stoffe in Wassergefährdungsklassen vom 17.05.1999 zuletzt geändert durch allgemeine Verwaltungsvorschriften vom 27.07.2005, BAnz. Nr. 142a vom 30.07.2005.

²⁵⁰ Vgl. hierzu Sanden, in: Giesberts/Reinhardt, WHG, § 62 Rn. 21 ff.

²⁵¹ Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass sich die Pflicht zur CE-Kennzeichnung ab dem 01.07.2013 nach der neuen EU-Bauprodukten-Verordnung (VO (EU) 305/2011) richtet.

chenden AwSV-Anlagen im Rahmen der Baugenehmigung und bezieht sie die zuständige untere Wasserbehörde in das Genehmigungsverfahren mit ein, so ist ein Entfallen einer Eignungsfeststellung zu unterstellen²⁵².

- 151** Sowohl die Errichtung als auch der Betrieb einer AwSV-Anlagen ohne Eignungsfeststellung bzw. Eingreifen einer der Ausnahmetatbestände nach §§ 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1–4 WHG erfüllt den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit i.S.d. § 103 Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 WGH und kann pro Fall mit einer Geldbuße bis zu 50.000,00 Euro geahndet werden. Darüber hinaus muss sich der Betreiber im Klaren darüber sein, dass er, wenn er die derzeit noch durch die VAWS der Länder vorgegebenen Prüfungspflichten nicht gesetzeskonform erfüllt, eine Straftat begehen kann. Treten im Falle eines Unfalls wassergefährdende Flüssigkeiten in den Boden und das Grundwasser ein und wäre dies mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert worden, wenn die vorgeschriebenen Prüfungen vorgenommen worden wären, kommt eine zumindest fahrlässig begangene Boden- und Grundwasserveränderung durch Unterlassen nach §§ 324 Abs. 1 und 3, 324a Abs. 1 und 3, 13 StGB in Betracht.

d) Pflichten im Betrieb

- 152** Zunächst ist festzuhalten, dass die „Anlage“ nach der AwSV nicht mit der „Anlage“ nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) verwechselt werden darf. Die Anlagenbegriffe sind nicht identisch. Der Anlagenbegriff der AwSV ist weitergehend als derjenige des BImSchG. Er bezieht sich auf selbständige und ortsfeste oder ortsfest benutzte „Einheiten“, in denen wassergefährdende Stoffe gelagert, abgefüllt, umgeschlagen, hergestellt, behandelt oder im Bereich der gewerblichen Wirtschaft oder im Bereich öffentlicher Einrichtungen verwendet werden, sowie auf Rohrleitungsanlagen nach § 62 Abs. 1 S. 2 WHG. Betreiber solcher „Einheiten“ müssen gemäß § 17 der AwSV ihre Anlagen so errichten und betreiben, dass

- wassergefährdende Stoffe nicht austreten können,
- Undichtheiten aller Anlagenteile, die mit wassergefährdenden Stoffen in Berührung stehen, schnell und zuverlässig erkennbar sind,
- austretende wassergefährdende Stoffe schnell und zuverlässig erkannt sowie ordnungsgemäß entsorgt werden,
- Anlagen flüssigkeitsundurchlässig und standsicher sind,
- unterirdische Behälter immer doppelwandig sind und
- bei Stilllegung alle wassergefährdenden Stoffe entfernt werden.²⁵³

Ferner gelten spezifische allgemeine Anforderungen an die Rückhaltung wassergefährdender Stoffe, an die Entwässerung, an die Rückhaltung bei Brandereignissen, an die Rückhaltung bei Rohrleitungen, bei der Nutzung von Abwasseranlagen als Auffangvorrichtung, an das Befüllen und Entleeren und bei Betriebsstörungen (§§ 18–24).

Besondere Anforderungen gelten für die Rückhaltung bei bestimmten Anlagen, z.B. Anlagen zum Lagern, Abfüllen, Herstellen, Behandeln oder Verwenden fester wasserge-

²⁵² Sanden, in: Giesberts/Reinhardt, WHG, § 63 Rn. 22.

²⁵³ BR-Drs. 144/16, S. 148 f.

fährdender Stoffe, Anlagen zum Lagern und Abfüllen fester Stoffe, denen flüssige wassergefährdende Stoffe anhaften, Umschlagflächen für wassergefährdende Stoffe, Fass- und Gebindelager, Abfüllflächen von Heizölverbraucheranlagen, Erdwärmesonden und -kollektoren, Solarkollektoren, Kälteanlagen und Biogasanlagen mit Gärsubstraten aus der Landwirtschaft (§§ 25–28, 31–32, 35, 37).

Abhängig von ihren Gefährdungsstufen gelten für Anlagen bestimmte Anforderungen wie das Überwachen beim Befüllen und Entleeren (§ 23), Pflichten bei Betriebsstörungen und Instandsetzungskonzept (§ 24), eine Pflicht der Zuordnung in eine Gefährdungsstufe (§ 39), eine Anzeigepflicht (§ 40), Ausnahmen vom Erfordernis der Eignungsfeststellung (§ 41), eine Anlagendokumentation (§ 43), eine Betriebsanweisung (§ 44), eine Fachbetriebspflicht (§ 45), Überwachungs- und Prüfpflichten (§ 46) und eine Mängelbeseitigungspflicht (§ 48).

Betreiber müssen ihre Anlagen grundsätzlich selbst einer Gefährdungsstufe zuordnen. Lediglich Anlagen zum Umgang mit allgemein wassergefährdenden Stoffen nach § 3 Abs. 2 werden keiner Gefährdungsstufe zugeordnet.

Laut dem Erfordernis der Eignungsfeststellung nach § 63 Abs. 1 WHG dürfen Anlagen zum Lagern, Abfüllen oder Umschlagen wassergefährdender Stoffe nur errichtet und betrieben werden, wenn ihre Eignung von der zuständigen Behörde festgestellt worden ist. Eine Eignungsfeststellung kann auch für Anlagenteile oder technische Schutzvorkehrungen erteilt werden. Neben § 63 Abs. 2 und 3 WHG normiert § 41 weitere Ausnahmen von diesem Erfordernis.

Jeder Anlagenbetreiber muss gemäß § 43 Abs. 1 über eine Anlagendokumentation verfügen, in der die wesentlichen Informationen über die Anlage enthalten sind. Hierzu zählen insbesondere Angaben zum Aufbau und zur Abgrenzung der Anlage, zu den eingesetzten Stoffen, zur Bauart und zu den Werkstoffen der einzelnen Anlagenteile, zu Sicherheitseinrichtungen und Schutzvorkehrungen, zur Löschwasserrückhaltung und zur Standsicherheit. Nach § 43 Abs. 2 hat der Betreiber, sofern die Anlage nach § 46 Abs. 2 oder 3 prüfpflichtig ist, zusätzlich die Unterlagen bereitzuhalten, die für die Prüfung der Anlage und für die Durchführung fachbetriebspflichtiger Tätigkeiten erforderlich sind. Diese Unterlagen hat der Betreiber nach Abs. 3 der zuständigen Behörde, Sachverständigen vor Prüfungen und Fachbetrieben nach § 62 jeweils auf Verlangen vorzulegen.²⁵⁴

Es ist insbesondere aufgrund besonders strenger Anforderungen zu prüfen, ob eine Anlage in Schutz- oder Überschwemmungsgebieten nach §§ 49, 50 liegt. Spezifische Anforderungen sind neben den Bestimmungen für Schutzgebiete (§ 49) für Anlagen in Überschwemmungsgebieten (§ 50) vorgesehen. Die AwSV regelt, dass alle Anlagen in Überschwemmungsgebieten so errichtet und betrieben werden müssen, dass wassergefährdende Stoffe selbst bei Hochwasser nicht abgeschwemmt oder freigesetzt werden (§ 50 Abs. 1).²⁵⁵

Der Betreiber muss die Dichtheit der Anlage und die Funktionsfähigkeit der Sicherheitseinrichtungen regelmäßig kontrollieren (§ 46 Abs. 1). Eine Reihe weiterer Prüfungen nach der AwSV dürfen nur von Sachverständigen vorgenommen werden. Im Ergebnis dieser Prüfungen muss der Sachverständige die Anlage als mängelfrei oder als Anlage mit gerin-

254 BR-Drs. 144/16, S. 168 f.

255 BR-Drs. 144/16, S. 176.

gen, erheblichen oder gefährlichen Mängeln einstufen (§ 47 Abs. 2). Er hat die zuständige Behörde über die Ergebnisse zu unterrichten (§ 47 Abs. 3).

8.2.5 Immissionsschutz

- 154 Im Immissionsschutzrecht ist zwischen genehmigungsbedürftigen und nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen zu unterscheiden. Die Anlagen, die einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht unterliegen, sind abschließend im Anhang zur 4. BImSchV²⁵⁶ aufgelistet. Die speziellen Vorschriften über genehmigungsbedürftige Anlagen nach den §§ 4 ff. BImSchG sind nicht Teil der folgenden kurzen Ausführungen zum Immissionsschutzrecht²⁵⁷.
- 155 Die wesentlichen Begriffsdefinitionen gelten indes auch für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen, vgl. bspw. die Definitionen der Begriffe schädliche Umwelteinwirkungen, Immissionen, Emissionen, Anlagen oder Stand der Technik in § 3 BImSchG. Hinsichtlich der Konkretisierung dieser Begriffe, insbesondere des Begriffs der **schädlichen Umwelteinwirkungen** nach § 3 Abs. 1 BImSchG kann in der Regel auf das untergesetzliche Regelwerk zum BImSchG zurückgegriffen werden. So ist bspw. eine **Baustelle** eine nicht genehmigungsbedürftige Anlage, da die Voraussetzungen des Anlagenbegriffs nach § 3 Abs. 5 BImSchG vorliegen und Baustellen nicht in der 4. BImSchV genannt werden. Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BImSchG hat der Betreiber einer solchen nicht genehmigungsbedürftigen Anlage diese so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, und dass nach dem Stand der Technik unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmaß beschränkt werden. Was unter einer schädlichen Umwelteinwirkung hinsichtlich einer Baustelle zu verstehen ist, kann bspw. für **Geräuschbelastungen**, die Immissionen im Sinne des § 3 Abs. 2 BImSchG darstellen, unter Rückgriff auf die **AVV Baulärm**²⁵⁸ ermittelt werden.²⁵⁹ Auch wenn die Bauordnungen der Länder spezielle Vorschriften zum Einrichten und Betreiben von Baustellen enthalten²⁶⁰, folgt die Konkretisierung der zulässigen Lärmimmissionen aus der AVV Baulärm, also dem materiellen Immissionsschutzrecht. Weitere Konkretisierungen des Begriffs schädliche Umweltein-

256 Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen) in der Fassung der Bekanntmachung vom 02. Mai 2013 (BGBl. I S. 973), die zuletzt durch Artikel 1 der VO zur Änderung der VO über genehmigungsbedürftige Anlagen und zur Änd. Der VO über Emissionserklärungen v. 09.01.2017 (BGBl. I S. 42) geändert worden ist.

257 Für eine umfassende Darstellung der §§ 4 ff. BImSchG vgl. Jarass, BImSchG.

258 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Schutz gegen Baulärm – Geräuschimmissionen – vom 19. August 1970 (Beil. zum BAnz. Nr. 160).

259 Vgl. zur Geltung der AVV Baulärm BVerwG, Beschl. v. 10.07.2012, 7 A 24.11.

260 Vgl. bspw. § 14 BauO NRW.

wirkungen folgen bspw. aus der TA Lärm²⁶¹, der 18. BImSchV²⁶² oder der Geruchs-Immissionsrichtlinie (GIRL).

Daneben werden auch durch verschiedene Verordnungen zum Bundesimmissionsschutzgesetz weiterführende Anforderungen an nicht genehmigungsbedürftige Anlagen festgelegt. Von besonderer Relevanz ist diesbezüglich im Gebäudebereich die Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen (1. BImSchV)²⁶³ und die Verordnung über elektromagnetische Felder (26. BImSchV)²⁶⁴.

156

8.2.5.1 1. BImSchV

Die 1. BImSchV gilt für die Errichtung, die Beschaffenheit und den Betrieb von **Feuerungsanlagen**, die keiner Genehmigung nach § 4 BImSchG bedürfen. Feuerungsanlagen sind nach § 2 Nr. 5 der 1. BImSchV Anlagen, bei der durch Verfeuerung von Brennstoffen Wärme erzeugt wird. Aufgrund dieser denkbar weiten Definition fallen deutschlandweit viele Millionen Anlagen unter den Geltungsbereich der 1. BImSchV. Mit der Verordnung soll ein wesentlicher Beitrag zur Reduzierung der Feinstaubemissionen aus solchen Kleinf Feuerungsanlagen erreicht werden, die üblicherweise im häuslichen Bereich eingesetzt werden. Hierfür wurden bereits mit der Novellierung der 1. BImSchV im Jahr 2010 strengere Emissionsgrenzwerte eingeführt. Daneben sollen Sanierungsregelungen für bestehende Anlagen zur Zielerreichung beitragen. Da gerade kleine und mittlere **Festbrennstofffeuerungsanlagen** der Haushalte und Kleinverbraucher eine bedeutende Quelle für besonders gesundheitsgefährdende Stoffe wie Feinstaub und polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe und insbesondere Altanlagen hierbei für die hohe Feinstaubbelastung verantwortlich sind, ist die Verordnung ein wichtiger Teil des Umwelt- und Gesundheitsschutzes.

157

In der 1. BImSchV wird sodann hinsichtlich der konkreten Anforderungen zwischen Feuerungsanlagen für feste Brennstoffe (§§ 4 und 5) und Öl- und Gasfeuerungsanlagen (§§ 6 bis 11) unterschieden. Bei Feuerungsanlagen für feste Brennstoffe gilt nach § 4 Abs. 1 der 1. BImSchV, dass diese nur betrieben werden dürfen, wenn sie sich in einem ordnungsgemäßen technischen Zustand befinden. Hierbei wird wiederum zwischen unterschiedliche Arten von Feuerungsanlagen unterschieden. **Einzelraumfeuerungsanlagen** – Kamin- und Kachelöfen, Grundöfen, Herde etc. – müssen nun je nach Datum der Errichtung der Anlage besondere Voraussetzungen erfüllen. Die Verordnung enthält Emissionsgrenzwerte für ab dem 22.03.2010 errichtete Einzelraumfeuerungsanlagen; bei einer Errichtung der Anlage nach dem 22.03.2010 gelten die Grenzwerte der Stufe 1 nach § 5 Abs. 1 der 1. BImSchV, bei einer Errichtung der Anlage nach dem 31.12.2014 gelten die Grenzwerte der Stufe 2.

158

261 Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm) vom 26. August 1998 (GMBI Nr. 26/1998 S. 503).

262 Sportanlagenlärmschutzverordnung vom 18. Juli 1991 (BGBl. I S. 1588, 1790), die durch Artikel 2 der Zweiten Änderungsverordnung vom 1. Juni 2017 (BGBl. I S. 1468) geändert worden ist.

263 Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen vom 26. Januar 2010 (BGBl. I S. 38) geändert durch Art. 77 Zehnte ZuständigkeitsanpassungsVO v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474).

264 Verordnung über elektromagnetische Felder in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.12.2013 (BGBl. I S. 3266, ber. 3942).

Bereits vor dem 22. März 2010 errichtete Einzelraumfeuerungsanlagen dürfen nach § 26 Abs. 1 der 1. BImSchV nur dann weiterbetrieben werden, wenn ein Nachweis über die Einhaltung der Grenzwerte von $0,15 \text{ g/m}^3$ Staub und 4 g/m^3 CO erbracht wird. Konnte der Nachweis bis einschließlich 31. Dezember 2013 nicht erbracht werden, bestehen abhängig vom Errichtungszeitpunkt ebenfalls Sanierungsfristen zwischen 2015 und 2025. Nach Ablauf der Frist ist die Anlage mit einem Filter nachzurüsten oder außer Betrieb zu nehmen.

- 159 Für Öl- und Gasfeuerungsanlagen, die ab dem 22.03.2010 errichtet wurden, richten sich die Anforderungen an Errichtung und Betrieb nach den §§ 6 -11; besondere Anforderungen sind hier für Öl- und Gasfeuerungsanlagen mit einer Feuerwärmeleistung von 10 Megawatt bis 20 Megawatt vorgesehen, vgl. § 11 der 1. BImSchV. Die Überwachungsintervalle, bei denen vom Schornsteinfeger die Einhaltung der Betreiberpflichten überprüft wird, hängen von der Art der Feuerungsanlage ab. Bei Einzelraumfeuerungsanlagen findet die Überprüfung gemäß § 15 Abs. 2 der 1. BImSchV im Zusammenhang mit der regelmäßigen Feuerstättenschau durch den Bezirksschornsteinfegermeister statt. Bei anderen Feuerungsanlagen, namentlich Öl- oder Gasfeuerungsanlagen, die eine Nennwärmeleistung von mindestens 4 Kilowatt aufbringen, hängt das Prüfungsintervall vom Alter der Anlage ab. Nach § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 der 1. BImSchV müssen Anlagen, die älter als zwölf Jahre sind, grundsätzlich alle zwei Jahre und Anlagen, die jünger als 12 Jahre sind, grundsätzlich alle drei Jahre geprüft werden. Für die Überwachung von Öl- und Gasfeuerungsanlagen mit einer **Feuerwärmeleistung** von 10 Megawatt bis 20 Megawatt gelten nach § 18 der 1. BImSchV wiederum besondere Anforderungen.

Abschließend ist neben den Übergangsregelungen nach § 25 und 26 auf den Ordnungswidrigkeitenkatalog des § 24 der 1. BImSchV hinzuweisen.

- 160 Die Neuordnung des Rechts der Schornsteinfeger führt in der Praxis gelegentlich zu Problemen, da die Öffnung von **Schornsteinfegerleistungen** für den Wettbewerb die Zuständigkeiten der beliebigen Bezirksschornsteinfegermeister stark eingeschränkt hat. Nachfolgend wird der Ablauf einer Prüfung von Feuerstätten, inkl. Zweitbescheid, aus Sicht des Gebäudeeigentümers am Beispiel einer Berliner Liegenschaft skizziert:
- (1.) Der Eigentümer der jeweiligen Liegenschaft ist verpflichtet, fristgerecht die Reinigung und Überprüfung von kehr- und prüfungspflichtigen Anlagen sowie die vorgeschriebenen Schornsteinfegerarbeiten zu veranlassen, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 SchfHwG. Welche Anlagen grundsätzlich kehr- und prüfpflichtig sind ergibt sich aus der Kehr- und Überprüfungsordnung (KÜO) sowie der 1. BImSchV.
 - (2.) Die konkret durchzuführenden Tätigkeiten an den kehr- und prüfpflichtigen Anlagen und Fristen werden im Feuerstättenbescheid festgesetzt. Der bevollmächtigte Bezirksschornsteinfegermeister erstellt diesen als durch das Bezirksamt (BA) Bezieher für jede Liegenschaft auf Grundlage einer von ihm durchgeführten Feuerstättenschau, vgl. § 14 SchfHwG. In Ausnahmefällen wird der Feuerstättenbescheid auf Grundlage der Daten des vom bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegermeister elektronisch zu führenden Kkehrbuchs erstellt, vgl. § 17 Abs. 3 und § 19 SchfHwG.
 - (3.) Der Feuerstättenbescheid ergeht gegenüber dem Eigentümer. Der Eigentümer hat dafür Sorge zu tragen, dass die dort aufgelisteten Arbeiten fristgerecht durchgeführt werden.

- (4.) Für die Durchführung der im Feuerstättenbescheid festgesetzten Arbeiten kann der Eigentümer einen vom Bezirksschornsteinfegermeister personenverschiedenen Schornsteinfeger als AN beauftragen. Die ordnungsrechtliche Verantwortung der tatsächlichen, fristgerechten und ordnungsgemäßen Durchführung der Arbeiten verbleibt beim Eigentümer. Hingegen können Verkehrssicherungs- und Sorgfaltspflichten vertraglich auf den AN übertragen werden. Ein wirksame vertragliche Übertragung der Verkehrssicherungs- und Sorgfaltspflichten auf den AN setzt dessen sorgfältige Auswahl und wiederkehrende Überwachung voraus. Insbesondere muss der AN die Voraussetzungen nach § 2 Abs. 1 SchfHwG erfüllen (Eintragung des Betriebs in die Handwerksrolle etc.).
- (5.) Der AN (Schornsteinfeger) hat die Arbeiten fristgerecht durchzuführen und die Durchführung über Formblätter (Anlage 1 KÜO) nachzuweisen; diese hat er wahrheitsgemäß und vollständig auszufüllen, vgl. § 4 Abs. 1 und 2 SchfHwG. Der AN übermittelt die ordnungsgemäß ausgefüllten Formblätter fristgerecht - d.h., spätestens 14 Tage nach dem Tag, an dem die Arbeiten spätestens durchzuführen waren - dem bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegermeister im Auftrag des Eigentümers, vgl. § 4 Abs. 3 SchfHwG.
- (6.) Bemerkt der AN (Schornsteinfeger) bei der Durchführung der Arbeiten Mängel an denkehr- und überwachungspflichtigen Anlagen hat er diese im Formblatt zu vermerken. Die Behebung der Mängel ist dem bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegermeister innerhalb von 6 Wochen nachzuweisen, vgl. konkret § 5 SchfHwG.
- (7.) Wird die Durchführung der im Feuerstättenbescheid festgesetzten Arbeiten nicht fristgerecht nachgewiesen, meldet der bevollmächtigte Bezirksschornsteinfegermeister dies dem zuständigen Bezirksamt, vgl. § 25 Abs. 1 SchfHwG.
- (8.) Sind die Arbeiten tatsächlich nicht fristgerecht durchgeführt worden, erfüllt der Eigentümer hiermit den objektiven Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 SchfHwG; fraglich ist, ob er auch schuldhaft gehandelt hat (bspw. aufgrund eines Organisationsverschuldens). Ob ein Owi-Verfahren tatsächlich eingeleitet wird, steht im Ermessen des zuständigen Bezirksamtes.
- (9.) Unabhängig von der Einleitung eines Owi-Verfahrens setzt das zuständige BA (nicht der bevollmächtigte Bezirksschornsteinfegermeister) bei Nicht- oder Schlechtdurchführung einiger oder aller Arbeiten in einen sog. Zweitbescheid gegenüber dem Eigentümer fest, welche Arbeiten innerhalb welchen Zeitraums (erneut) zu veranlassen sind, vgl. § 25 Abs. 2 SchfHwG. Für den Fall der nicht fristgerechten ‚Nacherfüllung‘ droht das BA dem Eigentümer die kostenpflichtige Ersatzvornahme an. Der Zweitbescheid wird dem Eigentümer förmlich zugestellt (in der Regel mit Postzustellungsurkunde – PZU).
- (10.) Der Zweitbescheid ist dem AN durch den Eigentümer unverzüglich und nachweislich zu übermitteln. Der AN ist nachdrücklich dazu aufzufordern, die geforderten Arbeiten unverzüglich, in jedem Fall aber fristgerecht durchzuführen und über die Formblätter nachzuweisen.

Erfolgt kein fristgerechter Nachweis über die ordnungsgemäße Durchführung der im Zweitbescheid festgesetzten Arbeiten wird die angedrohte Ersatzvornahme als Zwangsmittel festgesetzt. Diese Festsetzung der Ersatzvornahme wird dem Eigentümer förmlich zugestellt (PZU) und schließlich im Wege der Verwaltungsvollstreckung kostenpflichtig durchgeführt.

8.2.5.2 Verordnung über elektromagnetische Felder – 26. BImSchV

- 161 Die 26. BImSchV gilt u.a. für die Errichtung und den Betrieb von Hoch- und Niederfrequenzanlagen, die keiner immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 4 BImSchG bedürfen. Sie enthält Anforderungen zum Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft vor schädlichen Umwelteinwirkungen und zur Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen durch elektromagnetische Felder, vgl. § 1 Satz 2 der 26. BImSchV. Schon hierdurch wird deutlich, dass es sich bei der 26. BImSchV um einen Regelungsbereich handelt, der häufig zu nachbarrechtlichen Streitigkeiten führen kann. Die Begriffe Hochfrequenzanlage und Niederfrequenzanlage sind in § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 der 26. BImSchV legal definiert. **Hochfrequenzanlagen** sind danach ortsfeste Sendefunkanlagen mit einer Sendeleistung von 10 Watt EIRP²⁶⁵ oder mehr, die elektromagnetische Felder im Frequenzbereich von 10 Megahertz bis 300.000 Megahertz erzeugen. **Niederfrequenzanlagen** sind u.a. bestimmte Freileitungen und Erdkabel, Bahnstromfern- und Bahnstromoberleitungen sowie Elektroomspannanlagen.
- 162 In den §§ 2 und 3 sind die Anforderungen zur Gefahrenabwehr an Hochfrequenzanlagen (§ 2) und Niederfrequenzanlagen (§ 3) enthalten. So sind bspw. Hochfrequenzanlagen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen so zu errichten und zu betreiben, dass in ihrem Einwirkungsbereich in Gebäuden oder auf Grundstücken, die zum nicht nur vorübergehenden Aufenthalt von Menschen bestimmt sind, bei höchster betrieblicher Anlagenauslastung und unter Berücksichtigung von Immissionen durch andere ortsfeste Sendefunkanlagen die im Anhang 1 zur 26. BImSchV bestimmten Grenzwerte der elektrischen und magnetischen Feldstärke für den jeweiligen Frequenzbereich nicht überschritten werden und bei gepulsten elektromagnetischen Feldern zusätzlich der Spitzenwert für die elektrische und die magnetische Feldstärke das 32fache der Werte des Anhangs 1 nicht überschreitet. Für Niederfrequenzanlagen bestehen neben den Anforderungen nach § 3 zusätzlich Vorsorgeanforderungen nach § 4 der 26. BImSchV bei der Errichtung oder wesentlichen Änderung solcher Anlagen in der Nähe von Wohnungen, Krankenhäusern, Schulen, Kindergärten, Kinderhorten, Spielplätzen oder ähnlichen Einrichtungen.
- 163 Die Anforderungen der 26. BImSchV richten sich an den Betreiber²⁶⁶ der jeweiligen Anlage. Auch der Facility Manager kommt somit als Betreiber von Hochfrequenz- und Niederfrequenzanlagen in Betracht. Nach Maßgabe des § 7 der 26. BImSchV müssen die jeweiligen Betreiber vor der Inbetriebnahme oder wesentlichen Änderung der jeweiligen Anlage Anzeigepflichten gegenüber der zuständigen Behörde erfüllen. In § 8 der 26. BImSchV ist die einzelfallbezogene Zulassung von Ausnahmen von den Anforderungen der §§ 2, 3

265 EIRP steht für „äquivalente isotrope Strahlungsleistung“.

266 Vgl. zum Betreiberbegriff oben unter II. 3. c) aa) (2).

und 4 angelegt. Verstößt der Betreiber vorsätzlich oder fahrlässig gegen die Anforderungen nach § 2, § 3 Satz 1 oder § 4 bzw. erstattet er entgegen § 7 Abs. 1 oder 2 Satz 1 der 26. BImSchV eine Anzeige nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig, handelt er ordnungswidrig im Sinne des § 62 Abs. 1 Nr. 7 BImSchG. Nach § 62 Abs. 3 BImSchG kann eine Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 mit einer Geldbuße bis zu 50.000,- EUR geahndet werden.

8.3 Öffentliches Baurecht

Unter den Oberbegriff Öffentliches Baurecht fallen das **Bauplanungsrecht** und das **Bauordnungsrecht**. Das Bauplanungsrecht regelt das Einfügen eines Vorhabens in seine Umgebung, also das (flächenbezogene) Städtebaurecht, und stellt so die rechtliche Qualität des Bodens und seiner Nutzbarkeit z.B. durch Aufstellen von Bebauungsplänen innerhalb der Bauleitplanung sicher. Das Bauordnungsrecht regelt die Ausführung eines konkreten Vorhabens auf dem Grundstück und will von diesem ausgehende Gefahren abwehren; es ist somit als Sonderordnungsrecht zu qualifizieren²⁶⁷. 164

8.3.1 Bauplanungsrecht

Wichtigste Rechtsgrundlage des Bauplanungsrechts ist das Baugesetzbuch des Bundes (BauGB)²⁶⁸ sowie die Baunutzungsverordnung (BauNVO)²⁶⁹. Die Bauleitplanung umfasst Verfahren zur Aufstellung von Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen²⁷⁰. Für den Facility Manager ist im Rahmen des Bauplanungsrechts insbesondere von Bedeutung, welche Art der baulichen Nutzung des von ihm zu bewirtschaften Gebäudes oder Gebäudekomplexes bauplanungsrechtlich zulässig ist. Nur, wenn er dies weiß, kann er beurteilen, ob etwa zukünftige Nutzungsänderungen oder Erweiterungen zulässig sind oder nicht. Zudem kann gerade die Bauleitplanung wesentlichen Einfluss auf die Perpetuierung oder Auflösung sog. Gemengelage haben, in denen miteinander grundsätzlich in Konflikt stehende Nutzungen, typischerweise Wohn- und Gewerbenutzungen²⁷¹, miteinander in Einklang zu bringen sind. Im Auge haben sollte er insoweit auch Entwicklungen innerhalb des Baugebietes, die zu einem sog. Kippen des Baugebietscharakters bspw. von einem Misch- 165

²⁶⁷ Gelzer/Birk, Bauplanungsrecht, S. 3, Rn. 7.

²⁶⁸ Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 2004 (BGBl. I S. 2414), das zuletzt durch Artikel 2 Abs. 3 des Gesetzes zur Modernisierung des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808) geändert worden ist.

²⁶⁹ Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (BauNVO) vom 26.06.1962 in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 1990 (BGBl. I S. 132), die durch Artikel 2 der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt vom 4. Mai 2017 (BGBl. I S. 1057) geändert worden ist.

²⁷⁰ Vgl. zu den rechtlichen Voraussetzungen der Bauleitplanung Battis, in: ders./Krautzberger/Löhr, BauGB, § 2 BauGB Rn. 1 ff.

²⁷¹ Vgl. hierzu Fickert/Fieseler, BauNVO, § 15 Rn. 23.13.

gebiet zu einem allgemeinen Wohngebiet führen können, bspw. wenn er für ein Objekt verantwortlich ist, dass gewerblich genutzt wird. Denn das Kippen des Gebiets kann zur Funktionslosigkeit²⁷² des Bebauungsplans mit der Folge führen, dass bspw. die strengen Immissionswerte der TA Lärm gelten. Gebietsfestsetzungen in Bebauungsplänen haben dabei drittschützende Wirkung zugunsten derjenigen, die Eigentümer von Grundstücken im Plangebiet sind²⁷³.

8.3.2 Bauordnungsrecht

- 166 Wichtigste Rechtsgrundlage des Bauordnungsrechts sind die Bauordnungen der Länder²⁷⁴. In Deutschland existieren 16 verschiedene Bauordnungen. Da sich die Länder bei Erlass der Bauordnungen jedoch an der jeweiligen **Musterbauordnung** (MBO)²⁷⁵ orientieren, sind die Regelungen in vielen Bereichen, wenn nicht identisch, so doch vergleichbar. Unterschiede im Detail sind jedoch möglich und kommen immer wieder vor. Der materielle Teil des Bauordnungsrechts dient der Gefahrenabwehr, bspw. dem **Brandschutz** oder der **Standicherheit** von Gebäuden. Der formelle Teil des Bauordnungsrechts besteht insbesondere aus Vorschriften über das Baugenehmigungsverfahren und bauordnungsrechtlichen Eingriffsermächtigungen²⁷⁶.

8.3.2.1 Baugenehmigungen und Baugenehmigungsverfahren

- 167 Grundsätzlich bedarf die Errichtung, Änderung und der Abbruch einer baulichen Anlage der Genehmigung, vgl. bspw. § 59 Abs. 1 BauO Berlin. Mit der Baugenehmigung wird dem Bauherrn ein Recht zum Bauen erteilt, es besteht jedoch keine Pflicht, von diesem Recht Gebrauch zu machen. Zu beachten ist jedoch, dass in den jeweiligen Bauordnungen Vorschriften enthalten sind, nach denen die Baugenehmigung erlischt, wenn nicht innerhalb von drei Jahren nach ihrer Erteilung mit der Bauausführung begonnen oder die Bauausführung ein Jahr unterbrochen worden ist²⁷⁷. Baut der Bauherr jedoch, ergibt sich aus einer Baugenehmigung die mit Auflagen erteilt wurde, die Pflicht der Baugenehmigung entsprechend zu bauen. Nach endgültigem Abschluss der Bauarbeiten trifft die Pflicht zur Beseitigung von Abweichungen zwischen der genehmigten und der tatsächlichen Bauausführung nicht mehr den Bauherrn, sondern in erster Linie den Eigentümer

272 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 22. Juli 2010 – 4 B 22/10.

273 BVerwG, Beschl. v. 18.12.2007 – 4 B 55/07.

274 Vgl. bspw. die Bauordnung für Berlin (BauO Bln) vom 29. September 2005 (GVBl. S. 495), zuletzt geändert durch das dritte Gesetz zur Änderung der Bauordnung für Berlin vom 17. Juni 2016 (GVBl. S. 361, in Kraft getreten am 1. Januar 2017).

275 Fassung November 2002, zuletzt geändert durch Beschluss der Bauministerkonferenz vom Mai 2016.

276 Schwemer, Öffentliches Baurecht, Rn. 3.

277 Vgl. bspw. § 73 BauO Berlin; zu den Fristverlängerungsmöglichkeiten vgl. Absatz 2 und Knuth, in: Wilke/Dageförde/ders./Meyer/Broy-Bülou, § 72 BauO Berlin Rn. 12 ff.

als Zustandsstörer²⁷⁸; dieser kann jedoch mit dem Bauherrn identisch sein. Als dinglicher Verwaltungsakt haftet die Baugenehmigung am Grundstück; bei einem Verkauf des Grundstücks mit Eigentümerwechsel, erlischt die Baugenehmigung daher nicht, sondern geht auf den neuen Eigentümer über.

Rechtssystematisch ist das Erfordernis einer Baugenehmigung der in den Bauordnungen geregelte Grundsatz. Hiervon gibt es jedoch zahlreiche Ausnahmen, so dass dieser Grundsatz in der Praxis häufig nicht zur Anwendung kommt. Unterschieden wird zwischen dem herkömmlichen Baugenehmigungsverfahren, dem vereinfachten Baugenehmigungsverfahren, verfahrensfreien Vorhaben und der Genehmigungsfreistellung; darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass zwar das Erfordernis der Erteilung einer Baugenehmigung besteht, diese aber in einer anderen Genehmigung enthalten ist. So umfasst bspw. die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach §§ 4, 6 BImSchG auch die Baugenehmigung, vgl. § 13 BImSchG²⁷⁹.

Die Freistellung von der Genehmigungsbedürftigkeit entbindet den Bauherrn jedoch nicht von der Pflicht, das materielle Bauplanungs- und Bauordnungsrecht einzuhalten²⁸⁰. Würde daher durch die Durchführung eines genehmigungsfreien Vorhabens, bspw. bei einem Umbau, gegen materielles Bauordnungsrecht, etwa Bestimmungen des Brandschutzes, verstoßen, muss diese Abweichung vom materiellen Bauordnungsrecht behördlich genehmigt werden²⁸¹.

8.3.2.2 Bestandsschutz

Die Vorschriften des Bauordnungs- aber auch des Bauplanungsrechts sind sog. Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Die verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentumsfreiheit besteht also nicht uneingeschränkt, sondern wird durch einfachgesetzliche Inhalts- und Schrankenbestimmungen näher ausgestaltet und konkretisiert. Das Wesen des Bestandsschutzes liegt darin, dass eine einmal rechtmäßige Nutzung auch für die Zukunft eigentumskräftig geschützt ist. Bestandsschutz ist dabei nicht personengebunden, sondern gilt auch zu Gunsten des Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolgers²⁸². Der Facility Manager muss zur vertragsgemäßen Erfüllung seiner Pflichten über umfangreiche Kenntnisse im Bereich des Spannungsfeldes zwischen Bestandsschutz und zwingend einzuhaltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften, bspw. bestimmten Anforderungen des Brandschutzes im Bauordnungsrecht, verfügen. Denn ein möglicher Entfall des Bestandsschutzes kann im Einzelfall erhebliche Auswirkungen auf Investitionsentscheidungen des Eigentümers haben. Der Bestandsschutz wird gängiger Weise in aktiven und passiven Bestandsschutz unterteilt.

278 Heintz, in: Gädtke/Temme/ders./Czepuck, BauO NRW 12. Aufl., Rn. 30b zu § 61 BauO.

279 Vgl. zur sog. formellen Konzentrationswirkung Jarass, BImSchG, § 13 BImSchG, Rn. 1 ff.

280 Heintz, in: Gädtke/Temme/ders./Czepuck, BauO NRW, § 65 Rn. 185.

281 Vgl. bspw. § 73 BauO NRW zu Abweichungsbescheiden.

282 BVerwG, NJW 1977, S. 1932 f.

a) Aktiver Bestandsschutz

- 171 Der aktive Bestandschutz betrifft die Frage, ob und ggf. in welchem Umfang der Eigentümer berechtigt ist, die zur Erhaltung und zeitgemäßen Nutzung des Bauwerks notwendigen baulichen Maßnahmen oder Nutzungsänderungen durchzuführen²⁸³. Aktiver Bestandschutz folgt nicht unmittelbar aus Art. 14 GG, sondern ist nur auf Grund einfachgesetzlicher Regelungen möglich. Eine der wenigen Vorschriften, die einen aktiven Bestandsschutz regeln, ist bspw. § 35 Abs. 4 Nr. 5 BauGB, wonach unter bestimmten Voraussetzungen Wohngebäude im Außenbereich erweitert werden können²⁸⁴. Die Vorschriften der Landesbauordnungen sind hingegen als verhältnismäßige Eingriffe im Sinne von Inhalts- und Schrankenbestimmungen nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG anzusehen. Sich möglicherweise ergebende Unbilligkeiten können im Einzelfall über Ausnahmenvorschriften, etwa nach § 73 BauO NRW, abgefedert werden²⁸⁵.

b) Passiver Bestandsschutz

- 172 Nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG wird hingegen der passive Bestandschutz aus Art. 14 Abs. 1 GG hergeleitet und findet seine Rechtfertigung in der verfassungsrechtlich gebotenen Sicherung des durch die Eigentumsausübung Geschaffenen. Der Bestandschutz verhindert, dass eine rechtmäßig errichtete bauliche Anlage rechtswidrig wird, auch wenn das öffentliche Recht sich später ändert und die bestehende Anlage nunmehr dem geänderten Recht widerspricht²⁸⁶. Passiver Bestandsschutz ist auch dann gegeben, wenn eine formell rechtswidrig errichtete bauliche Anlage, die zwar zum Zeitpunkt ihrer Errichtung nicht mit dem zu diesem Zeitpunkt geltenden materiellen Recht übereinstimmt, jedoch nach Errichtung über einen längeren Zeitraum hinweg materiell rechtmäßig ist. Zudem liegt durch Art. 14 Abs. 1 GG bewirkter passiver Bestandschutz dann vor, wenn der Bestand zu irgendeinem Zeitpunkt genehmigt und somit zumindest formell legalisiert wurde oder jedenfalls genehmigungsfähig gewesen ist²⁸⁷. Auch wenn also durch eine Baugenehmigung ein materiell baurechtswidriger Zustand legalisiert wird, reicht diese formelle Legalität aus, um passiven Bestandsschutz des von Anfang an materiell baurechtswidrigen Gebäudes zu vermitteln.
- 173 Der Bestandsschutz lässt ein Anpassungsverlangen, also eine Durchbrechung des Bestandsschutzes, regelmäßig nur unter besonderen Voraussetzungen zu, vgl. bspw. § 87 Abs. 1 BauO NRW aus Gründen der Erforderlichkeit für die Sicherheit von Leben und Gesundheit²⁸⁸. Vom passiven Bestandsschutz sind inhaltlich auch alle genehmigungs-

283 Vgl. allgemein zum aktiven Bestandsschutz Johlen, in: Gädtke/Czepuck/ders./Plietz/Wenzel, BauO NRW 12. Aufl., Rn. 119 ff. zu § 75.

284 Vgl. zum konkreten Gehalt der Regelungen nach § 35 BauGB Krautzberger, in: Battis/ders./Löhr, BauGB, § 35 BauGB.

285 Nach § 73 BauO NRW können für baugenehmigungsfreie Vorhaben Abweichungen von bauordnungsrechtlichen Vorschriften zugelassen werden; vergleichbare Vorschriften enthalten alle Bauordnungen.

286 BVerwGE 47, 126 (128); BGH, Urt. v. 20.09.1984, – III ZR 58/83 –.

287 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 24.07.2000, NVwZ 2001, S. 424.

288 Vgl. zu den Voraussetzungen des § 87 BauO NRW Wenzel, in: Gädtke/Czepuck/Johlen/Plietz/Wenzel, BauO NRW 12. Aufl.

freien baulichen Maßnahmen umfasst, vgl. den umfangreichen Katalog der §§ 65 und 66 BauO NRW. Faktisch kann daher eine bestandsgeschützte bauliche Anlage, ohne dass ein Erfordernis zur Einholung von Baugenehmigungen besteht, auf Dauer erhalten und bis zu einem gewissen Grad den jeweiligen Bedürfnissen der Nutzer angepasst werden. Daher sind Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen in der Regel vom Bestandsschutz umfasst²⁸⁹. Eine inhaltliche Grenze findet der passive Bestandsschutz jedoch in Fällen, in denen bauordnungsrechtliche Abweichungsgenehmigungen erforderlich werden, etwa nach § 73 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BauO NRW. Die eigentumsrechtlichen Positionen des Antragstellers sind dann im Rahmen des § 73 Abs. 1 BauO NRW bei der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens durch die zuständige Bauaufsichtsbehörde zu berücksichtigen.

c) Entfall des Bestandsschutzes

In verschiedenen Konstellationen kann der Bestandsschutz nachträglich entfallen, etwa wenn die bauliche Anlage beseitigt wird oder wenn es zu einer Nutzungsunterbrechung über einen längeren Zeitraum kommt. Auch wesentliche Änderungen einer baulichen Anlage können zum Wegfall des Bestandsschutzes führen; in jedem Fall lassen Änderungen den Bestandsschutz entfallen, wenn sie derart erheblich sind, dass die geänderte Anlage nicht mehr mit der alten, bestandsgeschützten Anlage identisch ist, was jeweils im Einzelfall zu bestimmen ist. In manchen Rechtsvorschriften ist definiert, in welchen Fällen Änderungen vorliegen, die den baurechtlichen Bestandsschutz entfallen lassen. Ein Beispiel hierfür sind bspw. die Anforderungen nach § 9 Energieeinsparverordnung (EnEV) in Verbindung mit Anlage 3 Nrn. 1 bis 7. Wird bspw. aufgrund eines Brandes der Dachstuhl eines Gebäudes beschädigt, stellt sich regelmäßig die Frage, nach welchem Standard das Dach wieder zu errichten ist. Von praktischer Bedeutung ist dies insbesondere, wenn entsprechende Gebäudeversicherungen keine Neuwertklausel enthalten. Auf Bestandsschutz kann sich der Gebäudeeigentümer und Versicherungsnehmer in diesen Fällen nicht berufen, vielmehr ist die Errichtung den Vorschriften der EnEV entsprechend durchzuführen.

Die Vorschriften der EnEV sind als materielles Bauordnungsrecht zu qualifizieren. Sie stellen energetische Anforderungen an die zu errichtende Bausubstanz auf²⁹⁰ und konkretisieren die in den jeweiligen Landesbauordnungen angelegten Bestimmungen zum Wärmeschutz²⁹¹. Die in der EnEV festgesetzten materiellen Anforderungen an die Gesamtenergieeffizienz etc. sind vom Bauherrn zwingend zu beachten²⁹². Es handelt sich um so genannte materielle Polizeipflichten, die aus sich heraus zu befolgen sind.

8.3.2.3 Anforderungen an Sonderbauten

Sonderbauten erfahren innerhalb der Bauordnung eine spezielle Beachtung, weil sie ein erhöhtes Gefahrenpotential aufweisen. Die Gefahr besteht z.B. in der Art der Anlage,

²⁸⁹ Vgl. aber zu den Grenzen des Bestandsschutzes bei Instandsetzungsarbeiten VGH Mannheim, Beschl. v. 11.05.2011 – 8 S 93/11 –.

²⁹⁰ Vgl. Rauch, in: Dirk, Energieeinsparverordnung, 5. Aufl. 2010, S. 70.

²⁹¹ Vgl. etwa § 18 BauO NRW, hierzu Johlen, in: Gädtke/Czepuck/ders./Plietz/Wenzel, BauO NRW 12. Aufl., Rn. 3 ff. zu § 18.

²⁹² Vgl. Rauch a.a.O., S. 73.

wenn diese von besonderer Höhe oder Ausdehnung ist (z.B. Hochhäuser)²⁹³ oder wenn sie von zahlreichen Personen aufgesucht wird (z.B. Einkaufszentren)²⁹⁴. Insbesondere der Brandschutz verdient hier besonderes Augenmerk, da bspw. im Ernstfall eine Vielzahl von Menschen in kürzester Zeit geeignete Fluchtwege vorfinden muss. Die verfahrenssteuernde Funktion von Sonderbauten besteht darin, dass ein solches Vorhaben prinzipiell genehmigungsbedürftig ist und dem vollen bauordnungsrechtlichen Prüfprogramm unterzogen wird. Sonderbauten sind bspw. auch (Hoch-)Schulen, Freizeit- und Vergnügungsparks, Krankenhäuser, Heime, Kindertagesstätten etc. In den Regelungen der Bauordnungen, die auf bauliche Anlagen, die zu Wohnzwecken genutzt werden zugeschnitten sind, finden sich jedoch keine detaillierten Anforderungen an Sonderbauten. In den Bauordnungen wird vielmehr nur begrifflich festgelegt, was überhaupt ein Sonderbau ist. Aus diesem Grund wurden in den Ländern sog. **Sonderbauordnungen**²⁹⁵ erlassen, welche wiederum spezifische Anforderungen an den Bau und Betrieb dieser Anlagen festlegen. Die Sonderbauverordnungen NRW²⁹⁶ bspw. unterteilt bei der Festlegung spezieller Anforderungen bspw. in Versammlungsstätten (§§ 1–46), Beherbergungsstätten (§§ 47–59), Verkaufsstätten (§§ 60–91), Hochhäuser (§§ 92–120), Garagen (§§ 121–142) und Betriebsräume für elektrische Anlagen (§§ 143–149). Diese Vorschriften hat der Facility Manager, je nachdem ob und wenn ja, was für einen Sonderbau er bewirtschaftet, zu kennen und zu beachten.

8.3.2.4 Brandschutzrecht

- 177 Nach § 14 der Musterbauordnung (MBO) sind bauliche Anlagen so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und instand zu halten, dass der Entstehung eines Brandes und der Ausbreitung von Feuer und Rauch (Brandausbreitung) vorgebeugt wird und bei einem Brand die Rettung von Menschen und Tieren sowie wirksame Löscharbeiten möglich sind.²⁹⁷ Damit werden die allgemeinen Anforderungen, die an den Brandschutz zu stellen sind, festgelegt. Dem obersten Ziel entsprechend – dem Vorbeugen einer Brandentstehung und Brandausbreitung – sind weitere zahlreiche Konkretisierungen des Brandschutzes in den Bauordnungen zu finden. Es werden unter anderem Anforderungen an das Brandverhalten von Baustoffen²⁹⁸, an die technische Gebäudeausrüstung (z.B. Feuerlöscher, Rauchmelder, Löschwasseranlagen)²⁹⁹, an die Leitungs- und Lüftungsanlagen³⁰⁰ sowie an Installationsschächte und -kanäle³⁰¹ gestellt. Darüber hinaus bestehen bei Sonderbauten zusätzliche Anforderungen an den Brandschutz. So sind insbesondere bei diesen Anlagen

293 Vgl. § 2 Abs. 4 Nr. 1, 2, 3 BauO Bln.

294 Vgl. § 2 Abs. 4 Nr. 4, 5, 6 BauO Bln.

295 Vgl. bspw. die nordrhein-westfälische Verordnung über Bau und Betrieb von Sonderbauten (Sonderbauverordnung – SBauVO) vom 2. Dezember 2016, GV. NRW. 2017 S. 2.

296 Vgl. vorhergehende Fußnote.

297 Insofern wortgleich auch etwa § 14 BauO Bln.

298 Vgl. bspw. § 26 BauO Bln.

299 Vgl. bspw. § 51 S. 3 BauO Bln.

300 Vgl. bspw. §§ 40 und 41 BauO Bln.

301 Vgl. bspw. § 40 Abs. 3 BauO Bln.

wiederkehrende Prüfungen des Brandschutzes, sog. **Brandschauen** bzw. **Gefahrenverhütungsschauen**, durchzuführen³⁰². Die Bauaufsichtsbehörde prüft hierbei in bestimmten Zeitabständen unter Beteiligung der Brandschutzdienststellen bestimmte bauliche Anlagen, die aufgrund ihrer Art, ihrer Nutzung, ihrer Lage oder ihres Zustandes im Schadensfall insbesondere eine Gefährdung für eine größere Anzahl von Personen hervorrufen können. Zusätzlich haben viele Länder Verordnungen³⁰³ erlassen, welche die spezielle Vorgehensweise einer solchen Prüfung näher festlegen.

In weiteren landesrechtlichen Verordnungen finden sich spezielle Prüfvorschriften im Hinblick auf den Anlagenbezogenen Brandschutz, bspw. Brandmeldeanlagen. So schreibt bspw. § 2 Abs. 2 Betriebs-Verordnung Berlin³⁰⁴ vor, dass durch Prüfsachverständige bestimmte technische Anlagen – bspw. Lüftungsanlagen, CO-Warnanlagen, Rauchabzugsanlagen, Druckbelüftungsanlagen, Feuerlöschanlagen, Brandmelde- und Alarmierungsanlagen und Sicherheitsstromversorgungen – auf ihre Wirksamkeit und Betriebssicherheit einschließlich ihres bestimmungsgemäßen Zusammenwirkens (Wirk-Prinzip-Prüfung) geprüft werden müssen.

Weitere detaillierte Ausführungen sind in Kapitel 13 „Brandschutz“ enthalten.

8.3.2.5 Bauordnungsverfügungen

Die nach dem jeweiligen Landesrecht zuständigen Bauaufsichtsbehörden können in bestimmten Situationen im Wege des Erlasses einer **Bauordnungsverfügung** gegen den Eigentümer eines Gebäudes vorgehen. Typische Bauordnungsverfügungen sind die Stilllegung eines Bauvorhabens (**Baueinstellung**), die Anordnung der **Instandsetzung** eines Gebäudes, die **Nutzungsuntersagung** und die Anordnung des **Abbruchs** (**Baubeseitigungsanordnung**). Die entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen sind in den jeweiligen Landesbauordnungen enthalten. Teilweise sind für die einzelnen Eingriffsbefugnisse separate Ermächtigungsgrundlagen vorhanden, teilweise ist auf die jeweilige bauordnungsrechtliche Generalermächtigung zurückzugreifen. So bestimmt bspw. die Generalermächtigung des § 61 Abs. 1 S. 1 u. 2 BauO NRW, dass die Bauaufsichtsbehörden bei der Errichtung, der Änderung, dem Abbruch, der Nutzungsänderung sowie der Instandhaltung baulicher Anlagen sowie anderer Anlagen und Einrichtungen darüber zu wachen haben, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften und die auf Grund dieser Vorschriften erlassenen Anordnungen eingehalten werden. Sie haben dabei in Wahrnehmung dieser Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

178

302 Vgl. bspw. sog. Gefahrenverhütungsschau nach § 15 HBKG, Hessisches Gesetz über den Brandschutz, die Allgemeine Hilfe und den Katastrophenschutz (HBKG) in der Fassung vom 14. Januar 2014, GVBl. I, S. 26 ff.

303 Vgl. die brandenburgische Verordnung über die Organisation und Durchführung der Brandverhütungsschauen (Brandverhütungsschauverordnung – BrSchV) vom 12. Dezember 2014 (GVBl. II, [Nr. 83], geändert aufgrund § 49 Abs. 1 des Brandenburgischen Brand- und Katastrophenschutzgesetzes vom 24. Mai 2004 (GVBl. I S. 197).

304 Verordnung über den Betrieb von baulichen Anlagen (Betriebs-Verordnung - BetrVO) vom 10.10.2007, GVBl. Berlin 2007, 516.

a) Voraussetzungen

- 179 Voraussetzungen der meisten Bauordnungsverfügungen sind die formelle und materielle Illegalität des Bauwerkes bzw. seiner Nutzung. **Materielle Illegalität** ist gegeben, wenn das Gebäude nicht den öffentlich-rechtlichen Anforderungen entsprechend errichtet wurde. Der typische Fall der **formellen Illegalität** ist derjenige des sog. Schwarzbaus, also der Errichtung oder Nutzung eines genehmigungsbedürftigen Gebäudes ohne Baugenehmigung. Dem steht der Fall gleich, dass durch die Bauausführung von den Vorgaben der Baugenehmigung nicht nur unwesentlich abgewichen wird³⁰⁵. Auch bei anzeigepflichtigen Bauvorhaben kann formelle Illegalität gegeben sein, etwa wenn mit dem Vorhaben begonnen wird, bevor bestimmte, zwingend einzuhaltende Verfahrensfristen abgelaufen sind³⁰⁶. Aufgrund der Schwere der möglichen behördlichen Eingriffe in Eigentumsrechte des Adressaten ist beim Erlass von Bauordnungsverfügungen der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit besonderes Gewicht beizumessen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt u.a., dass kein milderes Mittel vorhanden ist, das den angestrebten Zweck ebenso effektiv erreicht (sog. Kriterium der Erforderlichkeit). So darf etwa die Sperrung eines gesamten Gebäudes zur Vornahme notwendiger Arbeiten nicht angeordnet werden, wenn auch die teilweise Sperrung des Gebäudes ausreichend ist, um die Arbeiten ohne Gefährdung der Nutzer des Gebäudes durchzuführen.

b) Adressat

- 180 Eine Bauordnungsverfügung richtet sich an den bauordnungsrechtlich Verantwortlichen. Dies ist hinsichtlich der Errichtung von Gebäuden in aller Regel der Bauherr, wobei der Begriff des Bauherrn in den meisten Bauordnungen nicht legal definiert wird. Allgemeine Meinung ist jedoch, dass Bauherr derjenige ist, der den Bau veranlasst hat, bspw. durch Stellung eines Bauantrags. Die Verantwortlichkeit des Bauherrn geht nach Abschluss der Bauphase jedoch in aller Regel auf den Zustandsstörer über. Zustandsstörer ist zunächst der Eigentümer einer Sache, also auch der Eigentümer eines Gebäudes. Neben dem Eigentümer kommt als Zustandsstörer auch der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über die die Gefahr verursachende Sache in Betracht. Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist derjenige, der die Sache tatsächlich in Besitz oder Gewahrsam hat und damit die von der Sache ausgehenden Gefahren selbst beherrschen kann. Typischerweise ist daher auch der Mieter Zustandsstörer hinsichtlich des von ihm angemieteten und genutzten Gebäudes. Unter besonderen Voraussetzungen kann hier auch der Facility Manager als Zustandsstörer in Betracht zu ziehen sein, wenn die ihm vertraglich übertragenen Pflichten denen eines Mieters vergleichbar sind, was im Einzelfall zu entscheiden ist. Häufiger wird der Facility Manager jedoch aufgrund seiner zivilrechtlichen Verpflichtungen für den Eigentümer zur Gefahrenabwehr tätig. Ob die zuständige Bauaufsichtsbehörde den Eigentümer oder Mieter zur Gefahrenabwehr heranzieht, ist eine Frage ihres pflichtgemäß auszuübenden Auswahlermessens³⁰⁷. Ist ein zeitlich unmittelbares Vorgehen gegen den Inhaber der tat-

305 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 11.07.1977 und Urt. v. 13.02.1987; s.a. Heintz, in: Gädtke/Temme/ders./Czepuck, BauO NRW 12. Aufl., Rn. 49 zu § 61.

306 Vgl. bspw. die Monatsfrist des § 67 Abs. 2 Satz 2 BauO NRW, wonach erst einen Monat nach Eingang der Bauvorlagen mit dem Vorhaben begonnen werden darf.

307 Vgl. oben unter Rdn. 25.

sächlichen Gewalt nicht erforderlich, hat die Bauaufsichtsbehörde vorrangig den Eigentümer in Anspruch zu nehmen. In diesen Fällen ist regelmäßig gleichzeitig eine Verfügung hinsichtlich der Duldung der durchzuführenden Maßnahmen (sog. Duldungsverfügung) gegen den Mieter oder Pächter als Inhaber der tatsächlichen Gewalt erforderlich.

c) Abwehr von Bauordnungsverfügungen

Erght eine Bauordnungsverfügung kann der Adressat hiergegen innerhalb eines Monats Widerspruch einlegen. Zu beachten ist dabei, dass in verschiedenen Bundesländern derzeit keine Möglichkeit besteht, ein vorgeschaltetes Widerspruchsverfahren durchzuführen, in dem die Recht- und Zweckmäßigkeit der Verfügung überprüft wird³⁰⁸. Bei Einlegung eines fristgerechten Widerspruchs oder einer fristgerechten Klage wird die Bauordnungsverfügung nicht bestandskräftig und kann somit auch nicht behördlich vollstreckt werden. Anders ist dies, wenn die Bauaufsichtsbehörde den sofortigen Vollzug der Bauordnungsverfügung unter den Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO anordnet³⁰⁹. Abhängig von der konkreten Gefahrenlage ist mit einer solchen Anordnung des sofortigen Vollzugs zu rechnen, da diese die Durchführung entsprechender Gegenmaßnahmen regelmäßig beschleunigt. Werden bspw. Brandschutzmängel dann vom Adressaten der Bauordnungsverfügung nicht innerhalb einer behördlich gesetzten Frist beseitigt, kann die Bauaufsichtsbehörde im Wege der Verwaltungsvollstreckung die mit der Bauordnungsverfügung angeordneten Maßnahmen gegen den Adressaten durchsetzen³¹⁰.

181

8.3.3 Baunebenrecht

Typischerweise beinhaltet die Erteilung der Baugenehmigung nicht die umfassende Feststellung der Vereinbarkeit des Vorhabens einschließlich der ihm zugedachten Nutzung mit allen öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Die Baugenehmigung setzt daher gerade keinen **Schlusspunkt** unter die Zulässigkeit eines Bauvorhabens³¹¹. Ziel und Zweck ist die Stärkung der Eigenverantwortung des Bauherrn. Die Prüfung und Beurteilung des sog. Baunebenrechts ist daher grundsätzlich nicht durch die Baugenehmigung umfasst. Dies bedeutet, dass das jeweilige Gebäude für die vorgesehene und ausgeübte Nutzung alle erforderlichen Zulassungen und Genehmigungen erhalten bzw. alle einschlägigen Rechtsvorschriften eingehalten werden müssen. Zum Baunebenrecht gehören bspw. die gesetzlichen Anforderungen des Denkmalschutzrechts, des Lebensmittelsicherheitsrechts³¹², des Arbeitsstättenrechts oder des Baumschutzrechts³¹³.

182

308 Vgl. bspw. § 6 Abs. 1 Satz 1 AGVwGO NRW.

309 Vgl. hierzu oben unter Rdn. 27.

310 Vgl. zu den Voraussetzungen der Verwaltungsvollstreckung oben unter Rdn. 27 ff.

311 Dies ist freilich umstritten bzw. von Bundesland zu Bundesland leicht divergierend geregelt, vgl. etwa Johlen, in: Gädtke/Czepuk/ders./Plietz/Wenzel, § 75 BauO NRW Rn. 81 ff.

312 Vgl. hierzu insbesondere die VO (EU) 852/2004 und VO (EU) 854/2004.

313 Vgl. für eine Übersicht über das Baunebenrecht und seine Bedeutung bspw. den Leitfaden zum Baunebenrecht der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung Berlin (Stand: 24.07.2017).

- 183 Insbesondere den Vorschriften des **Denkmalschutzrechts** kommt im Einzelnen erhebliche finanzielle Bedeutung zu, da der Eigentümer eines Denkmals nach den Vorschriften der Landesdenkmalschutzgesetze grundsätzlich zur Erhaltung des Denkmals verpflichtet ist, vgl. etwa §§ 8 und 9 DSchG Berlin³¹⁴; dies kann auch für sog. Bodendenkmäler gelten. Die Denkmalfähigkeit und Denkmalwürdigkeit einzelner Anlagen ist zwar teilweise offensichtlich, teilweise erschließt sie sich nicht bauhistorisch gebildeten Bürgern jedoch nicht ohne Weiteres. Darüber hinaus wird auch die unmittelbare Umgebung eines **Denkmals** geschützt, soweit sie für dessen Erscheinungsbild von prägender Bedeutung ist, vgl. bspw. § 10 DSchG Berlin. Die Vorschriften über den Schutz der unmittelbaren Umgebung eines Denkmals vermitteln dem Eigentümer eines Denkmals drittschützende Rechte, d.h., dass der Eigentümer eines Denkmals z.B. gegen benachbarte Bauvorhaben vorgehen kann, wenn diese dazu geeignet sind, die Eigenart und das Erscheinungsbild „seines“ Denkmals wesentlich zu beeinträchtigen³¹⁵.
- 184 Die Veränderung des Erscheinungsbildes eines Denkmals, seine vollständige oder teilweise Beseitigung sowie seine Instandsetzung und Wiederherstellung bedarf in aller Regel der Genehmigung durch die zuständigen Denkmalschutzbehörden. Beschränkt werden die denkmalschutzrechtlichen Pflichten des Eigentümers, eines sonstigen Verfügungsberechtigten oder – gerade bei Veränderungen der unmittelbaren Umgebung eines Denkmals – des Veranlassers, also bspw. des Bauherrn der benachbarten Baumaßnahme, durch ein Kriterium der wirtschaftlichen Zumutbarkeit, bei deren Bestimmung es sich regelmäßig um eine Einzelfallentscheidung handelt.

8.3.4 Gefahrstoffrecht

- 185 Das **Gefahrstoffrecht** enthält Regelungen, die einerseits dem Umweltrecht, andererseits dem Arbeitsschutzrecht zuzuordnen sind, vgl. zum Gefahrstoffrecht auch Kapitel 3 Rdn. 48 ff. und zum Arbeitsschutzrecht Kapitel ...; ihm kommt jedoch auch bei baulichen Maßnahmen, wie etwa bei Sanierungen oder Rückbaumaßnahmen erhebliche finanzielle Bedeutung zu.
- 186 Wesentliche Rechtsgrundlage zum Umgang mit Gefahrstoffen ist die Gefahrstoff-Verordnung (GefStoffV)³¹⁶, die auf Grundlage des Chemikaliengesetzes (ChemG)³¹⁷ erlassen wurde. Die Pflichten der GefStoffV wenden sich nicht an den Bauherrn, sondern primär an den Arbeitgeber; dieser wird in aller Regel nicht mit dem Bauherrn identisch sein. Adressat ist daher das beauftragte, vor Ort tätige Bauunternehmen. Der Bauherr hat aber auf

314 Gesetz zum Schutz von Denkmalen in Berlin vom 24.04.1995, GVBl. 274, das zuletzt durch Art. 12 des Wohnungsbaubeschleunigungsgesetzes vom 4.Februar2016, GVBl., S. 26 ff. geändert wurde.

315 BVerwG Urt. v. 21.04.2009 – BVerwG 4 C 3.08.

316 Verordnung zum Schutz vor Gefahrstoffen (GefStoffV) vom 26.11.2010 (BGBl. I S. 1643).

317 Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen (ChemG) in der Fassung und Bekanntmachung vom 28.08.2013 (BGBl. I S. 3498), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes zur epidemiologischen Überwachung übertragbarer Krankheiten vom 17.07.2017 (BGBl. I S. 2615).

Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Informationen zu überprüfen, ob gefahrstoffhaltige Baustoffe in dem Gebäude vorhanden sind. Diese Pflicht wird vom Bauherrn in der Regel auf seinen Architekten vertraglich übertragen.

In der GefStoffV sind vor allem Grundpflichten und grundlegende Schutzmaßnahmen normiert; konkretisiert werden diese Grundpflichten und Anforderungen an Schutzmaßnahmen durch untergesetzliches Regelwerk, insbesondere durch die Technische Regeln für Gefahrstoffe (TRGS). Erarbeitet werden TRGS von einem fachkundigen Gremium auf Grundlage des § 20 GefStoffV, dem Ausschuss für Gefahrstoffe (AGS). Sie sind grundsätzlich auch **allgemein anerkannte Regeln der Technik**. Eine für den Baubereich besonders relevante Technische Regel ist die TRGS 519 „Asbest Abbruch-, Sanierungs- und Instandhaltungsarbeiten“. Die TRGS 519 regelt neben speziellen Anforderungen für verschiedene Asbestproduktarten etwa auch, welche organisatorischen und sicherheitstechnischen Maßnahmen vom Arbeitsgeber zu treffen oder welche Anforderungen an die persönliche Schutzausrüstung zu stellen sind. 187

Sobald gefahrstoffhaltige Baustoffe ausgebaut werden, werden sie rechtlich zu Abfall im Sinne des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG). In der Regel wird es sich um gefährliche Abfälle im Sinne der Abfallverzeichnisverordnung (AVV) handeln, die im Rahmen der Entsorgung besonderen Anforderungen unterliegen. Gefährliche Abfälle sind nach den Vorschriften der Nachweisverordnung (NachwV) über einen hierfür zugelassenen Entsorgungsweg zu entsorgen, wobei auch hier zahlreiche rechtliche Anforderungen einzuhalten sind, vgl. oben Rdn. 83 ff. 188

Daneben bestehen beim Umgang mit Gefahrstoffen bei Sanierungs- oder Abbruchvorhaben eine Reihe weiterer rechtlicher Risiken. Genannt seien die gängigen zivilvertraglichen und gesetzlichen Ansprüche, bspw. wenn Mitarbeiter oder Dritte, bspw. die Mieter einer Immobilie, aufgrund der Nichtbeachtung von Verkehrssicherungspflichten zu Schaden kommen. 189

Literatur

Bader/Ronellenfitsch: Beck'scher Onlinekommentar zum VwVfG, 35. Edition, 01.04.2017

Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle: Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2001

Beaucamp: Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht 2002

Becker: Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht 2005

Beckmann/Durner/Mann/Rückingshausen: Landmann/Rohmer, Umweltrecht 82. EL 2017

Brohm: Öffentliches Baurecht 4. Aufl. 2007

Brüning: Die Benutzungsverhältnisse an kommunalen öffentlichen Einrichtungen unter Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen, LKV 2000, 54 ff.

Calliess/Ruffert: EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016

Dolde: Umweltrecht im Wandel 2001

Enders: Die Verantwortlichkeit von Abfallerzeugern und Abfallbesitzern, AbfallR 2008, 56 ff.

- Engelhardt/App:* Verwaltungsvollstreckungsgesetz und Verwaltungszustellungsgesetz, 11. Aufl. 2017
- Erbguth:* Konsequenzen der neuen Rechtsentwicklung im Zeichen nachhaltiger Raumentwicklung, DVBl. 1999, 1082 ff.
- Erbs/Kohlhaas:* Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. I (213. EL) 2017
- Eyermann:* Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl. 2014
- Fickert/Fieseler:* Baunutzungsverordnung, 12. Aufl. 2014
- Gelzer/Birk:* Bauplanungsrecht, 5. Aufl. 1991
- Grabitz/Hilf/Nettesheim:* Das Recht der Europäischen Union, 47. Aufl. 2012
- Hullmann/Zorn:* Zeitliche Grenzen der Altlastenhaftung, NVwZ 2010, 1267 ff.
- Jarass:* Bundesimmissionsschutzgesetz, 11. Aufl. 2015
- Klett/Enders:* Der Bauherr als Abfallbesitzer und Abfallerzeuger nach geltendem und künftigem Abfallrecht, BB 1996, 2003 ff.
- Kloepfer:* Umweltrecht, 3. Aufl. 2004
- Knopp/Piroch:* Neues Kreislaufwirtschaftsgesetz – Europarechtswidrigkeit der Überlassungspflichten nach § 17, UPR 2012, 343 ff.
- Knopp:* Absicherungsstrategien beim Grundstückskauf und betriebsinterne Vorsorge
Praktische Hinweise im Zusammenhang mit dem (ungewollten) Erwerb von „Alt“- und „Neulasten“, NJW 1992, 2657 ff.
- Kropp:* Erzeuger und Besitzer von Bauabfällen, ZUR 2010, 461 ff.
- Maunz/Dürig:* Grundgesetz, Band IV, 64. EL 2012
- Menzel:* Das Konzept der „nachhaltigen Entwicklung“ – Herausforderung an Rechtsetzung und Rechtsanwendung ZPR 2001, 221 ff.
- Müggenborg:* Der Kauf von Altlastengrundstücken nach der Schuldrechtsmodernisierung, NJW 2005, 505 ff.
- Nusser:* Zweckbestimmungen in Umweltschutzgesetzen, Nomos 2007
- Nusser/Kachel:* Green Building – Immobilienprojekte an der Schnittstelle zwischen Bau- und Energierecht, Baurecht 3/2011
- Palandt:* Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl. 2012
- Rautenberg:* Gemischte Gesellschaften und Gemeindewirtschaftsrecht Teil 1, KommJur 2007, 1 ff.
- Rehbinder:* Das deutsche Umweltrecht auf dem Weg zur Nachhaltigkeit, NVwZ 2002, 657 ff.
- Röhrig:* Die zeitliche Komponente der Begriffe „Gefahr“ und „Gefahrenabwehr“ und ihre Konkretisierung bei Grundwasserverunreinigungen, DVBl. 2000, 1658
- Säcker/Rixecker:* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II (7. Aufl.) 2016
- Scheidler:* Der Begriff des Altstandorts im Bodenschutzrecht, UPR 2014, 132 ff.

- Schink/Versteyl: Kommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG), 1. Aufl. 2012
- Schoch/Schneider/Bier: Verwaltungsgerichtsordnung, 32. Aufl. 2016
- Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014
- Schwartmann: Bundes-Bodenschutzverordnung, 1. Aufl. 2012
- Schwemer: Öffentliches Baurecht 3. Aufl. 2001
- Seibert: Altlasten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, DVBl 1992, 664 ff.
- Stelkens/Bonk/Sachs: Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014
- Lernser/Wendenburg/Versteyl: Recht der Abfallbeseitigung – Das Abfallwirtschaftsrecht des Bundes, der Länder und der Europäischen Union, 2007
- Versteyl: Zur Verantwortlichkeit des Abfallerzeugers/-besitzers – Vorläufiges oder Endgültiges?, NVwZ 2007, 1150 ff.
- Versteyl/Sondermann: Bundesbodenschutzgesetz, 2. Aufl. 2005
- Voßkuhle: Das Kooperationsprinzip im Immissionsschutzrecht, ZUR 2001, 23 ff.
- Weidemann: Nochmals: Die Abgrenzung von Abfallverwertung und Abfallbeseitigung, NVwZ 1998, 258 ff.
- Wilke/Dageförde/Knuth/Meyer/Broy-Bülow: Bauordnung für Berlin, 6. Aufl. 2008



Energiemanagement im Facility Management

- 9.1 Betrachtungen zum Energiemanagement – 485**
 - 9.1.1 Bedeutung des Energiemanagement im Facility Management – 485
 - 9.1.2 Definition – 487
 - 9.1.3 Einmalige Aktivitäten des Energiemanagements – 488
 - 9.1.4 Wiederkehrende Aktivitäten des Energiemanagements – 494
- 9.2 Energieeffizienter Betrieb technischer Anlagen – 502**
 - 9.2.1 Energierrelevante Faktoren technischer Anlagen – 502
 - 9.2.2 Führungsgrößen zur Beurteilung des energieeffizienten Betriebs – 507
- 9.3 Energiekostenreduktion durch optimierten Einkauf – 508**
 - 9.3.1 Analyse der Einkaufsmengen – 508
 - 9.3.2 Ausschreibung/Vergabe – 509
 - 9.3.3 Einkaufsmodelle – 510
 - 9.3.4 Umsetzung/Wechselprozess – 512
- 9.4 Normen, Gesetze und Richtlinien – 513**
 - 9.4.1 Allgemeines – 513
 - 9.4.2 Energieeinsparverordnung – 513
 - 9.4.3 Energiemanagementsysteme nach DIN EN ISO 50001 – 514
 - 9.4.4 Erneuerbare-Energien-Gesetz – 515
 - 9.4.5 Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz – 516
 - 9.4.6 Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz – 516
 - 9.4.7 Energiewirtschaftsgesetz – 517
 - 9.4.8 Stromsteuergesetz – 517
- 9.5 Checklisten / Arbeitshilfen – 518**
 - 9.5.1 Einführung – 518
 - 9.5.2 Maßnahmendatenblatt – 518
 - 9.5.3 Grobanalyse – 518
 - 9.5.4 Feinanalyse – 520

- 9.5.5 DIN EN ISO 50001 – 521
- 9.5.6 Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. – 523
- 9.5.7 GEFMA 124 Energiemanagement – 523
- 9.5.8 Datenerfassungsstruktur Gas- und Stromlieferstellen – 523
- 9.5.9 Bewertungsmatrix Vergabe – 524

9.1 Betrachtungen zum Energiemanagement

9.1.1 Bedeutung des Energiemanagement im Facility Management

9.1.1.1 Einleitung

Die Bedeutung des Energiemanagements innerhalb des Facility Management wurde in der Vergangenheit sehr viel niedriger eingestuft als heute. Aktuell kommt diesem Thema im Rahmen der Energiewende (sowohl im Strom, als auch im Wärmebereich) in Deutschland sogar eine gesellschaftliche Relevanz zu. Da die Energiekosten in den durch Facility Management-Dienstleister betreuten Immobilien oftmals die einzig verbliebene Handlungsoption zur weiteren Kostensenkung darstellen, kommt also dem Thema Energiemanagement und den daraus resultierenden Aktivitäten eine deutlich zunehmende Wichtigkeit zu. Die eher minimalistischen Aktivitäten, wie z.B. das Führen eines „Heiztagebuches“ oder die grafische Darstellung von Energieverbräuchen am Jahresende wird dabei in Zukunft kaum mehr ausreichen. 1

Die Steuerung der Immobilie muss auch über das Energiemanagement erfolgen. Dies resultiert unter anderem auch daraus, dass generell die Anforderungen aus dem Property- und dem Assetmanagement gestiegen sind. Dabei rücken nun vermehrt auch folgende Aspekte in den Fokus: 2

9.1.1.2 Sicherheit von Wirtschaftsplänen/von Businessplänen

Von der jedes Jahr aufzustellenden Planung, also die ggf. mehrjährige Vorhersage über die wahrscheinlichen Umsätze und die Kosten, die bei der Bewirtschaftung der Immobilie entstehen, wird erwartet, dass sie mit nur geringen Abweichungen eintritt. Die Sicherheit nur geringe Abweichungen zwischen den zunächst auf Annahmen basierenden Wirtschaftsplänen für die zukünftige Entwicklung und den tatsächlichen abgerechneten Umsätze und Kosten zu realisieren, birgt den Vorteil, die Renditeerwartungen verlässlicher am Markt darzustellen. 3

Unerwartete „Störungen“ z.B. durch unvorhersehbare Instandhaltungsleistungen, oder ein starkes Anwachsen der Energiekosten durch Preis- und/oder Netzentgelteänderungen sind durch geeignete Maßnahmen zumindest in ihrer Auswirkung zu dämpfen oder sogar ganz zu vermeiden. aber auch Änderungen die durch ordnungspolitische Änderungen dazu kommen, sind planbar und müssen möglichst rasch Eingang in die Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen erhalten. 4

9.1.1.3 Controlling

Um frühzeitig ggf. vorhandene oder sich „einschleichende“ Abweichungen zu reagieren ist, ein permanenter „Forecast“ also eine monatliche Vorhersage bzw. unterjährige Trendrechnungen mit der Vorausschau auf das Ende des Jahresergebnisses, und ein Vergleich zwischen den geplanten und erwarteten sowie den tatsächlichen Umsätzen und Kosten zu erstellen. 5

9.1.1.4 Zertifizierung

- 6 Beispielsweise sind Immobilien deutlich besser zu vermieten oder in der Gesamtheit zu veräußern, wenn die Immobilie gewissen Qualitätsansprüchen an die Bausubstanz, den Einsatz von ökologischen Baumaterialien und u.a. auch über eine effiziente Energieversorgung und -verteilung verfügt. Diese Eigenschaften werden in verschiedenen auf dem Markt üblichen Zertifikaten (z.B. LEED¹ oder DGNB²) bewertet. Der Energieverbrauchs- oder Energiebedarfsausweis gehört ebenfalls zum Standard für die Immobilien.

9.1.1.5 Transparenz

- 7 Durch die Dokumentation einer Vielzahl von Informationen über die Immobilie in Form von Protokollen, mobilen und feststehenden Datenleitungen werden permanent Daten über die Immobilie zusammengetragen. Diese Daten tragen in der Gesamtheit dazu bei, die Transparenz zum Zustand der Immobilie zu erhöhen und somit ggf. notwendige Entscheidungen schnell treffen zu können. Dabei wird dem Energieeinsatz in der Immobilie zwangsläufig ein sehr hoher Stellenwert eingeräumt, weil die Kosten der Energieversorgung, -wandlung und -verteilung oftmals bis zu 30 % der Gesamtmietkosten betragen. Der Spielraum für die Kaltmietenveränderung wird durch hohe Nebenkosten logischerweise sehr viel kleiner.

9.1.1.6 Nachhaltigkeit

- 8 Die nachhaltige Bewirtschaftung einer Immobilie spielt sehr stark in das Thema der Lebenszykluskosten hinein, sodass durch die Einleitung und Durchführung von Maßnahmen zur Energieeinsparung natürlich auch von einer nachhaltigen Verbesserung der Immobilie gesprochen werden kann.

9.1.1.7 CO₂ Emission

- 9 Die klimapolitischen Ziele der Bundesrepublik Deutschland werden auf alle Verbraucher „heruntergebrochen“ und somit werden sie auch zur Handlungsempfehlung für Immobilieneigentümern, da in Bestandsobjekten die größten Einsparpotentiale vorhanden sind. Es ist damit zu rechnen, dass zusätzliche Belastungen (z.B. auch eine CO₂ Steuer auf den eingesetzten Energieträger) oder sogar Vorschriften erlassen werden, die mehr freiwillig bzw. monetär bewertet oder zwingend die Reduzierung des CO₂ Ausstoßes einfordern.

1 **LEED** U.S. Green Building Council LEED (Leadership in Energy and Environmental Design) Nachhaltige Planung und Erstellung von Bauwerken, also z.B. Büro-, Wohn-, Gesundheitsimmobilien oder sogar Flughäfen, werden nach LEED in vier Qualitätsstufen (einfach, Silber, Gold und Platin) zertifiziert. Dieses Bewertungssystem definiert genaue Standards in den Bereichen Standortkonzept, Wasser- und Energieverbrauch, Baustoffe und umweltfreundlicher Innenausbau.

2 **DGNB** Deutsche Gesellschaft für nachhaltiges Bauen GmbH. Zertifiziert wird die Erfüllung von bis zu 50 Nachhaltigkeitskriterien aus den Themenfeldern Ökologie, Ökonomie, soziokulturelle Aspekte, Technik, Prozessabläufe und Standort. Sind die Kriterien über die Norm erfüllt, vergibt die DGNB Zertifikat in Bronze, Silber oder Gold.

Daher ist es wichtig, durch ein effizientes Energiemanagement bereits frühzeitig auf diese Situation vorbereitet zu sein. Darüber hinaus ist es grundsätzlich richtig auch ohne monetären Druck Anstrengungen auszulösen, um die CO₂ Emission von Immobilien zu senken. Vielerorts kann das sogar ein Anmietungsargument von Firmen sein, die noch viel höhere Anforderungen an die von Ihnen gemieteten Räumlichkeiten stellen.

Der hier aufgestellte Leitfaden zielt daher darauf ab, die einzelnen Tätigkeiten des Energiemanagements grob abgrenzen und die jeweilige Definition so genau wie nötig zu betrachten. Hauptzielsetzung ist dabei die Orientierung und Fokussierung auf die wesentlichen Leitlinien des Energiemanagements. 10

Die Definitionen und getätigten Angaben in den folgenden Betrachtungen gelten gleichermaßen sowohl für Anbieter und/oder Ausführende von Energiemanagementleistungen als auch für Eigentümer (-vertreter). 11

9.1.2 Definition

Die Definitionen des Energiemanagements sind ausgehend von verschiedenen Quellen z.B. der GEFMA³, den entsprechenden DIN Normen⁴, der AMEV⁵, dem VDMA⁶ und üblichen Leitlinien der Marktteilnehmer z.T. stark abweichend voneinander und werden auch in der Praxis sehr unterschiedlich ausgelegt. Eine einheitliche Definition existiert demzufolge nicht, obwohl in der Vergangenheit entsprechende Hinweise und Anstrengungen zu einer einheitlichen Verwendung unternommen wurden. 12

Grundsätzlich kann davon gesprochen werden, dass das Energiemanagement alle **Energieaspekte**⁷ berührt und in **einmalige und wiederkehrende Aktivitäten** unterteilt werden kann. 13

Das Energiemanagement besteht quasi aus einem ganzen Bündel von Arbeitsabläufen, Maßnahmen sowie Prozessen, die allesamt das Ziel haben, die Energieaspekte zu reduzieren und langfristig auf dem Niveau zu halten oder sogar weiter zu senken bzw. zu optimieren. Die technischen oder organisatorischen Maßnahmen können dabei sehr verschieden sein. So sind z.B. durch den Einsatz effizienterer Anlagentechnik, die Verwendung optimierter Regelungsstrategien oder sogar durch die Änderung der Prozessabläufe beim Einkauf und der Prozessoptimierung bei der Verwendung von Energie deutliche Einsparpotenziale zu heben. Es werden dabei immer nicht investive Maßnahmen im Vordergrund 14

3 **GEFMA** German Facility Management Association mit der Richtlinie GEFMA124.

4 **DIN Normen** Deutsches Institut Normung e.V. mit der europäischen Norm DIN EN ISO 50001.

5 **AMEV** Arbeitskreis Maschinen- und Elektrotechnik mit der Veröffentlichung Energie 2010 Hinweise zum Energiemanagement in öffentlichen Gebäuden.

6 **VDMA** Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. mit der Richtlinie VDMA 24247-7 Energieeffizienz von Kälteanlagen, Teil 7: Regelung, Energiemanagement und effiziente Betriebsführung, April 2011.

7 Energieaspekte ist ein Begriff aus der DIN EN ISO 50001 und subsummiert darunter alle Aktivitäten, Energieflüsse und auch organisatorischen Einheiten, die den effizienten Einsatz von Energie und Medien beeinflussen.

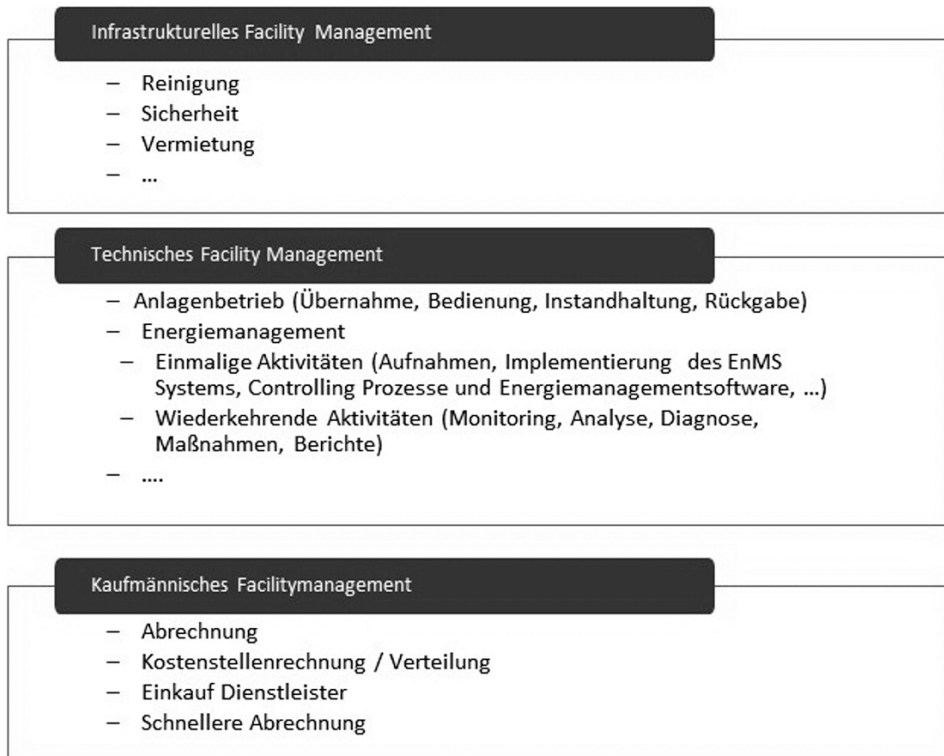


Abb. 9.1 Bedeutung des Energiemanagements innerhalb des Facility Management

stehen, gefolgt von gering investiven bis hin zu investiven Maßnahmen, die am Ende auch größere Einsparungen nach sich ziehen können, für die natürlich auch entsprechende Investitionsmittel bereit gestellt werden müssen.

- 15 Oft werden auch im Zusammenhang mit Energiemanagement Begriffe wie Energiemonitoring oder Energiecontrolling verwendet. Diese Begriffe werden als Teilaspekte des Energiemanagements verstanden.
- 16 Die DIN EN ISO 50001 stellt einen sehr guten Rahmen bereit, um ein Energiemanagementsystem einzuführen und im Rahmen immer wiederkehrender Audits ständig aktuell zu halten. Gleiches gilt für kleinere Unternehmen im Hinblick auf die DIN 16247.

9.1.3 Einmalige Aktivitäten des Energiemanagements

9.1.3.1 Allgemeines

- 17 Alle folgenden „einmaligen“ Aktivitäten sind insofern als einmalig zu betrachten, insofern sich die Betrachtungsgrenzen des Energiemanagements innerhalb einer Liegenschaft

nicht verändert haben (mehr oder weniger Gebäude, Änderungen durch Rückbau oder Aufstockungen und Verdichtungen oder Änderungen der Nutzungen ...). Sollten sich also maßgebliche Änderungen ergeben, so ist selbstverständlich die hier ausgewiesene einmalige Aktivität zu wiederholen bzw. deren Inhalte an die geänderte Situation anzupassen.

9.1.3.2 Bestandsaufnahmen

Bestandsaufnahmen⁸ sind wichtig zur Grenzziehung des Betrachtungsrahmens. Dabei werden Lagepläne, Grundrisse und Bestandspläne der betrachteten Liegenschaften genau untersucht und in notwendigen örtlichen Begehungen mit der Realität verglichen. Technische Anlagen aus den verschiedenen Gewerken (Heizung, Lüftung, Sicherheitstechnik, Elektrotechnik und auch Förder- sowie Sonderanlagen) und die Energiewandlungsanlagen sind mit ihren technischen Parametern, Leistungs- und Verbrauchsdaten, bewegten Volumina, erzeugten bzw. gewandelten Energiemengen sorgfältig zu erfassen und zu identifizieren. 18

Es sind s.g. Verbrauchsschwerpunkte zu identifizieren, um in späteren Phasen der Planung von Energie- und Kosteneinsparmaßnahmen deren Gewichtung richtig zu bemessen. 19

Selbstverständlich sind auch entsprechende Medienlieferverträge einzusehen und alle Preisbestandteile (Grund-, Leistungs-, Arbeits- und Messpreise sowie Netzentgelte Steuern und Abgaben) einer Plausibilitätsbetrachtung zu unterziehen. 20

Zielen spätere Maßnahmen auch auf die Implementierung etwaiger Energiemanagementsysteme ab, so sind auch die Bestandszähler in die Bestandsaufnahmen zu integrieren. Das ggf. vorhandene Bestandsmesskonzept und dessen bestehende Intention ist zu erfassen. Dabei ist insbesondere auf die o.g. ggf. vorhandenen Veränderungen innerhalb des Gebäudes zu achten. Es ist also zu klären, ob sich die gebäudeseitigen Änderungen auch in den Messkonzepten widerspiegeln. 21

Im Rahmen der Baselinebildung werden die wesentlichen gebäudespezifischen Informationen (versorgte Quadratmeter, Gebäudeschwere, Fensterflächenanteile u.a.), der Medieneinsatz, die Kosten der Medienversorgung, die Nutzungen, die Zeiträume, die Witterungseinflüsse etc. erfasst und aus verschiedensten Informationsquellen zusammentragen. Die so erarbeitete Baseline bildet damit die Grundlage aller weiteren Betrachtungen hinsichtlich des Benchmarking, des Monitoring der Abweichung aus Nutzungsänderungen und am Ende nach mehreren Betrachtungsintervallen auch die Basis für die Erfolgskontrolle bzw. den Nachweis des erfolgreichen Handelns innerhalb der betrachteten Immobilie. 22

Die Baseline besteht somit aus verschiedenen Teilen, die je nach Anwendung und Fragestellung, also z.B. in der zukünftigen Nachweisführung für die erfolgreiche Umsetzung einzelner Maßnahmen, ihre Bedeutung und Anwendung erfahren: 23

- **Energieverbrauchsbaseline** (i.d.R. Summe aller eingesetzten Medien und den jeweiligen Verbräuchen pro Jahr, getrennt nach Energieträgern). In d. R. werden die letzten drei Jahre betrachtet. Um eine hinreichende Genauigkeit zu erzielen, ist es üblich den

⁸ Bestandsaufnahmen die geordnete und allumfassende Erfassung und Dokumentation aller energierelevanten Daten und Fakten wird allgemein als Bestandaufnahme verstanden.

Durchschnitt der drei letzten Jahre als Baseline zu definieren, sofern sich keine wesentlichen Änderungen (siehe Satz 21) am bzw. um das Gebäude ergeben haben.

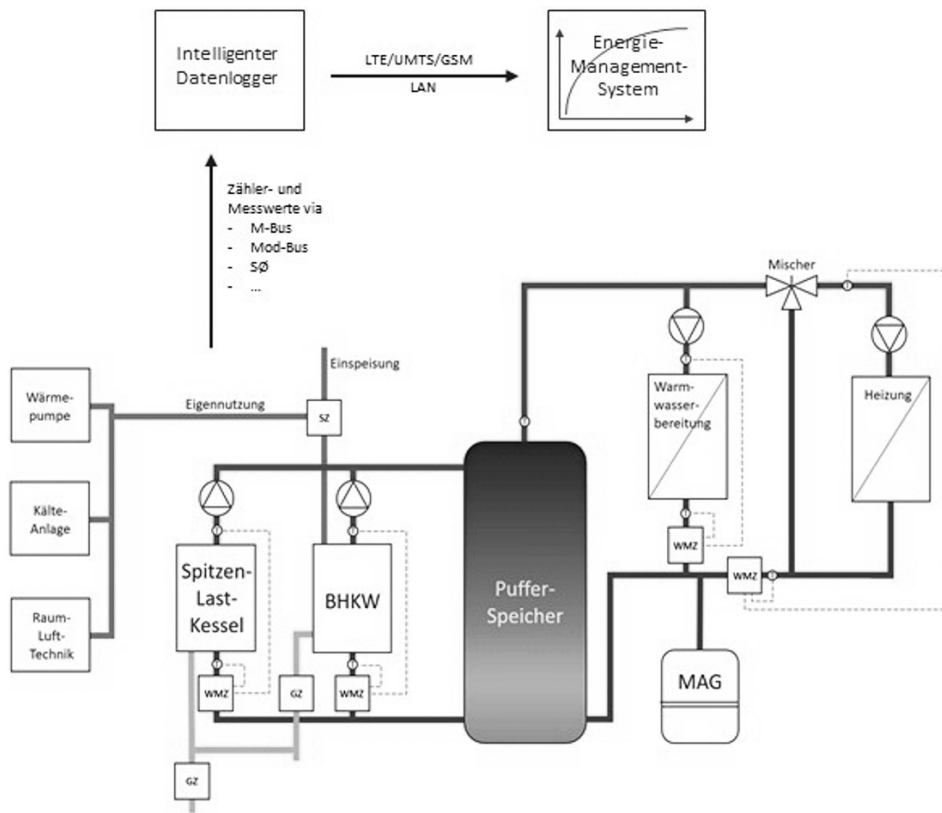
- **Energiekostenbaseline** (alle Kosten, die sich auf den Energie- und Medienverbrauch beziehen, also auch Wartungs- und Nebenkosten für Aggregate und technische Anlagen)
- **CO₂ Baseline** (die Addition aller CO₂ Emissionen aus dem Energieverbrauch verschiedener Energieträger verknüpft mit den ortstypischen⁹ CO₂ Kennzahlen)
- **Baseline der Gebäude und Nutzer** (alle versorgten Flächen in den jeweiligen Gebäuden, gebäuderelevante Informationen und Nutzungsbesonderheiten je nach nutzungsspezifischen Kenngrößen (Anzahl Wohnungen für Wohngebäude, Anzahl von Betten im Krankenhaus, klimatisierte Flächenanteil in einem Shoppingcenter usw..))

9.1.3.3 Messkonzepterstellung

- 24 Grundsätzlich werden Medienverbräuche gemessen, um sie abrechnen zu können, bestimmten, nicht liegenschaftseigenen Verbrauchern (z.B. Mieter, unterversorgte Einheiten) und ggf. auch anderen Unterverbrauchseinheiten zuzuordnen. Es können auch Zuordnungen in Teilbereichen der Liegenschaft benötigt werden, damit bestimmte Verbraucher vorgewählten Kostenstellen zuordnet werden.
- 25 Zu diesem Zweck werden entsprechende Zähler installiert, die entweder händisch oder besser noch per Fernauslese in definierten Abständen Daten liefern. Da es oftmals nicht nötig ist, jeden kleinsten Verbraucher oder jede Untereinheit der entsprechenden Liegenschaft verbrauchsseitig genau zu messen, aber nur ein Hauptzähler am Eingang der Liegenschaft nur wenig hilfreich wäre, ist ein s.g. Messkonzept zu erstellen. Ziel einer solchen Messkonzepterstellung ist es also, mit möglichst geringem Aufwand eine hohe Transparenz der Energie- und Medienverbräuche bzw. deren Abrechnung zu erzielen. Dadurch nehmen die Möglichkeiten des gezielten Eingriffs in den Betriebsablauf für die üblicherweise betrachteten Nebenprozesse (Heizung, Kühlung, Lüftung, ...) zu. Demzufolge werden die Steuerungsmöglichkeiten erhöht und damit nimmt am Ende, in der Kette aller Aktivitäten, die Nachhaltigkeit zu. Selbstverständlich ist es auch sinnvoll, direkt in die Hauptprozesse einzuwirken und für diese die entsprechenden Messkonzepte zu erstellen. Dies ist jedoch nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn die entsprechenden Branchen- und Prozesskenntnisse vorliegen.
- 26 Die deutliche Verbesserung des Messkonzeptes und der daran anschließenden Implementierung wird durch eine s.g. Geräteerkennung erzielt. D.h. in einem definierten Unternehmensbereich wird quasi nur ein Zähler installiert, der z.T. hochfrequente Messungen (bis zu 3–4 kHz) durchführt. Durch diese sehr kurz aufeinanderfolgenden Messungen des Verbrauchs, aber eigentlich der Leistungsaufnahme des hinter dem Zähler angeschlossenen Geräteparks, werden die angeschlossenen Nutzer disaggregiert (NiLM¹⁰) und „virtuellen“ Einzelzählern je Gerät zugeordnet. Dieses Vorgehen basiert auf einer s.g. Mustererkennung der Software, die hier selbstverständlich zum Einsatz kommen muss. Jedes elektrische Ge-

9 Ortstypische CO₂-Kennzahlen: die Kennzahlen unterscheiden sich durch den ortsgebundenen Kraftwerkemix, der sich aus verschiedenen Energieträgern speisen kann.

10 NiLM Nonintrusive Load Monitoring

**Abb. 9.2** Messkonzept

rät hat eine gerätespezifische Strominanspruchnahme, sodass allein dadurch die Geräte, die hinter dem Zähler „Strom verbrauchen“ identifizierbar sind. Die aktuellen Grenzen dieser noch sehr neuen eingesetzten Technik, sind durch die Anzahl und auch durch die Gleichheit der Geräte gegeben. Auch ist die Leistungsinanspruchnahme von Geräten, die im Dauereinsatz betrieben werden, also zur „Grundlast“ eines Gebäudes beitragen, nicht ohne größeren Aufwand identifizierbar.

Durch die Identifizierung ggf. neben den Bestandszählern zusätzlich notwendiger, neu zu installierender Zähler zur Abgrenzung des Medienverbrauchs an ausgewählten und ggf. für Maßnahmen interessanten Verbrauchsstellen, entsteht das Messkonzept. Es sollte dem Grundsatz gehorchen, dass die Verbrauchsstellen, die durch den Zähler erfasst werden entweder abrechnungsrelevant sind, oder ein so hohes Einsparpotential aufweisen, dass sich die Installationskosten der Messstelle auch wirklich lohnen. Gleichzeitig bilden diese Zähler die Grundlage eines Zählerkonzeptes, welches das Energiemonitoring maßgeblich unterstützt.

Dieses Zählerkonzept bietet die Voraussetzung um ein Monitoring durchzuführen, welches zählergenau (inkl. der Netzbetreiber-Zähler) die Daten bereitstellt, um Mehr- oder

27

28

Minderverbräuche in bestimmten Abrechnungsintervallen zu identifizieren. Die Identifikation ist wiederum die Voraussetzung zur Auffindung der Ursachen und ggf. zur Behebung von Mehrverbräuchen oder zum Nachweis von durchgeführten Energiesparmaßnahmen und deren Erfolg.

9.1.3.4 Energiecontrolling-System

- 29 Alle relevanten Daten (Medienverbrauchswerte, Standorte, Lastprofile, u.a.), die durch die installierten Zähler händisch oder automatisiert erfasst werden, sind einem s.g. Energiecontrollingsystem zuzuführen. Es sollte ein möglichst automatisiertes Controlling durchgeführt werden, indem die (Ist-)Daten erwarteten (Soll-) Daten gegenüber zu stellen sind. Die Controlling Zeiträume sind so zu wählen, dass Abweichungen von den Sollwerten (z.B. Budgetvorgaben, erwartete Einsparerfolge nach Maßnahmendurchführung u.a.) rechtzeitig erkannt und korrigiert werden können. D.h. die Controlling Zeiträume sollten stark an den Nutzen angepasst werden. Sehr kurze Zeiträume (z.B. minutenweises Controlling) sollten nur dann eingesetzt werden, wenn diese hohe „Messwertauflösung“ auch mit dem Prozess, der überwacht wird, vergleichbar sinnvoll ist. Überprüft wird z.B. ein Brenner an einem Kessel. Die minutenweise Überwachung über einen gewissen Zeitraum (2–3 Tage) zeigt die Schalthäufigkeiten des Brenners sehr genau, während eine Auswertung mit Monatswerten sicherlich keine solchen Aussagen zulassen würde. Nach erfolgter Maßnahmenumsetzung kann die eigens für das Controlling heraufgesetzte Messfrequenz wieder niedriger gewählt werden.

9.1.3.5 Energiemanagementsoftware

- 30 Ein **Energiemanagementsoftwareprogramm** gewährleistet die Grundfunktionen zum Monitoring und zur Visualisierung von allen darin enthaltenen (Zähler-)Daten.
- 31 So können auch virtuelle Zähler (z.B. die mathematische Verknüpfung mehrerer Zähler) gebildet werden. Auf diese Art und Weise kann z.B. der Coefficient of Performance (COP) für eine Kältemaschine oder eine Wärmepumpenanlage permanent verfolgt werden. Gleiches gilt für den Nutzungsgrad einer Heizungsanlage oder eines Blockheizkraftwerkes (BHKW) getrennt für die Strom- und Wärmeproduktion.
- 32 Die Darstellung von bedeutenden Liegenschaftsdaten und Verbrauchsverläufen auf einer rasch erfassbaren übersichtlichen Zusammenstellung wird **Dashboard** (englisch Armaturenbrett) genannt.
- 33 Auswählbare Diagramme und freiwählbare Zeitachsen lassen dem Nutzer in der gewünschten individuellen Darstellung der erfassten Daten einer Liegenschaft große Freiräume.
- 34 Der Zugriff auf diese Daten erfolgt i.d.R. über eine Webapplikation und steht dem Nutzer in verschiedenen Hierarchieebenen zur Verfügung, so dass User, die lediglich „Leserechte“ haben, mit einfachen Einblicken in das System bereits erste wichtige Informationen abrufen können. Andere User, die zusätzlich auch „Schreiberechte“ besitzen, können z.B. Eingriffe derart vornehmen, dass zusätzliche Informationen (kürzere oder längere Zeitintervalle zur Anzeige zu bringen) schnell verfügbar werden. Updates und Upgrades der Software gewährleisten ein immer sicher funktionierendes System.

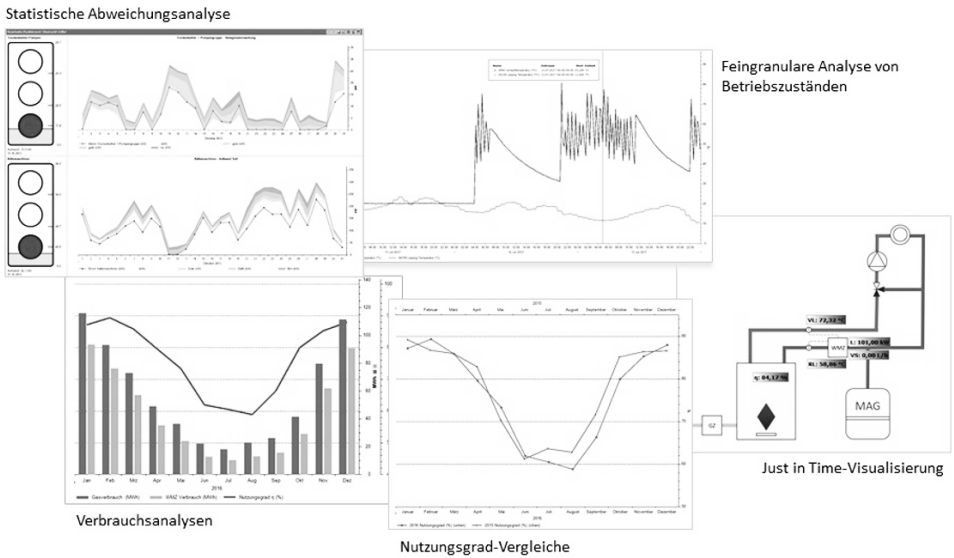


Abb. 9.3 Energiemanagementsoftware

Viele Facility-Management-Softwareprogramme (CAFM¹¹ Systeme) sind modular aufgebaut und verfügen auch schon seit langer Zeit über ein Energiemanagementmodul. Diese Modularität gewährleistet einen sehr einfachen Austausch von Daten innerhalb desselben Softwareprogramms. Wird also mit demselben Softwareprogramm auch die grundlegende Buchhaltung, ein Abrechnungssystem von Dienstleistungen, Debitoren und Kreditoren usw. des Unternehmens bereitgestellt, dann ist dies sicherlich als beinahe Idealfall zu betrachten.

35

Üblicherweise werden professionelle Finanzbuchhaltungssysteme (z.B. SAP¹² oder Sage¹³, u.a.) im Unternehmen eingesetzt. Die verwendete CAFM Software oder die „standalone“-Software des Energiemanagements muss in der Lage sein, Daten in einem leicht lesbaren Format an die entsprechenden Schnittstellen der importierenden Software zur Verfügung zu stellen. Die Schnittstellen sind genauestens zu beschreiben und auch zukunftssicher (u.a. werden sukzessive mehr Daten benötigt) zu programmieren, damit ein automatisierter und kontinuierlicher Datenfluss gewährleistet wird.

36

9.1.3.6 Dokumentation

Alle erarbeiteten Ergebnisse des Bestandes sind entsprechend den Anforderungen des Nutzers zu dokumentieren. Dies kann in verschiedensten Formen geschehen und gehorcht nur dem Grundsatz „Wiederauffindbarkeit“ und „Verständlichkeit“ (z.B. Online-Daten-

37

11 CAFM Computer aided Facility Management.
12 SAP ist der weltweit führende Anbieter von Unternehmenssoftware mit umfassenden Angeboten an Geschäftsanwendungen, Services und Support.
13 Sage ist eine betriebswirtschaftliche Software für kleine und mittelständische Unternehmen.

bank, einfache klare Berichtsform). Die niedergeschriebenen Dokumente sollten eindeutig gekennzeichnet sein (z.B. führendes Datum im Dateinamen) und mind. in zweifacher Ausfertigungsart gespeichert werden. Dabei ist ein Dokument z.B. in einem schwer veränderbaren aber leicht lesbaren Dateiformat (z.B. pdf) und in einem bearbeitbaren Format (Textverarbeitungsprogramm) zu speichern.

- 38 Es ist sinnvoll s.g. Standardberichte für die verschiedenen Informationstiefen zu erarbeiten. Üblicherweise wird von Grob- und Feinanalysen gesprochen. Die Mindestanforderungen an diese Berichtsformen befinden sich als Beigabe zu den Checklisten im Anhang zu diesen Texten.
- 39 Werden Energie- und/oder Kosteneinsparmaßnahmen vorgeschlagen, so müssen diese ebenfalls sehr leicht verständlich dargestellt, und dennoch fundiert berechnet und selbstverständlich „belastbar“ sein. Es bietet sich dabei an, je Einzelmaßnahme alle relevanten Aspekte (Einsparungen durch die Maßnahme, Investitionen, Bauzeiten usw.) auf nur einem DIN-A4 Blatt zusammenzustellen und etwaige zusätzliche Berechnungen oder Herleitungen nebst Hinweisen zur Umsetzung auf weiteren Blättern folgen zu lassen. Diese s.g. **Maßnahmenblätter** (MB im Anhang) können beispielsweise auch für die Freizeichnung durch die entscheidende Instanz als s.g. Ausführungsfreigabe genutzt werden oder auch als Monitoring-Instrument. D.h. die zum Anfang der Maßnahmenumsetzung berechneten und im Maßnahmenblatt dokumentierten Einsparungen werden jährlich an dem **Ist-Einsparerfolg** gemessen.

9.1.4 Wiederkehrende Aktivitäten des Energiemanagements

9.1.4.1 Allgemeines

- 40 Aufeinanderfolgend sind mehrere Aktivitäten, vom Monitoring bis zur (Re-)aktion zu benennen und aktiv im Rahmen des Energiemanagements anzuwenden bzw. durchzuführen. D.h. es werden Daten erfasst und mit der wiederkehrenden Aktivität des
- 41
 - Monitorings, gefolgt von
 - der Analyse und
 - der Diagnose auf verständliche Art bereitgestellt, sodass sich
 - ein Handlungsrahmen ergibt
 - in dem die technischen Anlagen energieoptimierend beeinflusst, organisatorische oder andere prozessoptimierende Maßnahmen getroffen werden, um am Ende ein stabiles System zu schaffen, in dem die Energiekosten nachhaltig gesenkt werden bzw. auf dem gewünschten und vorhergesagten Niveau bleiben.
- 42 Die Abbildung 9.4 zeigt die Zusammenhänge in übersichtlicher Form:



Abb. 9.4 Wiederkehrende Aktivitäten des Energiemanagements

9.1.4.2 Monitoring

Das bloße Erfassen und Speichern der von Zählern aufgenommenen Messwerte, das Vergleichen der Mess- mit Grenzwerten werden als Bestandteile des Monitorings verstanden. Es gehören auch die Vergleiche mit vorgegebenen Budgets und das Visualisieren in Anzeigen, Tabellen, Diagrammen oder Grafiken dazu. Grundsätzlich wird also die systematische Erfassung, Beobachtung oder Überwachung eines Vorgangs als Monitoring benannt.

43

Anhand eines geeigneten Konzeptes sind die Daten periodisch zu aktualisieren. Das Konzept muss den Nutzen dem Aufwand gegenüberstellen. D.h. wenn minutenweise Daten gesammelt und diese permanent einem Monitoring unterzogen werden, so löst dies sicherlich nicht unerhebliche Kosten für Datentransfer und Auswertung aus. Diese monetären Aufwendungen sind dann dem möglichen Gewinn, der entdeckten Abweichung, gegenüberzustellen. Erst wenn dieses Verhältnis eindeutig positiv ist, sollte das Konzept umgesetzt werden. Andernfalls sind die Messwerterfassungszeiträume höchstwahrscheinlich messtellenabhängig entsprechend anzupassen.

44

9.1.4.3 Analyse

Wird auf Basis des Monitorings ein energieintensiver Prozess oder ein Verfahren hinsichtlich der gewünschten Zielsetzung (z.B. im Hinblick auf best practice) systematisch unter-

45

sucht, so spricht man von Energie-(Analyse). Die Analyse umfasst die genaue Beschreibung des Ist- und des Sollzustands, nutzt die Aussagen eines entsprechenden Monitorings (Werte aus kurzen und aus langen Betrachtungsräumen) und setzt modellierte oder simulierte bzw. erwartete Daten den beobachteten Daten des Prozesses oder des Verfahrens gegenüber.

- 46 Einfache Analysefunktionen sind s.g. „Profilverletzungen“. D.h. wird ein Erwartungswert unter- oder überschritten, so wird automatisiert bereits aus dem einfachen Monitoring heraus eine automatisierte Meldung generiert.

a) Analyse Werkzeug: Energiekennwerte

- 47 **Energiekennwerte oder Energiekennzahlen** werden zur Beurteilung und dem Vergleich der energetischen Situation von Gebäuden und Energiewandlungsanlagen benötigt (siehe hierzu auch Benchmark¹⁴). In den meisten Fällen wird das Verhältnis von Energieinput oder produktionstypischen Input- oder Output Größen im Verhältnis zu bestimmten anderen gebäude- prozess sogar produkt- oder anlagenspezifischen Kenngrößen gebildet. Dabei werden die Energie- und Medienverbräuche durch die objektspezifischen Größen der betrachteten Liegenschaft bzw. des Prozesses dividiert. Z.B. in Gesundheitseinrichtungen sind die Divisoren die Bettenanzahl, DRG¹⁵, oder die Quadratmeter Nutzfläche¹⁶, u.a., oder in der Industrie die Divisoren sind z.B. die Anzahl der Produkte. Dabei entstehen dann üblicherweise folgende Energiekennzahlen: kWh/Bett, kWh/m², kWh/DRG oder kWh/Produkt.
- 48 Energiekennzahlen werden sowohl bei gebäudetechnischen Anlagen der Energiewandlung als auch auf betrieblicher Ebene, zur Darstellung von s.g. betrieblichen Energiekennzahlen eingesetzt. Insbesondere im betrieblichen oder industriellen Umfeld werden z.T. lange Prozessketten in die Betrachtung mit einbezogen, um am Ende den Aufwand für Energie in einem Produkt zu identifizieren bzw. benennen zu können.
- 49 Energiekennzahlen bzw.-werte hängen zusätzlich von einer Reihe äußerer Einflussgrößen ab. So nimmt das Klima auf den Energieverbrauch, die Betriebsweise in einem Teilbetrieb, die Auslastung und vielerlei andere Größen z.T. massiv Einfluss. Demzufolge sind getroffene Aussagen oder abgeleitete Folgerungen aus den Energiekennzahlen immer unter dem Vorbehalt der unbeeinflussbaren „Störgrößen“ zu beurteilen.

b) Analyse Werkzeug: Energie-Benchmarking

- 50 Beim Energie-Benchmarking werden aktuelle oder auch historische Verbrauchsdaten zu s.g. Energiekennzahlen (siehe auch entsprechendes Kapitel Energiekennwerte) verarbeitet.

14 **Benchmark** ist ein Vergleichswert innerhalb einer Zielgruppe mit dem die Produkte, Dienstleistungen oder Prozesse verglichen werden. Das Benchmarking ist das Verfahren, diesen Vergleich durchzuführen.

15 **DRG** Diagnosis Related Groups: 2003 Einführung eines Finanzierungssystems in Deutschland, welches eine Zuweisung einer bestimmten Vergütung pauschal je nach Schweregrad des Behandlungsfalls vornimmt.

16 Nutzfläche ist nach DIN 277 definiert.

Je nach untersuchter Zielgruppe (Industrie, Einkaufszentrum, Gewerbe- und Wohnungsimmobilien, Gesundheitseinrichtungen, Hotels, Freizeiteinrichtungen, Schulen oder Einrichtungen mit hohen Sonderanforderungen wie z.B. Laborbetriebe mit Reinraumtechnologien) sind die jeweils bildbaren Energiekennzahlen sehr unterschiedlich und lassen sich nur innerhalb der jeweiligen Zielgruppe vergleichen (Benchmarking). Werden die ermittelten Energiekennzahlen mit „betriebsfremden“ Daten, also Daten aus Unternehmen der gleichen Art, in der Regel Kennzahlen anderer Betriebe verglichen, aber auch im Vergleich mit Literaturangaben den betriebseigenen Energiekennwerten gegenübergestellt, werden Abweichungen schnell deutlich. Ziel ist es, Unterschiede zum Besten des Vergleichs (best practice) festzustellen, diese Situation zu analysieren und daraus Schlussfolgerungen zu ziehen. Besonders interessant sind die internen Energie-Benchmarking, d.h. wenn ein Unternehmen eine Vielzahl von gleichartigen Liegenschaften betreibt und diese vergleichend nebeneinander stellt, so ergibt sich beispielsweise bei einem Filialisten ein Ranking der energiesparenden Filialen. 51

Um die Fehlerquote dieses Verfahrens, der vergleichenden Bewertung, möglichst klein zu halten, muss erstens die Anzahl der Betriebe als Vergleichsgröße möglichst hoch sein und zweitens ist auf ein Kennzahlensystem zurückzugreifen, welches die Verwendung von mehreren, möglichst eindeutig definierten Kennzahlen (wie z.B. im Einzelhandel der Energiekennwert: Verbrauch pro Nettoverkaufsfläche) sicherstellt. 52

c) Analyse Werkzeug: Zeitreihenanalyse

Spricht man von einer Zeitreihenanalyse, so ist quasi ein betriebsinterner Kennzahlenvergleich durchzuführen, der den zeitlichen Verlauf einer Energiekennzahl betrachtet. Die Aussage ergibt sich durch Vergleich mit historischen Werten desselben Systems. 53

Es ist jedoch erforderlich, dass eine kontinuierliche Datenerfassung erfolgt (siehe Monitoring). Treten Veränderungen in der Nutzung des Gebäudes oder andere Ereignisse ein, die den Energieverbrauch maßgeblich beeinflussen (z.B. durch Energiesparmaßnahmen an Gebäuden oder Maschinen), sind sie in der Analyse zu berücksichtigen. 54

d) Analyse Werkzeug: Gap-Analyse

Im Rahmen einer Gap-Analyse wird der Unterschied zwischen dem geplanten bzw. dem prognostizierten Energiebedarf und dem tatsächlichen Energieverbrauch ausgewertet. Es wird also der quantifizierbare Energieverbrauch in einem Teilbereich des betrachteten Unternehmens oder auch im Ganzen als Soll-Größe mit der gewünschten Entwicklung des Energieverbrauchs in die Zukunft projiziert. Zum anderen wird durch die Hochrechnung der Vergangenheitswerte die zu erwartende Entwicklung des Energieverbrauchs ermittelt. Als Annahme wird natürlich vorausgesetzt, dass sich in dem Betrachtungszeitraum keine Unternehmensaktivitäten ergeben, die Nutzungsänderungen oder andere erhebliche „Störgrößen“ beinhalten. 55

Die Analyse muss aufzeigen, inwieweit sich die Lücke zwischen Soll- und wahrscheinlichen Ist-Werten beeinflussen bzw. „schließen“ lässt. Die GAP-Analyse hat zum Ziel geeignete Maßnahmen zur Eindämmung der Lücke („Gap“) abzuleiten. 56

e) Analyse Werkzeug: Geräteerkennung

- 57 Im Rahmen einer Geräteerkennung werden hinter dem Zähler die angeschlossenen und energieverbrauchenden Geräte durch Mustererkennung einzelnen virtuellen (Strom-) Verbrauchszählern zugeordnet. Durch diese Aufsplittung des Energieverbrauchs einer Gesamtheit von z.B. Elektroenergieverbrauchern, die an einem Zähler angeschlossen sind, sind auch Einsparungen in geringer Größenordnung, die ohne solch eine Disaggregation „unter den Tisch“ fallen würden, nachweisbar.
- 58 Die Analyse erfolgt zählerweise und kann jeweils mit unterschiedlicher „Abtastrate“ aufgezeichnet werden. Die Abtastrate ist abhängig von der Anzahl der am Zähler angeschlossenen Geräte und auch von der Art der Geräte. Viele gleiche Geräte (z.B. in einer Heizstation mit vielen Pumpen in den Unterverteilungen; oder in einem Industriebetrieb mit vielen Absaugvorrichtungen), erfordern sicherlich eine höhere Abtastrate, die durchaus bis in den kHz-Bereich hineinragen kann.

9.1.4.4 Diagnose

- 59 Die Diagnose ist die zusammenfassende Schilderung der aus Monitoring und Analyse gewonnenen Erkenntnisse des aktuellen Zustands der „Primärbereiche“, also der Energiewandlungsanlagen bzw. der Medienverbräuche in den Sekundärbereichen (Verteilungs- und Nutzungsbereichen) des betrachteten Objektes. Sie liefert Anhaltspunkte bei Abweichungen vom Normalzustand und benennt sie.
- 60 Eine Diagnose
- interpretiert quasi die Ergebnisse der Analyse,
 - gibt erste Empfehlungen für Maßnahmen zur Optimierung und
 - gewährt eine Abschätzung über den zukünftigen Verlauf des betrachteten Prozesses (z.B. für den Nutzungsgrad der Energiewandlungsanlage oder den zukünftig zu erwartenden Verbrauch).
 - Sie stellt somit die Basis für die kaufmännische und technische Maßnahmenumsetzung bereit.

9.1.4.5 Maßnahmen

- 59 Die Ausführung beinhaltet die tatsächliche Umsetzung der vorgeschlagenen technischen und kaufmännischen Maßnahmen aus den vorangegangenen Aktivitäten. Dabei ist neben der technisch „einwandfreien“ Lösung ein großes Augenmerk auf die Wirtschaftlichkeit der komplett damit verbundenen Aktivitäten zu legen. D.h. auch die Aktivitäten der „Projektentwicklung“ für diese Energiesparmaßnahme, die Aufwendungen für die Finanzierung und auch im Vorfeld deren Beschaffung sind Kosten, die es insgesamt zu berücksichtigen gilt.
- 60 Ziel aller realisierbaren Maßnahmen ist die
- Energieverbrauchsreduzierung,
 - Minimierung der Leistungsinanspruchnahme,

- CO₂-Minderung und
- Generierung von ökologischen und ökonomische Vorteile.

Grundsätzlich bemisst sich jede Maßnahme an der Baseline und der Reduzierung derselben durch die umgesetzte Maßnahme. Erst wenn dieses Ergebnis als maßgeblich einzustufen ist, die Maßnahme für sich allein innerhalb vorgegebener Zeiträume amortisierbar ist, wird die Maßnahme auch eine Umsetzung erfahren. Wann diese Amortisation eintreten muss, ist stark zielgruppenabhängig. Im Vorfeld von Maßnahmendefinitionen sind natürlich die Anforderungen und Erwartungen an die Maßnahmen zuvor zu definieren.

61

a) Einsparmaßnahmen (Bestimmung und Bewertung)

Nach der Durchführung des Monitorings, einer entsprechenden Analyse und Diagnose ergeben sich Maßnahmen, die ggf. schnell umgesetzt werden oder z.B. in längerfristige Umbauarbeiten integriert werden können. Für alle Maßnahmen ist natürlich eine Bewertung durchzuführen, ob sich die Maßnahme „lohnt“ und auch eignet, um unter sich ändernden Ausgangsbedingungen durchgeführt zu werden.

62

Selbstverständlich wird als Erstes zu bewerten sein, ob die Maßnahme „reichlich“ Energie einspart und gleichzeitig auch noch im Rahmen der Vorgaben auf Grund der auszulösenden Investitionsmittel als wirtschaftlich anzusehen ist. Als erstes Kriterium zur Entscheidung für oder gegen die Durchführung einer Maßnahme wird eine s.g. statische Amortisationszeit bestimmt. Die wahrscheinlichen Investitionskosten zur Durchführung der Maßnahme werden durch die ersparten Energiekosten dividiert. Ergeben sich Werte

63

- zwischen 0 und 1 Jahren, so ist die Maßnahme als sehr gut zu bewerten,
- zwischen 1 bis 3 Jahren, gelten die Maßnahmen als gut durchführbar,
- größer 5 Jahre, so gelten die Maßnahmen eher als undurchführbar, sofern nicht weitere Kriterien (multiple benefits¹⁷) dazu genommen werden, um die längeren Amortisationszeiten anderweitig aufzuwerten.

Neben der gesteigerten Energieeffizienz müssen i.d.R. also auch ökonomische, technische und ökologische Kriterien berücksichtigt werden. Im Vergleich verschiedener Maßnahmenvarianten und im Vergleich zu den Alternativen ist dann eine Entscheidung zu treffen. Hilfreich ist dabei die Aufstellung eines Kriterienkatalogs mit Wertungs- und Wichtungsfaktoren, die die Varianten gegenüberstellt.

64

b) Gering-investive Maßnahmen

Gering-investive Maßnahmen sind solche, die sofort und ohne nennenswerte Investitionsaufwendungen rasch umgesetzt werden können. Ab welchem monetären Geldbetrag von einer Investition gesprochen wird, ist je nach auftraggebenden Unternehmen sicherlich sehr verschieden. So kann für einen kleinen Betrieb der Einbau einer neuen Effizienzpumpe mit sehr geringem Energieverbrauch eine große Investition darstellen, während für einen Industriekonzern eine solche Investition als gering investiv zu bezeichnen wäre.

65

17 multiple benefits: mehrfacher Nutzen oder andere Nutzeffekte einschließend. So werden durch Energieeffizienzmaßnahmen in bestimmten Fällen die Wartungs- und Instandhaltungsaufwendungen reduziert.

- 66 Dennoch werden auch diese gering investiven Maßnahmen nicht völlig kostenfrei umzusetzen sein. Es sind ggf. „eigene“ Handwerker für die Einstellarbeiten einzusetzen. Auch sind die Aufwendungen für ggf. externe Dienstleistungen (Ingenieurleistungen, Rechtsberatung, u.a.) mit zu berücksichtigen. Ggf. ist auch die Belegschaft eines Industrieunternehmens oder die Mieter eines Einkaufszentrums über die Neuerungen (während oder nach erfolgreicher Umsetzung der Maßnahme) zu informieren.
- 67 Grundsätzlich handelt es sich bei gering investiven Maßnahmen um
- organisatorische Maßnahmen (z.B. zeitliche Umgestaltung der Nutzung, Festlegung von Verantwortlichkeiten ...),
 - technische Maßnahmen (z.B. Änderung und Einstellung von Schaltzeiten, Sollwertparametrierung, Optimierung von Regelungen ...)
 - kaufmännische Maßnahmen (z.B. Einkaufsvorteile durch Ausschreibung und damit verbundener Bündelung nutzen ...)

c) Investive Maßnahmen

- 68 Investive Maßnahmen sind solche, die nicht aus dem laufenden Budget oder auch nicht durch die normalen Aufwendungen innerhalb einer Wartung einer technischen Anlage umgesetzt werden können. Solche Maßnahmen binden also Kapital, welches zuvor beschafft und i.d.R. unternehmensspezifische Genehmigungsregularien durchlaufen muss.
- 69 Demzufolge sind investive Maßnahmen, wenn es sich nicht gerade um eine Notmaßnahme zur Abwehr von Gefahren handelt, in eine Businessplanung einzupflegen, um langfristig geplant und umgesetzt zu werden.
- 70 Außerdem ist es wichtig die Maßnahmenbestandteile, die sich rein auf die „Energieeinsparung“ beziehen von den anderen, den sanierungsbedingten Maßnahmenteilen, abzuspalten oder zumindest deutlich zu kennzeichnen. Oftmals wird versucht einen lang bestehenden Sanierungsstau, der sich aus einer jahrelangen mangelhaften Instandhaltung ergeben hat, mit der energetischen Sanierung quasi aufzuheben. In der Regel ist es jedoch so, dass die Einsparpotenziale aus den Sanierungen nicht vollständig ausreichen, um auch den gesamten Sanierungsstau mitzufinanzieren.
- 71 Im Vorfeld zur internen und externen Beantragung von Investitionsmitteln für investive Maßnahmen sind
- Vorplanungen und ggf. sogar Entwurfsplanungen zu erstellen,
 - (verbindliche) Angebote zur Ausführung der Maßnahmen zu beschaffen,
 - detaillierte Finanzierungspläne zu erarbeiten,
 - verbindliche Finanzierungszusagen einzuholen sowie
 - leicht verständliche Entscheidungsvorlagen zu erstellen
- 72 Die Durchführung von investiven Maßnahmen ist in der Regel mit größeren baulichen Maßnahmen verbunden. Es ist dabei, wie bei jeder anderen Baumaßnahme auch darauf zu achten, dass:

- die Informationen über die Umsetzung der Maßnahmen im Voraus gut verteilt sind,
- die Maßnahme nur so geringen Einfluss auf den laufenden Betrieb hat wie nötig,
- die Maßnahme fachlich korrekt, budgetkonform und termintreu umgesetzt wird.

9.1.4.6 Nutzungsänderungen

Das Thema Nutzungsänderungen ist von hoher Bedeutung, weil sich dadurch die Baseline extrem stark verändern kann und zukünftige Verbrauchsveränderungen, gemessen an einer „zuvor festgelegten“ Baseline erklärungsbedürftig sind. D.h. Nutzungsänderungen (Mehr- oder Minderflächen) (Teil)-stilllegungen, An-, Zu- und Neubauten oder andere nutzungsbedingte Veränderungen des Energieverbrauchs sind bei der Analyse der Energie- und Medienverbräuche zu berücksichtigen. 73

Treten Nutzungsänderungen im laufenden Betrieb auf und die zuvor ausgewählten Maßnahmen waren wirtschaftlich, so kann sich dieser Zustand umkehren. Demzufolge sind diese Nutzungsänderungen sorgfältig zu dokumentieren, um bei der jährlichen Nachkalkulation der Energiesparmaßnahmen die Änderungen der Baseline zu berücksichtigen. 74

9.1.4.7 Regelmäßige Kommunikation

Insbesondere im Bereich Energiemanagement ergeben sich durch die Vielzahl der Einflussfaktoren viele Möglichkeiten von „Störungen“. Um alle Beteiligten frühzeitig über die Vorfälle und auch die Gegenmaßnahmen zur Störungsbeseitigung zu informieren, ist es ratsam regelmäßig zu kommunizieren. Zwischenberichte zum Stand der gewünschten Umsetzungen und viertel-, halb oder Jahresenergieberichte sind so zu gestalten, dass sie leicht verständlich und dennoch „inhaltsschwer“ sind. 75

Insbesondere und aufgrund oft gegensätzlichen Interessen, verschiedener Abteilungen in einem Unternehmen, ist ausgehend vom Energiemanagement eine besondere aktive Kommunikation zu führen, um die einzelnen Aktivitäten innerhalb des Energiemanagement als s.g. Gesamt- und Teilziele des Unternehmens zu etablieren: 76

- CO₂-Minderung 77
- Reduzierung der (Medien-)Verluste
- Geringe Energiekosten
- Effizienzsteigerung

Darüber hinaus ist durch die Kommunikation eines erfolgreichen Energiemanagements nach „außen“ eine grundsätzlich positive Entwicklung eines Unternehmens abzulesen. Somit gehen Fortschritt und Vorbildfunktion einher, getreu nach dem Motto: 78

„Tue Gutes und sprich darüber“ 79

9.1.4.8 Energieberichtserstellung

Sämtliche Analysen, Diagnosen und letztendliche alle Ergebnisse der einmaligen und auch der wiederkehrenden Aktivitäten werden in einem Bericht zusammenfassend dargestellt. 80

In welchen Zeiträumen diese Berichte zu erstellen sind, ist je nach Vertragsvereinbarung sehr unterschiedlich. Üblich sind mindestens Halb- oder Jahresberichte. Wird die Frequenz zur Bearbeitung von Berichten erhöht, so sind ggf. „online“ Berichte, die quasi jederzeit einen aktuellen Stand wiedergeben, einzurichten.

9.2 Energieeffizienter Betrieb technischer Anlagen

9.2.1 Energierrelevante Faktoren technischer Anlagen

9.2.1.1 Heizungsanlagen

a) Allgemeines

- 81 Warmwasserheizungsanlagen sind technische Einrichtungen, in denen ein Brennstoff, Öl, Gas, oder feste Brennstoffe verbrannt werden und die dabei freiwerdende Energie an das Wärmeträgermedium (in den meisten Fällen Wasser) abgegeben wird. Je nach Ausführungsart des Kessels, der Eigenschaften des Brennstoffs und der Wärmeübertragung ergeben sich zahlreiche Optimierungsmöglichkeiten, um möglichst wenig Energie aufzuwenden und im Nachgang die entsprechende Nutzenergie bereitzustellen. Die folgenden Parameter werden aufgelistet, erheben aber keinen Anspruch auf Vollständigkeit und ersetzen auch nicht dem kompetenten Heizungsfachbetrieb, der die Optimierungsaufgaben durchführt.

b) Vorlauftemperaturen

- 82 Die Vorlauftemperaturen sind je nach Dimensionierung, des nachgeschalteten Netzes ausgelegt bzw. am Kessel voreingestellt. Grundsätzlich ist eine geringere Vorlauftemperatur energiesparender als eine hohe. Die Vorlauftemperatur wird mit der Heizkurve des Kessels in der Regelung vorgegeben. Sie darf selbstverständlich nicht beliebig nach unten korrigiert werden, da sonst unterversorgte Bereiche entstehen können.

c) Rücklauftemperaturen

- 83 Die Rücklauftemperaturen aus dem Sekundärsystem (Heizflächen und andere Verbraucher) sind möglichst gering zu halten, sie dürfen jedoch nicht so niedrig sein, dass ggf. Schäden an (Kessel-)Bauteilen auftreten können.
- 84 In der Betriebsphase ist insgesamt eine hohe Spreizung von Vorlauf- zu Rücklauftemperatur zu erreichen. In diesem Fall wird also tatsächlich Energie an den Verbrauchsstellen „abgenommen“.

d) Abgastemperaturen

- 85 Abgastemperaturen sollten ebenfalls möglichst gering sein, soweit, wie das technische System dies zulässt, ohne Schaden zu nehmen.

e) Heizkesselgrößen

Sobald die Kesselgrößen deutlich überdimensioniert kommt es zu einem häufigen Schalten des Kessels. Dies führt zu hohen Stillstands-Verlusten, weil der einmal aufgeheizte Kessel wieder auskühlt. **86**

f) Brennergrößen

Die richtige Brennerwahl, also passend zu der Kesselgröße und auch eine variable Brennerleistung im Betrieb sparen erhebliche Energiemengen ein. **87**

g) Hydraulik der Sekundäranlage

Eine gute Hydraulik der Sekundäranlage zeichnet sich dadurch aus, dass alle angeschlossenen Verbraucher (z.B. Heizkörper) gleichmäßig durchflossen werden und somit nur ein Minimum an Pump- und Wärmeenergie aufgewendet werden muss, um alle Verbraucher energieeffizient zu erreichen. **88**

h) Wärmenetze 4.0

In großen Verteilanlagen (z.B. mehrere Gebäude auf einem Industriegelände, ein Klinikareal, oder ein Gebäudeverbund) werden Wärmenetze eingesetzt, die die Wärmeenergie zu den einzelnen Abnehmern transportieren. I.d.R. hängen die Verluste von den Netztemperaturen ab. Insofern ist es in der ersten Näherung sinnvoll die Netztemperaturen abzusenken und bei Unterschreiten einer gewissen Grenztemperatur spricht man dann sogar von „kalten Wärmenetzen“. **89**

Wärmenetze der Generation 4.0 haben nicht nur einen „Einspeiser“ sondern mehrere und diese sollten dann auch noch möglichst regenerativ sein. Man spricht dann von s.g. bidirektionalen Wärmenetzen, die sowohl Ein- als auch Ausspeiser (Prosumer) aufweisen. **90**

9.2.1.2 Kälteanlagen**a) Allgemeines**

Bei Kompressionskälteanlagen wird Strom zur Kaltwassererzeugung genutzt. Dieser Kälteanlagentyp kommt sehr häufig vor. Um den Betrieb von Kälteanlagen zu optimieren und somit den Stromeinsatz zu minimieren, sind die folgenden Parameter und Hinweise von Bedeutung: **91**

b) Einschaltpunkt der Kälteanlage

Um den angeschlossenen Nutzern (z.B. Klimaanlage zur Klimatisierung von Bürogebäuden) einen hohen Komfort zu bieten, werden die Einschalttemperaturen der Klimaanlage oft sehr weit nach unten „gedrückt“. Das heißt Einschaltpunkte von 15 °C und darunter sind durchaus in der Praxis anzutreffen. Es gilt jedoch den Einschaltpunkt herauszufinden, der den Komfortansprüchen gerade noch eben ohne Abstriche gerecht wird, aber den Betrieb der Kältemaschine wesentlich effizienter und energiesparender gewährleistet. **92**

c) Gleitende Kühlwassertemperatur

- 93 Die Kühlwasservorlauftemperatur sollte nicht immer konstant 6°C betragen, sondern an der Außentemperatur „gleiten“. Das heißt bei niedrigeren Außentemperaturen aber einem immer noch vorhandenen Kältebedarf sind die Vorlauftemperaturen höher zu wählen.

d) Optimale Betriebspunkt einer Kältemaschine

- 94 Die Kältemaschine hat Ihren optimalen Arbeitspunkt nicht bei einer Leistungsabgabe von 100 %. Insbesondere neuere Maschinen haben bereits in den unteren Leistungsbereichen sehr hohe Coefficients of Performance¹⁸ (COP) aufzuweisen. Verfügt eine Anlage über mehrere Kältemaschinen, so ist es ggf. sinnvoll, zwei Maschinen gleichzeitig laufen zu lassen, um beide Maschinen im „Optimum“ zu betreiben.

e) Kühlturmregime und Hydraulik

- 95 Weitere Potenziale zum energieoptimierten Betrieb bestehen in einem Kühlturmregime und auch in wesentlichen Teilen im Bereich der Hydraulik des Kältenetzes inner- und außerhalb von Gebäuden.

f) Eisspeicher

- 96 Durch die Pufferung in s.g. Eisspeichern werden weitere Potenziale erschlossen.

9.2.1.3 Raumluftechnische Anlagen

- 97 Die Aufgabe von Raumluftechnischen (RLT-)Anlagen ist nicht nur, ein behagliches Innenraumklima hinsichtlich Feuchte und Temperatur, sondern auch eine gute Raumlufqualität bei gleichzeitig minimalem Energieverbrauch sicherzustellen.
- 98 Beim Betrieb von raumluftechnischen Anlagen sind je nach Nutzung und Anforderungsprofil verschiedene Anlagentypen installiert
- einfache Abluftanlagen
 - Zu- und Abluftanlagen
 - Zu- und Abluftanlagen mit Rückgewinnung
 - Teil- oder Vollklimaanlagen mit Wärmerückgewinnung (WRG)
- 99 Die Möglichkeiten des optimierten und energieeffizienten Betriebs sind dabei ebenso vielfältig. Im folgenden Text werden einige Hinweise aufgeführt, die den Energieverbrauch senken allerdings ohne Anspruch auf Vollständigkeit:
- Der in den Raum einzubringende (Frisch-)Luftvolumenstrom sollte dem aktuellen Bedarf entsprechen (Überprüfung der Plangrößen mit der aktuellen Nutzung des/der Räume).
 - Weitere Potenziale zum energieoptimierten Betrieb bestehen in der freien Kühlung von Räumen, d.h. z.B. in den Nachtstunden kann „kühle“ Luft durch die Räume geblasen

18 **COP** Coefficient of Performance (früher Leistungszahl). Verhältnis von Nutzleistung zu Leistungsaufnahme bei Kältemaschinen oder auch Wärmepumpen.

werden, um am nächsten Tag den Einschaltpunkt einer ggf. notwendigen maschinellen Kühlung möglichst weit nach „hinten“ zu schieben.

- Die Schaltzeiten sind den Nutzungszeiten anzupassen.
- Die RLT Anlagen sind hinsichtlich ihrer Vorgaben für die zulässige Feuchte und die Zulufttemperatur auf ein energetisches Minimum zu begrenzen, dabei sollten die thermischen Toleranzbänder (z.B. nach DIN EN 13779) Berücksichtigung finden.
- Filter sind gemäß vorbeugender Instandhaltungstaktik rechtzeitig zu wechseln.
- Bedarfsabhängiger Betrieb also eine bedarfsgeregelte Lüftung hinsichtlich Heizung, Beleuchtung, Klimaanlage und auch z.B. zahlreichen Bürogeräten. Hierunter wird eine optimierte Betriebsweise von RLT-Anlagen verstanden, bei der mittels Fühler und speziellen Regel- und Steuerstrategien in allen Lastzuständen, vor allem aber im Teillastbereich, eine Belüftung entsprechend des ermittelten Lüfterneuerungsbedarfs stattfindet. Als technische Voraussetzung werden Frequenzumrichter (FU19) an den Ventilatoren ggf. nachgerüstet, die die Leistung des Ventilatormotors flexibel abrufen.

9.2.1.4 Gebäudeleittechnik

Nicht in allen Objekten sind Gebäudeleitstände installiert, an denen die Betriebszustände der einzelnen Anlagen im Betrieb der technischen Anlagen beobachtet werden können. In den Immobilien, in denen eine Gebäudeleittechnik (GLT) vorhanden ist, wird sie meistens nicht im vollen Umfang genutzt, obwohl durch den „Fernzugriff“ auf die Anlagen ein erhebliches Energieeffizienzpotenzial gehoben werden könnte.

100

Je nachdem welche Anlagen aufgeschaltet sind, können zahlreiche Aufgaben der effizienten Betriebsführung gemäß der folgenden beispielhaften Auflistungen dazu führen, dass die Energieverbräuche, unter Beibehaltung des gewünschten Komforts, deutlich absinken.

101

- das nutzungsgerechte Ein- und Ausschalten von Anlagen (Einführung von Zeitschaltprogrammen für Wochenend- und andere Tage oder Tag/Nachtschaltungen),
- das Mitschreiben von Trends (minutenweise Aufzeichnung der Energieverbräuche oder anderer Anlagenparameter) einzelner Anlagenteile (z.B. das Verbrauchsverhalten einer Kältemaschine oder eines Brenners),
- Einstellung von Grenzwerten (Feuchte, Raumtemperaturen, ...),

9.2.1.5 Elektrotechnische Anlagen

Auch in elektrotechnischen Anlagen verbergen sich Einsparpotenziale, die es zu identifizieren gilt und langfristig im Rahmen der energieeffizienten Betriebsführung auf dem reduzierten Niveau zu halten.

102

Es bestehen z.T. mehrere Einspeisepunkte in einem Objekt, um die Stromversorgung auch bei Netzausfall, ggf. über den zweiten Einspeisepunkt weiter versorgen zu lassen. Dennoch

103

19 FU Frequenzumrichter für Elektromotoren. Diese Bauteil wird oft bei Pumpen oder Ventilatoren verwendet, um die Fördermenge zu regeln, sodass sich eine nahezu verlustfreie Anpassung an den jeweiligen Bedarf ergeben kann.

besteht ggf. ein Einsparpotenzial im Bereich der kaufmännischen Betrachtung mehrerer Anschlüsse bei nur einem Messstellenbetreiber.

- 104** Im Bereich der Trafoanlagen sind die Stillstandsverluste bei Nichtnutzung ein Fundus zur Energieeinsparung.

9.2.1.6 Druckluftanlagen

a) Einsatzbereiche

- 105** Insbesondere in Industrie und Produktionsstätten wird Druckluft in verschiedenen Einsatzbereichen (pneumatisch betriebene Antriebe, pneumatische Regelungen, auch z.B. zur Förderung von Schmelzen in die Gießform, Werkstück- und Maschinenreinigung) genutzt. Die aufgewendeten Energiekosten sind oft sehr hoch, so dass Maßnahmen im Bereich von Druckluftanlagen große Einsparpotenziale bergen.
- 106** Diese Einsparpotenziale gilt es zu erkennen und immer wieder von neuem im Rahmen einer energieeffizienten Betriebsführung auf dem reduzierten Niveau zu halten. Dabei können folgende Maßnahmen erfolgreich sein:

b) Zentrale Anlage

- Einsatz neuester Technik also Kompressoren, Speicher (Einsparpotenzial gegenüber Bestand bis zu 15 %),
- Nachrüstung oder Optimierung der Kompressorsteuerung (Einsparpotenzial bis 20 %),
- Nutzung der Abwärme aus den Kompressoren (Rückgewinnungsquote bis zu 90 %).

c) Verteilnetz und Entnahmestellen

- Ortung und Beseitigung von Leckagen (Einsparpotenzial bis zu 50 %),
- Reduzierung des Druckniveaus (Einsparpotenzial von 5 % bis zu 8 % pro 1 bar),
- permanente Leckagensuche (nachhaltiges Energiemanagement).

9.2.1.7 Beleuchtungsanlagen

- 107** Die Anforderungen an die Sehaufgaben in den verschiedensten Bereichen (Büroarbeitsplatz, Prüffeld, Fluchtweg usw.) werden durch entsprechende Normen (DIN EN 12464) und Richtlinien beschrieben und festgelegt. Die Beleuchtungsanlagen und auch das Umfeld (z.B. Farbgebung von Wand- Boden- und Deckenflächen usw.) müssen diese Vorgaben erfüllen. Dabei gilt es die gewünschte vorgegebene Farbtemperatur, die Beleuchtungsstärke, die Blendfreiheit usw. genau einzuhalten. Allerdings gibt dieses Spannungsfeld eine Vielzahl von Leuchten- und Lampenkombinationen, die diese Anforderungen genauso gut erfüllen, allerdings mit einem wesentlich geringeren Einsatz an Energie. Da in diesem Bereich erhebliche Fortschritte erfolgt sind, sind gerade Leuchten und Lampen älterer Bauart ganz ungewollt große Stromverbraucher, weil sie zum Zeitpunkt der Installation das Optimum aus Erfüllung der Sehaufgabe und Installationskosten darstellten. Aus diesem Grund gibt es heute zahlreiche Ansatzpunkte um den Stromverbrauch deutlich zu senken:

- Schaltzeiten optimieren 108
- Tageslicht integrieren (z.B. dimmbare EVG²⁰)
- Einfacher Lampentausch (z.B. ESL²¹) (sofern Fassungen, Adapter und Leuchten dies zulassen)
- Lampen und Leuchtentausch
- Wechsel der Lampentechnik (z.B. Halogenlampen werden durch LED ersetzt)

9.2.2 Führungsgrößen zur Beurteilung des energieeffizienten Betriebs

9.2.2.1 Nutzungsgrad von Heizungsanlagen

Als Führungsgröße in der Heizungsanlagentechnik bietet sich der **Jahresnutzungsgrad** 109 an. Dieser durch den Quotienten der gesamten erzeugten Nutzenergiemenge also die erzeugte Wärme in MWh/a und der eingesetzten Brennstoffmenge²² in MWh/a definiert.

Ergebnis ist ein Jahresnutzungsgrad, der bei 110

- sehr schlechten und alten Anlagen von 55 % – 60 % über
- mittlere von 78 % – 85 % bis hin zu
- sehr guten Nutzungsgraden von über 92 % reicht.

Durch geeignete Maßnahmen ist der Nutzungsgrad eigentlich bei fast jeder Anlage zu steigern. Zeichnet man den Nutzungsgrad permanent auf (siehe Monitoring), so ergibt sich ein sehr guter permanenter Über- und Einblick in die Fahrweise der Anlage selbst durch die **Beobachtung nur einer** Führungsgröße. 111

9.2.2.2 Coefficient of Performance bei Kälteanlagen

Als Führungsgröße in der Kälteanlagentechnik bietet sich ebenfalls der Jahresnutzungsgrad an. In der Kältetechnik wird dieser üblicherweise Coefficient of Performance (COP) genannt. Er ist definiert in dem die gesamte erzeugte Nutzenergiemenge, also die erzeugte Kaltwassermenge in MWh/a durch die eingesetzte Menge an Strom (bei Kompressionsmaschinen) in MWh/a dividiert wird. Auch für anders angetriebene Kältemaschinen lässt sich ein COP berechnen. In diesen Fällen wird dann genauso der entsprechende Energieträger, gemessen in MWh, durch die produzierte Kaltwassermenge dividiert. 112

Ergebnis ist ein COP, der bei 113

- sehr schlechten und alten Anlagen von 0,8–1,5 über
- mittlere von 2,5–4 bis hin zu
- sehr guten COP von über 6 bis 8 reicht oder bei neueren Maschinen noch höher liegen kann.

20 EVG Elektronisches Vorschaltgerät für Leuchtstofflampen.

21 ESL Energiesparlampe. Meist sind damit Kompakt-Energiesparlampen gemeint, die das Vorschaltgerät im (Schraub-)Sockel integriert haben.

22 Die Brennstoffmenge ist mit dem „unteren“ Brenn- bzw. Heizwert H_1 (früher H_u) anzusetzen, Brennwert H_s (früher H_0) wobei das „s“ für superior (lat.) „höher“ steht.

- 114 Durch geeignete Maßnahmen (siehe effizienter Betrieb von Kälteanlagen u.a. auch im VDMA Blatt 24247) ist der COP eigentlich bei fast jeder Anlage enorm steigerungsfähig. Ziel ist es mit nur einer Führungsgröße, unter der Voraussetzung der Aufzeichnung des Verlaufs dieser Größe über längere Zeiträume einen Über- und Einblick in die Fahrweise der Anlage zu gewinnen.

9.2.2.3 Luftmengenindikator für Raumluftechnische Anlagen

- 115 Als Führungsgröße in der Raumluftechnik bietet sich die spezifische Ventilatorleistung (SFP = specific fan power) gemäß Definition der DIN EN 13779 an. Dieser spezifische Wert definiert sich durch das Verhältnis von Ventilatorleistung zum geförderten Luftvolumenstrom. Je niedriger die spezifische Ventilatorleistung ist, desto effizienter ist die Lüftungsanlage konzipiert. Dennoch liegt der spezifische Wert bei Großanlagen zwischen SFP-3 bis SFP-4 und bei Kleinanlagen zwischen SFP-5 bis SFP-7. In der gültigen Energieeinsparverordnung werden bereits Vorgaben für SFP definiert.
- 116 Klassifizierung der spezifischen Ventilatorleistung gemäß Tabelle 9 der DIN EN 13779
- Kategorie SFP in $\text{W}/\text{m}^3\text{s}$
 - SFP 1 < 500
 - SFP 2 500 bis 750
 - SFP 3 750 bis 1250
 - SFP 4 1250 bis 2000
 - SFP 5 2000 bis 3000
 - SFP 6 3000 bis 4500
 - SFP 7 > 4500

9.3 Energiekostenreduktion durch optimierten Einkauf

9.3.1 Analyse der Einkaufsmengen

9.3.1.1 Datenerfassung

- 117 In einem ersten Analyseschritt werden sämtliche relevanten Daten (Energieverbräuche aus eigenen Aufzeichnungen, Rechnungen der Lieferanten und Energiebezugsverträge) gesammelt, geordnet und elektronisch erfasst. Grundlegend ist es daher sinnvoll, alle Daten in einer gesamten Liste zu erfassen (siehe Checkliste im Anhang). Dabei werden Messtellen mit einer Lastgangmessung²³ (RLM = registrierende Leistungsmessung) von solchen Messtellen (SLP = Standardlastprofil), die nur einmal jährlich abgelesen werden, unterschieden.

23 **Lastgang** Verlauf der Leistungsanspruchnahme eines Gebäudes oder Anlage. Die Registrierung erfolgt meist im $1/4$ -Stunden-Intervall.

9.3.1.2 Strukturierung

Um die besten Chancen beim Einkauf zu erhalten, werden die benötigten Energiemengen strukturiert. D.h. es werden ggf. Lose für bestimmte Teile des Portfolios oder für bestimmte Zeiträume geschaffen. So wird nach und nach eine auf den Kunden angepasste Beschaffungsstrategie erarbeitet. 118

9.3.1.3 Prognose zur Einsparung

Durch die Kenntnis des Marktes und der zu beschaffenden Energiemengen kann und sollte eine Einsparprognose aufgestellt werden. Diese dient später nach der Vergabe als Benchmark. 119

9.3.2 Ausschreibung/Vergabe

9.3.2.1 Auftragsgeberidentifizierung

Bei der Vergabe von Aufträgen und Dienstleistungen ist die Firmierung bzw. die Herkunft des Auftraggebers (AG) von großer Bedeutung. D.h. wird der AG z.B. als öffentlicher AG identifiziert, so gilt selbstverständlich das öffentliche Vergaberecht und die dazugehörigen Verfahrensregeln. Wenn sich der AG dem privatrechtlichen Bereich zuordnen lässt, dann sind die folgenden Hinweise und Vorgehensbeschreibungen sicherlich hilfreich. Für Auftraggeber, die keine eindeutig Zuordnung aufweisen, sind zunächst Prüfungen hinsichtlich der jeweils vorgeschriebenen Vergaberichtlinien durchzuführen. 120

9.3.2.2 Vorgehensweise

Die Ausschreibung findet in einem zweistufigen Verfahren (Indikative und Abschließende Verhandlungsrunde) statt. Nach der Festlegung der zu beschaffenden Energiemengen werden 8–10 Lieferanten ausgewählt, die die spezifischen Anforderungen des Ausschreibenden erfüllen. Mit Zusendung der Ausschreibungsunterlage wird ein indikatives Angebot mit Fristsetzung zur Abgabe eingefordert. Nach Auswertung der Indikativen Ausschreibungsrunde werden die drei günstigsten Bieter (Preis und Qualität) zu einer Verhandlungsrunde eingeladen. 121

In dieser Verhandlungsrunde werden die Anbieter verbindliche Angebote abgeben. Aufgrund der Volatilität an den Strom- und Gasmärkten muss eine zeitnahe (manchmal sofortige) Auftragsvergabe an den günstigsten Bieter erfolgen. 122

9.3.2.3 Bewertungsmatrix

a) Prinzipielles Vorgehen

Alle noch im Verfahren der Verhandlungsrunde befindlichen Bieter werden mit ihren Haupt- und ggf. vorhandenen Nebenangeboten in einer Matrix erfasst. Diese Matrix dient zur übersichtlichen Darstellung der Bieterkonditionen und der für die einzelnen Wer- 123

tungen gesetzten Wichtung. Die Angebote sollten nicht nur nach dem günstigsten Preis vergeben werden, sondern es sollte auch noch andere (siehe folgende Auflistung) für den späteren Betrieb bzw. für die zukünftige Zusammenarbeit mit gewertet werden. Folgende Wertungskriterien sollten dabei berücksichtigt werden:

b) Preis

- 124 Der Preis wird mit einem vorgeschlagenen Wichtungsfaktor von 70 % und als reiner Energiepreis, incl. Dienstleistungsgebühr, allerdings ohne Steuern und Abgaben definiert und geht auf diese Art in die Wertung ein.

c) Qualität

- 125 Aus Erfahrung kann ein Wichtungsfaktor von 10 % vorgeschlagen werden. Die Qualität des Bieters liegt ggf. in der Organisationsform. Stellt er beispielweise einen Key Account Manager für den Kunden bereit, oder verfügt er über ein Callcenter, welches im Zweifelsfall Anfragen von einer Vielzahl von Kunden bewältigen kann, dann ist seine Qualität höher einzustufen.

d) Referenzen

- 126 Üblicherweise werden auch die bestehenden Referenzen bewertet. Sie sollten allerdings einen Wichtungsfaktor von 10 % nicht überschreiten. Eine hohe Wertigkeit erzielt der Bieter, der über zahlreiche abgewinkelte Energiebelieferungen verfügt und ggf. schon seit mehreren Jahren am Markt aktiv ist.

e) Erfahrung

- 127 Die professionelle Erfahrung des Bieters sollte ebenfalls Berücksichtigung finden. Dabei hat sich ein Wichtungsfaktor von 10 % als brauchbar erwiesen. Beurteilt wird im Rahmen der Erfahrung der Umgang mit einer bestimmten Zielgruppe, oder Erfahrung im Wechselprozess mit vielen Kunden.

9.3.3 Einkaufsmodelle

9.3.3.1 Stichtagsbeschaffung

- 128 Die Stichtagsbeschaffung ist die häufigste Art der Beschaffung. D.h. es wird zu einem fixen Termin eine zuvor fixierte Menge Energie (Strom/Gas o.a.) für einen bestimmten Lieferzeitraum mit einem Fixpreis beschafft. Vorteil dieser Beschaffungsart ist die Risikofreiheit von steigenden Energiepreisen während der Vertragslaufzeit. Nachteil ist allerdings, dass fallende Energiepreise während der Vertragslaufzeit in der Regel keine Möglichkeit der Anpassung erlauben.

9.3.3.2 Strukturierte Beschaffung

Die strukturierte Beschaffung erhöht die Chancen, die benötigten Energiemengen zu einem günstigeren Preis im Vergleich mit dem üblichen Markt einzukaufen, als auch im Gegensatz zur Stichtagsbeschaffung. Es werden also in der Regel pro Jahr an mehreren s.g. Einkaufstagen verschieden große Mengen Energie beschafft. Die jeweils eingekaufte Menge richtet sich nach dem Preis an dem Beschaffungstag. Wenn der Preis günstig ist, kann es durchaus sein, dass ein Großteil des Jahresbedarfes gekauft wird. Wäre der Preis am Beschaffungstag eher hoch, so würde vielleicht auch nur eine geringere Teilmenge oder

129

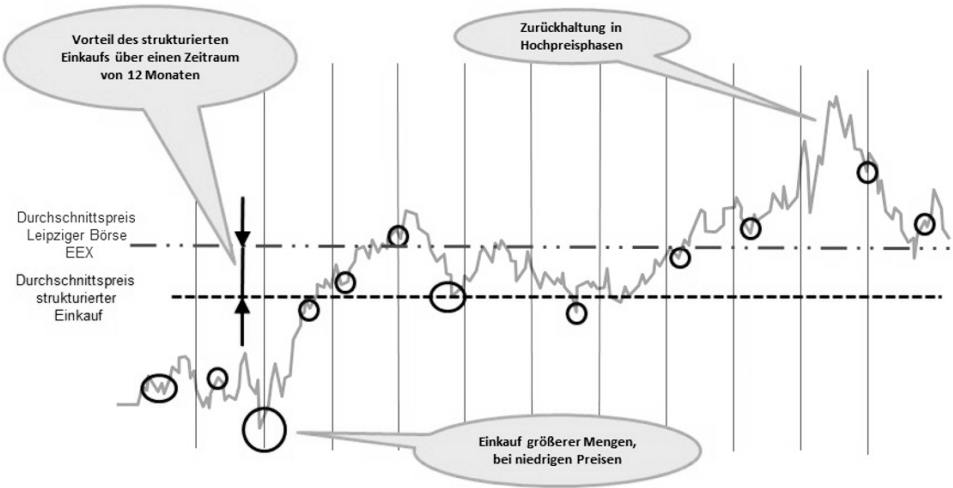


Abb. 9.5 Strukturierte Beschaffung (Einkaufsstranchen)



Die Beschaffungsstrategie ist als rollierendes System ausgebildet

Abb. 9.6 Strukturierte Beschaffung (Vertragsablauf)

sogar keine Energie eingekauft werden. Am Ende ist sogar der Zeitpunkt der Beschaffung variabel, um einen günstigen Zeitpunkt zum Einkauf zu nutzen (Abb. 9.5).

- 130** Bei diesem Einkaufsmodell wird lediglich die Dienstleistungsgebühr für den Vertragszeitraum fixiert (Abb. 9.6). Der tatsächliche Preis richtet sich dann jeweils nach dem tatsächlichen Einkaufsdatum.

9.3.4 Umsetzung/Wechselprozess

- 131** Nach der Auftragsvergabe ist mit dem neuen Lieferanten die Realisierung der Wechselprozesse sowohl zeitlich als auch inhaltlich vorzubereiten. Dabei ist es wichtig, feste Ansprechpartner auf beiden Seiten zu benennen und einen wöchentlichen Statusbericht bis zur vollständigen Umstellung zu installieren.
- 132** Zusammengefasst sind folgende Schritte in einem klassischen Wechselprozess zu durchlaufen (Abb. 9.7):
- Überprüfung der ausgeschriebenen Abnahmestellen
 - Rahmenvertragsabschluss mit dem Neulieferanten
 - Kündigung der Altlieferanten durch den Neulieferanten
 - Anmeldung beim Netzbetreiber durch den Neulieferanten
 - Vereinheitlichung der Lieferzeiten
- 133** Nach erfolgreicher Durchführung der Wechselprozesse hat der Energiemanager des AG einen vollständigen Überblick über die ersparten bzw. über die neuen Belieferungskosten und der dazugehörigen Abnahmestellen.

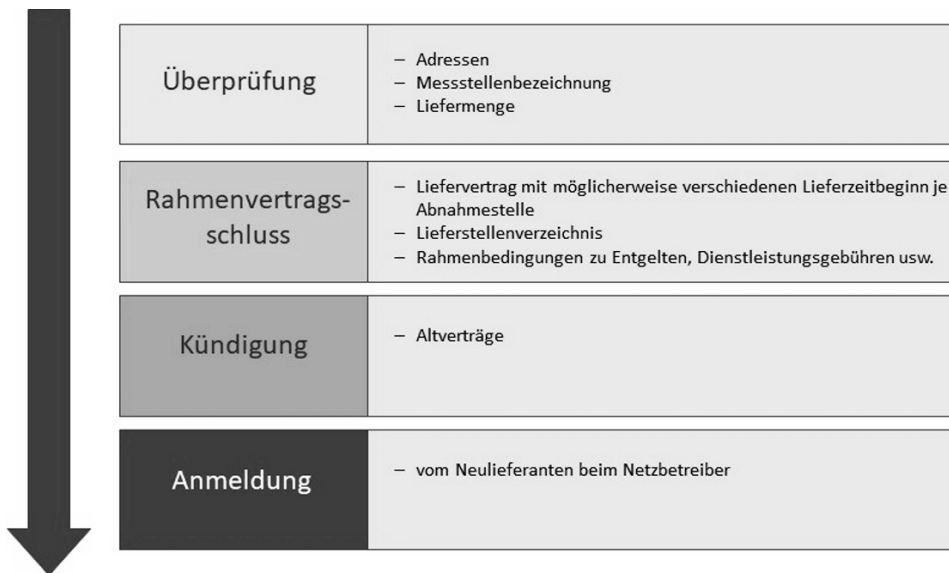


Abb. 9.7 Wechselprozess



Abb. 9.8
Schematische Darstellung
der Zusammenarbeit

9.4 Normen, Gesetze und Richtlinien

9.4.1 Allgemeines

In der täglichen fachübergreifenden Zusammenarbeit verschiedener Unternehmensteilen eines Unternehmen zum Thema Energie zwischen, z.B. der ggf. vorhandenen Bauabteilung, dem Facility Management und auch der Teildisziplin Energiemanagement, sind zahlreiche Normen, Gesetze und Richtlinien zu berücksichtigen, die im Folgenden, ohne Anspruch auf Vollständigkeit aufgelistet sind (Abb. 9.8).

134

Insbesondere kann es zu einer Zusammenlegung von Gesetzen in einem Gebäudeenergiegesetz GEG²⁴ kommen, in dem die EnEV, das EnEG und das EEWärmeG aufgehen.

9.4.2 Energieeinsparverordnung

Mit dieser Verordnung wurde die früher geltende Wärmeschutzverordnung und die Heizungsanlagenverordnung zusammengeführt. Die Energieeinsparverordnung (EnEV) fußt auf dem Energieeinsparungsgesetz (EnEG) und ist somit eine Verordnung über den energiesparenden Wärmeschutz und die energiesparende Anlagentechnik in Gebäuden. In der Verordnung werden Standardanforderungen zum Energieverbrauch von Gebäuden vorgeschrieben. Sie gilt für Wohn- und Bürogebäude und beinhaltet auch Anforderungen für

135

²⁴ GEG Gebäudeenergiegesetz sollte bereits in der 18. Legislaturperiode der Bundesregierung beschlossen werden. Diese Zusammenlegung wird in der 19. Legislaturperiode erwartet. Mit dem GEG wird das gesamte Energiesparrecht für Gebäude sowie der Einsatz erneuerbarer Energien neu aufgestellt. Ursache ist die „EU-Gebäuderichtlinie (2010). Sie fordert den Niedrigstenergiestandard für Neubauten.

besondere Betriebsgebäude. Die jeweils gültige Verordnung ist zu beachten und häufig ist eine Novellierung bereits in Vorbereitung. Dabei werden die geltenden Anforderungen weiter verschärft. Allerdings werden nach wie vor nur Neubauten betrachtet oder wenn wesentliche Eingriffe in die Bestandsanlagen und – gebäuden getätigt werden (Bauteilverfahren), „greift“ die Verordnung auch bei Bestandsbauten. Bereits ab einer neu dazu gebauten Fläche von 50 m² in einem Bestandsgebäude ist die EnEV für diesen Gebäudeteil anzuwenden.

- 136 Für das Energiemanagement ist diese Verordnung insofern von Bedeutung, als dass sich durch einen Neubau erhebliche Änderungen im Energiemanagement ergeben können. Sofort sind die Themen Energieversorgung, eventuell neu zu erstellende Energiewandlungsanlagen in Kombination mit Bestandsanlagen zu aktualisieren und die resultierenden Nutzungsänderungen führen dann auch zur Anpassung der Baseline und anderer nachzuführender Aktivitäten.

9.4.3 Energiemanagementsysteme nach DIN EN ISO 50001

9.4.3.1 Einführung

- 137 Die Norm EN ISO 50001²⁵ (im Dezember 2011 veröffentlicht) ist u.a. aus der DIN 16001 (im April 2012 zurückgezogen) hervorgegangen und listet die Anforderungen auf, denen ein Energiemanagementsystem in einem Unternehmen genügen muss, um zeitlich befristet zertifiziert werden zu können. Diese Zertifizierung wird in der Zulieferindustrie sicherlich immer häufiger von den Auftraggebern gefordert werden und die Zertifizierung ist für manche Betriebe auch der Nachweis, um in den Genuss einiger Ausnahmeregelungen des EEG²⁶ zu gelangen. Die Ausrichtung eines Unternehmens nach der DIN EN ISO 50001 auch ohne äußeren Zwang, stellt sicherlich ein Unternehmen zukunftsweisend auf, weil alle (Energie-)Aspekte eines Unternehmens gleich welcher Art umfassend behandelt werden. Und es wird ein Prozess zur kontinuierlichen Verbesserung der energiebezogenen Leistung nachhaltig implementiert.
- 138 Grundsätzlich werden in dieser Norm folgende Aspekte (Analyse, Konzeption, Implementierung, Zertifizierung und wiederkehrende Audits) behandelt, bzw. es wird durch den folgenden strukturierten Ablaufplan von der Analyse bis hin zur Zertifizierung sowie den wiederkehrenden Audits, der Rahmen eines umfassenden Energiemanagementsystems nach DIN EN ISO 50001 aufgespannt.

25 Zur ISO 50001 zählen auch die ISO 50003 Akkreditierungsnorm für die Zertifizierungsstellen, die ISO 50006 Leitfaden zu Energiekennzahlen und die ISO 50015 Leitfaden zur Messung und Überprüfung der energiebezogenen Leistung.

26 EEG Erneuerbare-Energien-Gesetz. Um keine Nachteile im internationalen Wettbewerb zu erleiden, können stromintensive Unternehmen eine Reduzierung der EEG-Umlage beantragen.

9.4.3.2 Analyse

Innerhalb der Analyse werden i.d.R. die Aufnahme der energiewirtschaftlichen Ausgangslage bzw. aller Energieaspekte, die Vorhersage der Ergebnisauswirkung eines eingeführten EMS nach DIN EN ISO 50001 und daraus resultierende mögliche Vergünstigungen analysiert. Mögliche monetäre Einsparungen werden somit prognostiziert. 139

9.4.3.3 Konzeption

Die ganzheitliche Konzeption führt zur Aufstellung des inhaltlichen Konzeptes zur Erfüllung der Norm, beinhaltet die Aussagen zur Energiepolitik des Unternehmens und lotet die Grenzen aus bzw. gibt Hinweise zu den Anwendungsbereichen innerhalb des Unternehmens. Abschließend ergibt sich eine Aufstellung und Dokumentation von Organisations-, Personal-, Prozess-, Kommunikations- und ggf. auch IT-konzepten. 140

9.4.3.4 Implementierung

In der Implementierungsphase werden die in der Konzeption entworfenen Handlungsfelder in die Realität umgesetzt. 141

9.4.3.5 Zertifizierung

Die Zertifizierung muss von einem akkreditierten Zertifizierungsunternehmen vorgenommen werden. D.h. innerhalb der Zertifizierung werden alle aus der Norm geforderten Anforderungen hinsichtlich ihrer Umsetzung im Unternehmen überprüft. Werden alle Anforderungen erfüllt, so wird ein Zertifikat ausgestellt, bzw. es werden „Nachbesserungen“ mit einer gewissen zeitlichen Verpflichtung zur „Nachreichung“ und Erstellung aufgelistet. 142

9.4.3.6 Wiederkehrende Audits

Um das Energiemanagementsystem permanent aufrecht zu erhalten, sind wiederkehrende Audits durchzuführen. Interne Audits „beleuchten“ schon unterjährig die ggf. vorhandenen Defizite einer wiederkehrenden Zertifizierung. 143

9.4.4 Erneuerbare-Energien-Gesetz

Das Gesetz, welches die bevorzugte Einspeisung von Strom aus Erneuerbarer Energien regelt, lautet in seiner Kurzform Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG). Das Gesetz legt Einspeisebedingungen und Vergütungen fest bzw. durch das Gesetz werden den Betreibern regenerativer Erzeugeranlagen feste Einspeisevergütungen über einen langen Zeitraum garantiert. 144

- 145 Hinsichtlich der Bedeutung für die Aufgaben des Facility Managers einer Liegenschaft ergeben sich ggf.
- Tätigkeiten zur Beantragung von Vergütungen gemäß EEG, sofern eine entsprechende Anlage betrieben wird oder
 - Stellung von Erstattungsanträgen, sofern das eigene Unternehmen auf Grund besonderer Stellungen in den Genuss von Vergünstigen kommt. Möglicherweise hat das untersuchte Unternehmen beispielsweise einen sehr hohen Strombedarf oder es kommen andere vergünstigende Faktoren zum Tragen.

9.4.5 Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz

- 146 Das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) schreibt vor, welche Anforderungen einzuhalten sind, die es beim Ausbau erneuerbarer Energien im Wärme- und Kältesektor, bei der energetischen Gebäudesanierung und dem Neubau einzuhalten gilt.
- 147 Das Gesetz gilt seit 2009 und führte somit eine Pflicht zur Verwendung von erneuerbaren Energien beim Neubau von Gebäuden (beginnend ab einer Nutzfläche von mehr als 50qm) die so genannte Nutzungspflicht gem. § 3 Abs. 1 EEWärmeG ein.
- 148 Es müssen somit bestimmte Mindestprozentsätze des gesamten Energiebedarfes aus regenerativen Quellen bereitgestellt werden. Ausnahmen sind möglich, wie z.B.:
- Die Nutzung von technischer Abwärme zu 50 % (§ 7 Nr. 1a).
 - Der Einsatz der Wärme-Kraft-Kopplungs-Anlagen zu mindestens 50 %, soweit die Anlagen hocheffizient sind, d.h. gegenüber einer getrennten Wärme- und Stromerzeugung eine Einsparung von mindestens 10 % der eingesetzten Energie erbringen (§ 7 Abs. 1b).
 - Durch die Steigerung der Energieeffizienz von Gebäuden, z.B. durch die Übererfüllung der jeweils gültigen Anforderungen der EnEV, um mehr als 15 % (§ 7 Nr. 2).
 - Der direkten Anschluss an Wärmenetze, deren Wärme mindestens zur Hälfte aus KWK-Anlagen bezogen wird (§ 7 Nr. 3).
- 149 Für das Energiemanagement ist dieses Gesetz insoweit von Bedeutung, dass bei entsprechendem Zubau von Flächen, die Anforderungen des Gesetzes in die Gesamtkonzeption zur Energieversorgung und den Bestandsanlagen zu berücksichtigen sind.

9.4.6 Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz

- 150 Das KWK Gesetz (KWKG) ist für die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung bereits 2002 in Kraft getreten und wurde danach mehrmals novelliert. Ziel des Gesetzes ist die Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplungs Anlagen zu fördern und mit einem „befristeten Schutz“ zu versehen. So erhalten die KWK-Anlagen eine s.g. **KWK-Vergütung**, die je nach Anlagengröße Rückvergütungen je produzierte Kilowattstunde für bestimmte endliche Zeiträume garantiert.

Die Bedeutung des Gesetzes innerhalb des Energiemanagements liegt darin, die Konzeption der Versorgungsstruktur der betreuten Immobilie so zu arrangieren, dass eine effiziente Energieversorgung bei gleichzeitigem Ausbau der KWK gewährleistet wird, sofern dies für die betrachtete Immobilie ökologisch und ökonomisch, also gemessen an den Nutzungen der Immobilie, sinnvoll ist. 151

9.4.7 Energiewirtschaftsgesetz

Die Ziele des EnWG sind gem. § 1 EnWG: 152

- Die „möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche“ Versorgung der Allgemeinheit mit Strom und Gas,
- die „Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen“ und
- die Umsetzung und Durchsetzung des Energierechts der Europäischen Gemeinschaft.

In bestimmten Konstellationen innerhalb einer Immobilie oder einer Liegenschaft kann es dazu kommen, dass die Energieversorgungsstrukturen dazu führen, dass dieses Gesetz berührt wird und die o.g. Ziele ggf. nicht vollständig realisiert werden können. In diesen Fällen wird von s.g. Arealnetzen bzw. Objektnetzen gesprochen, bei denen es zu einer entsprechenden objektspezifischen Betrachtung kommen muss. 153

Im Rahmen des Energiemanagements ist die o.g. Problematik sehr sorgfältig zu betrachten und es sind in Abstimmung mit den Energieversorgungsstrukturen Lösungen zu erarbeiten, die die legale Abbildung und die Erfüllung der gestellten Anforderungen des Gesetzes gewährleisten. Objektnetzbetreiber müssen einen Antrag zur Einstufung des Verteilnetzes bei der zuständigen Landesregulierungsbehörde bzw. Bundesnetzagentur stellen. Dabei sind die Energienutzung und die räumliche Ausdehnung die entscheidenden Kriterien für die Einstufung der Arealnetze. 154

9.4.8 Stromsteuergesetz

Das Stromsteuergesetz (StromStG) regelt die Steuer auf den Verbrauch von Strom. Die Zollbehörden verwalten das Steueraufkommen und die Einkünfte stehen dem Bund zu. 155

Es existieren Befreiungen von der Steuer, sofern die Produktion von Strom aus regenerativen Energiequellen erfolgt. Steuervergünstigungen werden für Unternehmen des produzierenden Gewerbes gewährt. 156

Die Bedeutung des Gesetzes innerhalb des Energiemanagements besteht ggf. in der Gewährung von Befreiungen oder Vergünstigungen sofern die Energieversorgungsanlagen der Immobilie die entsprechenden Voraussetzungen bieten oder die belieferten Teilbereiche zu den Begünstigten zuzuordnen sind. 157

9.5 Checklisten/Arbeitshilfen

9.5.1 Einführung

158 In diesem Kapitel werden ausgewählte Checklisten und praktische Arbeitshilfen bereitgestellt, um dem Facility Manager die tägliche Arbeit zu erleichtern.

9.5.2 Maßnahmendatenblatt

- 159 In Maßnahmenblättern werden alle wichtigen Informationen zu einer einzelnen Maßnahme zusammengetragen, übersichtlich dargestellt und entscheidungsreif präsentiert.
- 160 Die folgende Darstellung kann beispielgebend für die Erstellung von Maßnahmenblättern sein:

Maßnahmenblatt (MB) in der Liegenschaft: Musterliegenschaft	Die Liegenschaft in der die Maßnahme durchgeführt wird ist anzugeben	Lfd. Nr. 14.0	Alle in einem Objekt erzeugten Maßnahmenblätter erhalten eine lfd. Nr.
Maßnahmenbezeichnung Nachrüstung von Zeitautomaten für einzelne Heizkreise	Die Maßnahme ist zu benennen	Maßnahme Nr. 422	Alle Maßnahmen sind quasi „durch-nummeriert“.
Maßnahmenbeschreibung Durch die Nachrüstung von einfachen Zeitschaltuhren als Ergänzung der bestehenden Regelung ist die Heizzeit in Zukunft zeitlich einschränkbar. Daraus lassen sich gegen über der Bestandssituation ca. xx MWh Wärme und yy MWh Strom einsparen			Die Maßnahme ist in Ihrer Wirkungsweise allgemein verständlich zu erläutern.
Spezifizierung der Maßnahme Nachtsabsenkung in Haus 4 Eine detaillierte Berechnung der Einsparung findet sich als Anlage zum Maßnahmenblatt			Die Maßnahme ist detailliert zu berechnen und zu „verorten“.
Planungs -/ Freigabe und Durchführungsparameter Investitionsaufwendungen: x.xxx € geplanter Beginn: TT.MM.JJJJ Freigabevermerk			Um die Maßnahme durchführen zu können/dürfen, müssen die entsprechenden Parameter bekannt sein und der Freigabevermerk muss positiv ausfallen.

Abb. 9.9 Massnahmendatenblatt

9.5.3 Grobanalyse

9.5.3.1 Ausgangsdaten

- 161 Folgende Ausgangsdaten für eine Grobanalyse wären wünschenswert:
- Adresse des Kunden und Benennung eines örtlichen Ansprechpartners aus der ggf. vorhandenen Haustechnikabteilung des Objektes

- Übergabe von Grundrissen, ideal sind digitale Daten
- Benennung von Flächen (m^2 , Nutzung, BGF²⁷, NGF²⁸ usw.)
- Benennung von Verbräuchen für drei Jahre von allen Medien
- Bereitstellung von Rechnungen (Strom, Wärme und Wasser) der letzten drei Jahre
- Übergabe einer Anlagenliste, bei gleichzeitiger Benennung aller relevanten Daten je Anlage (z.B. RLT Anlage mit Leistungsangaben für Heiz- und Kühlregister, Volumenstrom und Wartungsintervalle, ...)
- Bekanntgabe von Schalt- und Betriebszeiten aller Anlagen mit ggf. passender Begründung (Belegungsplan usw.)
- ggf. Bereitstellung bestehender Lastgangmessungen oder die Übergabe einer Vollmacht, um derartige Daten beim Versorger des Objektes abfragen zu dürfen
- Benennung der Aufwendungen für die Betriebsführung (ggf. Anzahl der Mitarbeiter, Auflistung von Wartungsverträgen usw.)

9.5.3.2 Aufgaben und Inhalte

Die wesentlichen Bestandteile bzw. abzuleitenden Aufgaben einer Grobanalyse ergeben sich aus der folgenden Auflistung: **162**

- Ortsbegehung sowie Kommunikation mit dem Kunden und der örtlichen Haustechnikabteilung des Objektes
- Zusammenstellung der übergebenen Daten und Plausibilitätsprüfung
- Verifizierung der Flächen; Verbräuche
- Baselineüberarbeitung und generelle Zusammenstellung einer solchen
- Prüfung der Rechnungen (Strom, Wärme und Wasser und ggf. andere relevante Medien)
- ggf. Beschaffung von bestehenden Lastgangmessungen und deren Auswertung
- Gradtagsbereinigung und Normierung von Verbräuchen
- Ist-Soll-Abgleich der Verbraucher (Gegenüberstellung der tatsächlichen Verbräuche mit den theoretisch ermittelten Sollwerten)
- Maßnahmenvorschläge zur Energieeinsparung in den Gewerken Heizungs-, Lüftungs-, Elektro und Sanitärtechnik, Beleuchtung, Gebäudeautomation und Regelungstechnik
- Maßnahmenvorschläge in der Betriebsführung
- Potenzialabschätzung maßnahmenweise und gesamt
- Angabe der Investitionskosten
- Bewertung, auch ggf. unter Berücksichtigung von verschieden gewichteten Einflussparametern

27 **BGF** nach DIN 277 Bruttogrundfläche, Die Brutto-Grundfläche ergibt sich aus der Summe aller Grundflächen in allen Grundrissebenen.

28 **NGF** nach DIN 277 Nettogrundfläche.

9.5.3.3 Berichtsfassung Grobanalyse

- 163 Im Rahmen der Berichtsfassung der Grobanalyse sind die wesentlichen Erarbeitungen deutlich und fachkundig zu präsentieren. Die Ergebnisse sind in einem übersichtlichen Bericht mit mindestens den folgenden Bestandteilen wiederzugeben:

- Management Summary
- Darstellung Ausgangslage mit technischen Anlagendaten, gebäudespezifischer Dokumentation und Energie- sowie Medienverbräuchen
- Benchmarks zu den Werten der betrachteten Zielgruppe
- Maßnahmandarstellung mit Einsparpotenzial und Kosten

9.5.4 Feinanalyse

9.5.4.1 Ausgangsdaten

- 164 Die Ausgangsdaten einer Feinanalyse sind entweder die Daten der bereits erstellten Grobanalyse, oder wenn diese nicht vorliegt, sind mindestens die Bestandteile der Grobanalyse als Ausgangsdaten der Feinanalyse zu erfassen bzw. zusätzlich zu erarbeiten.

9.5.4.2 Aufgaben und Inhalte der Feinanalyse

- 165 Die Inhalte einer Feinanalyse sind so zu halten, dass die Ergebnisse aussagekräftig, nachhaltig und belastbar sind. Am Ende wird der Nutzer auf Grundlage der Feinanalyse Entscheidungen zur Umsetzung treffen und später auch Ausführungsleistungen beauftragen. Insofern wird die Feinanalyse eine Planung nach HOAI²⁹ sicherlich nicht vollständig ersetzen können, aber es werden in dieser Phase eigentlich Bestandteile der HOAI sehr wohl verlangt. Die Leistungen sind sicherlich mit der Entwurfsplanung gemäß HOAI vergleichbar, wobei keine zeichnerischen Lösungen im Rahmen der Feinanalyse zu liefern sind.
- Die Daten aus der Grobanalyse sind zu verifizieren. Die Daten sind mit tatsächlichen Rechnungen und Abrechnungen der Energieversorger für mehrere Abrechnungszeiträume zu hinterlegen.
 - Die Anlagendaten sind genauestens zu überprüfen. Die u.a. aus der Grobanalyse stammenden Anlagenlisten sind zu verifizieren und ggf. nachzubessern.
 - Lastgangmessungen sind ggf. sogar für einzelne notwendige Messstellen entweder selbstständig zu erfassen oder/und die ggf. vorhandenen Daten der Versorger sind detailliert auszuwerten
 - Aufwendungen für die Betriebsführung (ggf. Anzahl der Mitarbeiter, Auflistung von Wartungsverträgen usw.) sind zu analysieren und mindestens in einmalige (also ungeplant) und in wiederkehrende Aktivitäten zu unterteilen

29 HOAI Honorarordnung für Architekten und Ingenieure.

- Maßnahmenvorschläge in der Betriebsführung, unter Berücksichtigung von Wartungsprotokollen usw.
- Potenzialberechnung maßnahmenweise und gesamt
- Angabe der Investitionskosten, ggf. mit Hinterlegung von einzelnen Angeboten für die Ausführung der Maßnahmen
- Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen (Vollkostenansätze) incl. verschiedener Finanzierungsansätze zur Umsetzung der Maßnahmen
- Bewertung und Bereitstellung von umsetzungsreifen Maßnahmen

9.5.4.3 Berichtsfassung

Im Rahmen der Berichtsfassung der Feinanalyse sind alle erarbeiteten Ergebnisse deutlich und fachkundig zu präsentieren. Sie sind in einem übersichtlichen Bericht mit mindestens den folgenden Bestandteilen wiederzugeben: **166**

- Management Summary
- Darstellung Ausgangslage mit technischen Anlagendaten, gebäudespezifischer Dokumentation und Energie- sowie Medienverbräuchen
- Benchmarks zu den Werten der betrachteten Zielgruppe
- Maßnahmendarstellung mit Einsparpotenzial und Kosten
- Wirtschaftlichkeitsberechnungen
- Umsetzungsempfehlungen

9.5.5 DIN EN ISO 50001

9.5.5.1 Allgemein

In Zusammenarbeit zwischen dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) und dem Umweltbundesamt (UBA) ist ein sehr umfangreicher und detaillierter Leitfaden: „*Energiemanagementsysteme in der Praxis ISO 50001: Leitfaden für Unternehmen und Organisationen*“ entstanden. Alle notwendigen Vorgehensweisen, Informationen für weitergehende Hinweise und konkrete Handlungsempfehlungen sind darin gut dokumentiert. Die folgenden Textpassagen geben allenfalls einen Einblick in die Struktur und Vorgehensweise bei der Implementierung eines Energiemanagementsystems (EMS). **167**

Grundsätzlich wird die Implementierung eines EMS mindestens in zwei Phasen eingeteilt. Die erste Phase wird die Vorbereitung zur Zertifizierung und die zweite die Zertifizierung selbst sein. Selbstverständlich werden diese Phasen von unterschiedlichen handelnden Personen erstellt. Insbesondere, weil für die Zertifizierung das zertifizierende Unternehmen, eine entsprechende Befähigung nachweisen und akkreditiert sein muss. **168**

- 169 Die Implementierung eines Energiemanagementsystems kann auf viele verschiedene Arten erfolgen. Die folgende Vorgehensweise ist ein Vorschlag, der ggf. nicht für jedes zu zertifizierende Unternehmen zutreffen wird, aber die generelle Vorgehensweise anschaulich darlegt.

9.5.5.2 Analyse

- 170 Im Rahmen der ersten Analyse in einem Betrieb ist der s.g. Status Quo aufzunehmen. Dabei stehen energiewirtschaftliche und organisatorische Bestandteile im Vordergrund.
- 171 Die möglichen Auswirkungen der erzielbaren Ergebnisse durch eine Zertifizierung, sowohl in fiskalischer Hinsicht, als auch bei Durchführung von Energieeinsparungen sind darzulegen.
- 172 Es ist ein Anforderungsabgleich durchzuführen, d.h. die nach DIN EN ISO 50001 bestehenden Forderungen sind mit den Gegebenheiten im betrachteten Unternehmen zu vergleichen. Ergebnis ist dann die Identifizierung von Handlungsfeldern, in denen mehr oder weniger viel erarbeitet werden muss, um letztendlich die Zertifizierungsreife zu erreichen.

9.5.5.3 Konzeption

- 173 Im Rahmen der Konzeption sind für die verschiedenen Handlungsfelder (Kommunikation, IT-Konzepte, Organisation, Personal, Prozesse, ...) die jeweiligen Konzepte aufzustellen.

9.5.5.4 Implementierung des EMS

- 174 In der Phase der Umsetzung werden die Konzeptionen im Unternehmen implementiert. Die Energiepolitik ist zu formulieren und zu publizieren. Die ggf. notwendigen organisatorischen und personellen Änderungen (z.B. Benennung Energiemanager u.a.) sind durch die Inkraftsetzung von entsprechenden unternehmensinternen Richtlinien vorzunehmen. Ein Rechtereister ist anzulegen oder/und die bestehenden Unterlagen sind entsprechend zu erweitern. Die Energieaspekte sind zu analysieren und in entsprechend geeigneten Datencontainern, Dateiablagensystemen, oder Datenbanken zu dokumentieren. Zu der Implementierung gehört möglicherweise auch die Umsetzung der erarbeiteten Messkonzepte sowie etwaige Implementierungen von Hard- und Software zur Komplettierung des Energiemanagementsystems.

9.5.5.5 Zertifizierung

- 175 Im Rahmen der Zertifizierung wird die Konformität des Energiemanagementsystems mit der DIN EN ISO 50001 überprüft.

9.5.6 Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V.

9.5.6.1 VDMA/AIG – Instandhaltungsinformation 15

Bereits Mitte der 90er Jahre wurden von der Arbeitsgemeinschaft Instandhaltung Gebäudetechnik (AIG) im Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. (VDMA) Hinweise im Rahmen s.g. Instandhaltungsinformationen bereitgestellt. Das Blatt Nr. 15 nimmt explizit auf das Energiemanagement in der Technischen Gebäudeausrüstung Bezug. **176**

9.5.6.2 VDMA 24197 Teile 1–3 – Energetische Inspektion

Informationsblätter wie z.B. VDMA 24197 Teile 1–3 – Energetische Inspektion gehen sehr detailliert auf Teilbereiche des Energiemanagements ein. Sie erläutern dabei die Vorgehensweise, um qualifizierte Aussagen über Ist- und Sollzustand zu tätigen, die die Basis für energetische Optimierungen bilden. **177**

9.5.6.3 VDMA-Einheitsblatt 24773

In dem Einheitsblatt 24773 werden die optimierte Betriebsweise für neue und bestehende Raumlufthechnische (RLT)-Anlagen und darüber hinaus auch für die zu den RLT Anlagen gehörenden Einbauten sowie sonstige Einrichtungen mit Lüftungsfunktion behandelt. Grundsätzlich kommt es bei vielen RLT-Anlagen zu nutzungsbedingten Teillastzuständen. Innerhalb dieser Zeiträume, in denen Teillastzustände vorherrschen ist eine bedarfsgeregelte Lüftung Energie- und Ressourcen sparend. **178**

9.5.7 GEFMA 124 Energiemanagement

Die Richtlinie GEFMA 124 beinhaltet Hinweise und Methoden um das Energiemanagement im Rahmen des Facility Managements zu implementieren. Sie besteht aus vier Teilen (GEFMA 124-1 bis GEFMA124-4). **179**

Die Richtlinie GEFMA 124-1 erläutert die Grundlagen, Definitionen und Anwendungen also quasi das Leistungsbild, während die GEFMA 124-2 konkrete Berechnungsmethoden und Handlungsanleitungen für Energiemanager bereitstellt. Die GEFMA 124-3 beschäftigt sich mit der Einführung eines Energiemanagementsystems und die GEFMA 124-4 benennt die Aus- und Weiterbildungsinhalte zum Thema. **180**

9.5.8 Datenerfassungsstruktur Gas- und Stromlieferstellen

Um die einzelnen Lieferstellen in Ihrer Gesamtheit zu erfassen, sind lücken- und fehlerfreie Datentabellen zu erstellen. Die folgende Darstellung ist einer der möglichen Erfassungsumfänge, wobei folgende Mindestangaben erfasst werden sollten: **181**

- Vertragspartner (Eigentümer) mit der Firmierung, Straße, Nr., PLZ, Ort, HRB Nummer
- Property Manager (Verwalter) mit Firmierung, Straße, Nr., PLZ, Ort, HRB Nummer
- Lieferstelle mit der entsprechenden Firmierung, Straße, Haus Nr., PLZ, Ort, Zählnummer, ZPB, Vertragskontonummer, Kunden-Nr., Altversorger, Betrachtungszeitraum, Jahresmenge in kWh/, Leistung in kW, Jahreskosten (netto)
- Zusätzliche Informationen

9.5.9 Bewertungsmatrix Vergabe

- 182** Die Bewertungsmatrix stellt das „Herzstück“ der Auswertungen dar und ist auch gegen spätere „Anfechtungen“ im Wettbewerb das wichtigste Merkmal der Ausschreibung. Demzufolge sind die Inhalte der Matrix, also die Wichtungs- und Wertungskriterien vor dem Wettbewerb festzulegen und uneindeutig zu dokumentieren und den Teilnehmern des Wettbewerbs mitzuteilen. In der späteren Wettbewerbsphase darf davon nicht mehr abgewichen werden. Die folgende Aufstellung einer Matrix kann beispielgebend sein.
- 183** Die jeweiligen Wertungskriterien (Preis, Qualität, Referenz und Erfahrung) sind anhand der Eingaben der Bieter in einer Reihenfolge von 1 bis 10 zu bewerten. Die jeweilige Wichtung steht bereits vor dem Wettbewerb fest.
- 184** Bietet nun ein Bieter den besten Preis, so erhält er 10 Punkte und der zweitbeste Bieter erhält 9 Wertungspunkte usw. Die anderen Wertungskriterien werden entsprechend bearbeitet, wobei eine Wertung mit gleichen Wertungspunkten (nicht beim Preis) möglich ist. Am Ende werden alle Daten in eine s.g. Bewertungsmatrix eingetragen und mit den vorab festgelegten Wichtungskriterien multipliziert. Der s.g. Endwert also die Multiplikation von Wertungen und Wichtungen ergibt eine maximal erzielbare Punktzahl (10).

Bietermatrix													
	Wichtung	Bieter 1		Bieter 2		Bieter 3		Bieter 4		Bieter 5		Bieter n	
Preis	70%	9	6,3	10	7	8	5,6	7	4,9	6	4,2	5	3,5
Qualität	10%	10	1	10	1	8	0,8	6	0,6	7	0,7	8	0,8
Referenz	10%	8	0,8	8	0,8	8	0,8	7	0,7	8	0,8	10	1
Erfahrung	10%	7	0,7	8	0,8	8	0,8	9	0,9	10	1	6	0,6
			8,8		9,6		8,0		7,1		6,7		5,9

- 185 Abb. 9.10** Bietermatrix

- 186** In diesem Fall ist der Bieter 2 mit der Gesamtpunktzahl von 9,6 Punkten der Bestbieter.



Nachhaltigkeitszertifizierung im Betrieb nach DGNB

- 10.1 Nachhaltigkeitszertifikate in der Bau- und Immobilienwirtschaft – 527**
 - 10.1.1 Zertifizierungssysteme bzw. -Anbieter – 528
 - 10.1.2 Betriebszertifikate im Vergleich – 529
 - 10.1.3 Motive für eine Nachhaltigkeitszertifizierung – 532
- 10.2 Das DGNB-Nutzungsprofil „Gebäude im Betrieb“ – 533**
 - 10.2.1 Systemgrundlagen – 533
 - 10.2.2 Kriterien – 539
- 10.3 Checkliste – 561**

10.1 Nachhaltigkeitszertifikate in der Bau- und Immobilienwirtschaft

Zertifikate bescheinigen die Konformität eines Produktes, Prozesses, Systems oder einer Person mit gewissen Anforderungen. In der Bau- und Immobilienwirtschaft sind etliche Beispiele bekannt, so z.B. zertifizierte Baustoffe oder Sachverständige. Ein seit der Jahrtausendwende anhaltender Trend ist die Zertifizierung von Neubauten hinsichtlich ihrer energetischen bzw. ökologischen Qualität und weiterer Themenbereiche. Anzahl, Dimension und Strenge der Anforderungen variieren je nach Zertifikat. 1

Eine besondere Rolle kommt dabei Nachhaltigkeitszertifikaten und Green-Building-Labels zu. Diese gelten als besonders streng und umfänglich, dafür aber auch als prestigeträchtig. Nachhaltigkeitszertifikate werden insbesondere bei der Entwicklung großer gewerblicher Objekte angewandt. Seit 2013 kann der Trend zur Zertifizierung auch im Gebäudebestand beobachtet werden. Wie im Neubau der Bauherr hat der Besitzer von Gebäudebeständen die Möglichkeit eines von mehreren Zertifizierungssystemen auszuwählen. 2

Beispiel

Klassifizierung von Gebäudezertifikaten:

Zertifikate, die Gebäude hinsichtlich ihrer Qualitäten im Rahmen einer Nachhaltigkeitsbeurteilung beurteilen, lassen sich wie folgt klassifizieren

- Energiestandards
 - Geben einen Grenzwert für den Energiebedarf bezogen auf die Energiebezugsfläche vor
 - Zeichnen sich vor allem durch die Übererfüllung gesetzlicher Vorgaben zum Energiebedarf aus
- Green-Building-Label
 - Stellen neben Anforderungen an den Energiebedarf weitere Kriterien in den Bereichen Umweltschutz, Ressourceneffizienz und Gesundheit aus
 - Legen den Fokus auf ökonomische Nachhaltigkeit
- Blue-Building-Label bzw. Nachhaltigkeitszertifikate
 - Bewerten im Rahmen eines holistischen Ansatzes Qualitäten des Gebäudes in allen drei Dimensionen der Nachhaltigkeit (Ökologie, Ökonomie, soziokulturelle Aspekte)
 - Es wird der Lebenszyklusgedanke inkorporiert

Das hier beschriebene Nutzungsprofil „Gebäude im Betrieb“ (GiB) der Deutschen Gesellschaft für nachhaltiges Bauen e.V. (DGNB e.V.) ist ein Nachhaltigkeitszertifikat, das neben den drei Dimensionen der Nachhaltigkeit (Ökologie, Ökonomie und soziokulturelle Aspekte) zusätzlich die Querschnittsthemen Prozessqualität sowie technische Qualität bewertet. 3

10.1.1 Zertifizierungssysteme bzw. -Anbieter

- 4 Auf dem deutschen Markt wird eine Vielzahl verschiedener lokaler, nationaler und internationaler Zertifizierungssysteme angeboten. Ein berühmtes Beispiel ist der Energiestandard des Passivhaus Instituts. Für gewerbliche Objekte in Deutschland sind insbesondere folgende Green-Building-Label und Nachhaltigkeitszertifikate von Bedeutung:
 - BREEAM (Building Research Establishment Environmental Assessment Method)
 - Das britische Zertifizierungssystem BREEAM des Building Research Establishment (BRE) gilt als das Älteste und am weitesten Verbreitete. Es werden Zertifikate für unterschiedlichste Anwendungsfälle angeboten. In Deutschland spielt vor allem die lokale Version des BREEAM In-Use Zertifikats, BREEAM DE Bestand, eine wichtige Rolle. Diese wird vom Deutschen Institut für Nachhaltige Immobilienwirtschaft (DIF-NI) als exklusivem Lizenzpartner von BRE Global in Deutschland, Österreich und der Schweiz herausgegeben.
 - LEED (Leadership in Energy and Environmental Design)
 - Das LEED-System des U.S. Green Building Council (USGBC) ist als zweites wichtiges internationales Zertifizierungssystem in Deutschland zu nennen. Ähnlich wie BREEAM ist LEED international sehr stark verbreitet. Es werden verschiedenste Zertifizierungsmöglichkeiten angeboten. Speziell für den Betrieb von Gebäuden ist die Variante „Building Operations and Maintenance“ (LEED O+M) entwickelt worden. Im Gegensatz zu BREEAM existiert keine lokal angepasste deutsche Version.
 - DGNB (Deutsche Gesellschaft für nachhaltiges Bauen e. V.)
 - Die DGNB e. V. bietet ebenfalls Zertifikate für alle relevanten Anwendungsfälle an. Ein Vorteil ist die Ausrichtung auf den deutschen Markt. Nachweise beziehen sich grundsätzlich auf deutsche bzw. europäische Normen. Jedoch ist das System nicht in dem Maße international verbreitet wie die zuvor genannten Systeme. Das hier beschriebene Nutzungsprofil „Gebäude im Betrieb“ (DGNB GiB) wurde 2016 eingeführt.
 - Zertifizierung nach GEFMA Richtlinie 160 (German Facility Management Association)
 - Ebenfalls 2016 eingeführt wurde die Möglichkeit der Zertifizierung des Betriebs nach GEFMA Richtlinie 160. Dies ist die erste Möglichkeit zur Nachhaltigkeitszertifizierung durch die German Facility Management Association (GEFMA). Das System ist bisher wenig verbreitet, genießt jedoch nationale Aufmerksamkeit.
- 5 Die meisten Zertifizierungssysteme bieten verschiedene Möglichkeiten der Zertifizierungsart an, je nachdem auf welcher Ebene zertifiziert werden soll und in welcher Lebenszyklusphase sich das zu zertifizierende Objekt befindet.
 - Neubauzertifikate bewerten die Planungs- und Ausführungsqualität von Immobilien oder ihres Ausbaus (im Folgenden „Gebäudequalität“). Sanierungs- bzw. Bestandszertifikate können als ein Spezialfall der Neubauzertifikate betrachtet werden, da Sie grundsätzlich zu einem Großteil dieselben Kriterien zur Bewertung heranziehen. Einmal vergeben, verlieren sie nie ihre Gültigkeit.
 - Betriebszertifikate bewerten vornehmlich Kriterien des Gebäudebetriebs, die im Zusammenhang mit dem Wirken von Betreiber und Nutzer stehen. Es besteht weiterhin ein

Einfluss der Gebäudequalität auf das Bewertungsergebnis. Dieser rückt jedoch in den Hintergrund. Trotz des Fokus auf den Betreiber, erfolgt die Zertifizierung objektspezifisch. Die Vergabe des Zertifikats erfolgt nur für einen begrenzten Zeitraum. Ist dieser abgelaufen, ist eine Re-Zertifizierung notwendig. Ansonsten verfällt das Zertifikat.

- Quartierszertifikate bewerten die Planungs- und Ausführungsqualität von Quartieren. Sie sind im grundlegenden Aufbau den Neubauzertifikaten ähnlich, beziehen sich jedoch vielmehr auf städtebauliche Qualitäten und Wechselwirkungen. Die Zertifikate verlieren ihre Gültigkeit nicht.

Unter die Kategorie Betriebszertifikat fallen die Systemvarianten DGNB „Gebäude im Betrieb (DGNB GiB)“, LEED „Buildings Operations and Maintenance“ (LEED O+M), die auf den deutschen Markt lokal angepasste BREEAM-Variante „BREEAM DE Bestand“ sowie die Zertifizierung nach GEFMA Richtlinie 160. Betriebszertifikate werden nur auf Zeit vergeben. Nach definierten Zeiträumen verfällt das Zertifikat und muss erneuert werden (Re-Zertifizierung). Auf die Unterschiede zwischen den Betriebszertifikaten wird nachfolgend eingegangen. 6

Wesentliche Unterschiede zu Neubauzertifikaten ergeben sich aus der Ausrichtung auf den Gebäudebetrieb. In Neubauzertifikaten wird die Gebäudequalität nach verschiedensten Kriterien anhand unterschiedlicher qualitativer und quantitativer Nachweise überprüft. Zu diesen gehören unter anderem eine Lebenszykluskostenrechnung, eine Ökobilanzierung und bauphysikalische Nachweise, wie eine thermische Simulation oder die Tageslichtberechnung. Solche Nachweise sind im Bestand weder erforderlich noch sinnvoll, da eine Änderung der baulichen Gegebenheiten sehr kostenintensiv und somit aufgrund von Budgetbeschränkungen unrealistisch ist. Im Gegensatz zu Betriebszertifikaten gelten Neubauzertifikate über den gesamten Lebenszyklus einer Immobilie, d.h. die Zertifikate verfallen nicht. 7

Der Fokus bei Betriebszertifikaten liegt hingegen auf dem Nachweis professioneller Dienstleistungserbringung mit der Verpflichtung zu nachhaltigem Handeln. Diese Nachweise sind je nach Grad der bisherigen Umsetzung und Dokumentation ebenfalls aufwendig. Allerdings entfallen aber kostenintensive Nachweise durch externe Fachleute sowie Baumaßnahmen zur Erreichung der gewünschten Zertifikatsauszeichnung. Zusätzlich dienen die Nachweise der Professionalisierung des Betriebs und können bei einer Re-Zertifizierung fortgeschrieben werden. 8

Quartierszertifikate sind ähnlich wie Neubauzertifikate sehr stark auf den Nachweis planerischer Güter ausgelegt. Aufgrund des Fokus auf städtebauliche Themen ist eine Vergleichbarkeit nicht gegeben. 9

10.1.2 Betriebszertifikate im Vergleich

Obwohl alle erwähnten Betriebszertifikate im Vergleich dieselbe Zielstellung haben, den professionellen Betrieb von Gebäuden und das Streben nach darüber hinausgehenden Zielen zu honorieren, unterscheiden sie sich doch in Zielgruppe, Inhalt, Umfang, Art der Nachweise, Praktikabilität und Rahmenbedingungen des Zertifizierungsprozesses. Nicht 10

zuletzt aus monetären Gründen, ist daher die informierte und objektive Auswahl des Zertifizierungssystems von großer Bedeutung für die erfolgreiche Umsetzung.

- 11 Bei Zertifizierungssystemen ist es üblich, dass nur bestimmte Nutzungsarten durch ein Zertifikat abgebildet werden können. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass an Immobilien unterschiedlicher Nutzungsarten auch unterschiedliche Nutzungsanforderungen gestellt werden. Da die derzeit am Markt befindlichen Betriebszertifikate nicht alle Nutzungsarten abbilden können und das Spektrum der abgebildeten Nutzungsarten sich auch unterscheidet, differieren die unterschiedlichen Zielgruppen der Zertifikate deutlich.
- 12 Das LEED System bietet in seiner Systemvariante „Operations and Maintenance“ die Möglichkeit Gebäude unterschiedlichster Nutzungsarten zu zertifizieren. Büro- und Verwaltungsgebäude fallen unter das Punkteschema Existing Buildings Für die Bereiche Retail, Hospitality, Bildungsbauten, Rechenzentren sowie Logistikgebäude werden eigene Schemata angeboten. BREEAM und GEFMA richten sich vor allem an Büro- und Verwaltungsgebäude. Das DGNB-Nutzungsprofil Gebäude im Betrieb richtet sich neben Büro- und Verwaltungsgebäuden explizit an Shopping-Center. Theoretisch sind alle Nutzungsarten zertifizierbar; hierbei wird eine vermehrte Rücksprache mit der Zertifizierungsstelle notwendig.
- 13 Die drei Zertifikate der Anbieter LEED, BREEAM und DGNB behandeln alle Themen, die in Zusammenhang mit dem Gebäude, dem Betreiber und dem Nutzer stehen. Im Falle des Zertifikats BREEAM DE Bestand kann der Antragsteller sich für eine oder mehrere von drei Teilzertifizierungen entscheiden, die jeweils einen der drei oben genannten Bereiche (Gebäude, Betreiber, Nutzer) behandelt. Dies kann und wird genutzt, um sensible Sachverhalte, bei denen eine Mitarbeit der Nutzer notwendig ist, vom Zertifizierungsprozess auszuschließen. Die Zertifizierung nach GEFMA 160 hingegen beschränkt sich von vornherein auf den Betrieb des Gebäudes (siehe Kapitel 11).
- 14 Umfang und Art der Nachweise differieren im Detail sehr stark. Im Grundsatz lassen sich weitgehend einige vereinfachte Aussagen zu den Systemen machen. LEED O+M sowie BREEAM DE Bestand verlangen die größte Anzahl an Nachweisen. Allerdings ist ein Großteil der Nachweise im BREEAM-System in einfachen Ja/Nein-Fragen gehalten. Daher ist dieses zumeist das System mit dem geringsten Zertifizierungsaufwand, während LEED O+M das System mit dem höchsten Aufwand ist. Die DGNB und die GEFMA bewerten in einer reduzierten Zahl von Nachweisen, die je nach Ausgangslage sehr arbeitsintensiv sein können. Eine pauschale Einordnung ist nicht möglich. Im Rahmen von Pre-Checks durch erfahrene Auditoren lässt sich dieser im Vorhinein einschätzen.
- 15 Obwohl dem LEED-System im Neubau mehr Praxisorientierung nachgesagt wird, da mit der Systemvariante „Core and Shell“ der Mieterausbau so gut wie außen vor bleibt, gilt für das Betriebszertifikat O+M das Gegenteil. Ein schwerwiegender Grund hierfür ist die sogenannte „Performance Period“, ein geforderter Zeitraum, der vor Beginn des Projektantrages liegt, für den im Rahmen der Zertifizierung zur Bewertung umfangreiche Daten vorgehalten werden müssen. Die vorzuhaltenden Betriebsdaten sind sehr vielschichtig, auch Belege über den Einkauf von Produkten und Entsorgungsnachweise sind einzureichen. Da die Dokumente vom GBCI (Green Business Certification Inc.) in den USA überprüft werden, sind Übersetzungsarbeiten zu leisten und unter Umständen Besonderheiten

des deutschen Marktes zu erklären. Gleichfalls sind relevante Unterlagen für den Antragsteller nur auf Englisch verfügbar und beziehen sich auf US-amerikanische Normen und Definitionen. Ebenfalls nicht zweckmäßig ist die Praxis des USGBC durch Zusätze und Interpretationsregeln, die der Antragsteller bzw. sein Auditor selbst recherchieren muss, den Zertifizierungsprozess laufend zu ändern. Als letztes sei weiterhin angemerkt, dass die neuste Version des LEED-Zertifizierungssystems v4 zwar schon seit 2013 eingeführt ist, jedoch erst seit Ende 2016 verbindlich angewendet werden muss. Bis Mitte 2017 werden die wenigsten Auditoren Erfahrungen mit dem System gesammelt haben.

Tab. 10.1 Betriebszertifikate im Vergleich

	LEED O+M	BREEAM DE Bestand	DGNB GiB	GEFMA 160
Gebäude relevant	ja	Nur in Teil 1	ja	nein
Betrieb relevant	ja	Nur in Teil 2	ja	ja
Nutzer relevant	ja	Nur in Teil 3	ja	nein
Nutzungsarten	Büro Retail Hospitality Bildungsbauten Rechenzentren	Büro	Büro Shopping Center	Büro
Re-Zertifizierung	nicht vorgesehen	alle 1-3 Jahre	alle 3 Jahre	alle 2 Jahre

BREEAM DE Bestand gilt als äußerst praxisfreundliches Zertifizierungssystem, nicht zuletzt wegen der bereits angesprochenen Aufteilung in drei Teilsysteme, die jeweils einzeln angewandt werden können. Auch, dass das System im Vereinigten Königreich durch das BRE (Building Research Establishment) entwickelt wird, stellt kein Hindernis dar. Das Rating-System wird nämlich durch die DIFNI, dem exklusiven Lizenzpartner des BRE Global für die DACH-Region, übersetzt und an die nationalen Normen angepasst.

16

Die Zertifizierungssysteme der DGNB und der GEFMA werden in Deutschland entwickelt, daher sind für den deutschen Markt auch keine sprachlichen oder normativen Hindernisse gegeben. Beide Vereine beziehen Experten aus der Praxis in die (Weiter-)Entwicklung ihrer Systeme mit ein. Dennoch gibt es auch bei diesen Zertifikaten Hindernisse. Beispielsweise ist eine Miteinbeziehung der Gebäudenutzer im DGNB-Nutzungsprofil GiB fast unerlässlich; in vielen Bewertungskriterien kann eine volle Punktzahl nur erreicht werden, wenn die Mieter kooperieren.

17

Für größere Bestandshalter kann neben der Praxisfreundlichkeit der Systeme an sich auch die Frage nach einer Mehrfach- oder Serienzertifizierung der Maßstab der Praktikabilität sein. Durch die Serienzertifizierung kann der Aufwand je Immobilie stark gesenkt werden. Im Neubau entfallen durch die Serienzertifizierung eines Fertighauses beispielsweise die meisten Nachweise bei der Zertifizierung eines einzelnen Objekts. Stand 2017 wird für Be-

18

standsgebäude keine solche Möglichkeit angeboten. Für das DGNB Gib Zertifikat gilt, dass durch die Etablierung unternehmensweiter Standardprozesse der Aufwand erheblich reduziert werden kann. Dies kann durch ein sogenanntes Basiszertifikat bei der Zertifizierung mehrerer Objekte im Zertifizierungsprozess verankert werden. Der DIFNI hingegen untersucht in einem Pilotprojekt die Re-Zertifizierung ganzer Portfolios auf Stichprobenbasis.

- 19 Betriebszertifikate sind in der Regel nicht zeitlich uneingeschränkt gültig, sondern erfordern eine Re-Zertifizierung nach festgelegten Zeiträumen. Hintergrund ist das verankerte Leitbild eines kontinuierlichen Verbesserungsprozesses im Betrieb. Ausnahme hierbei ist das LEED-System O+M, das keine Re-Zertifizierung fordert. Die restlichen besprochenen Zertifikate besitzen eine eingeschränkte Gültigkeit. Der Zeitraum zwischen den Zertifizierungsschritten und der Aufwand der Re-Zertifizierung werden somit Grundlage bei der Entscheidung für ein System sein. Gebäude die nach BREEAM DE Bestand zertifiziert werden, müssen jährlich re-zertifiziert werden. Wobei die Möglichkeit besteht, solange keine Änderungen am Gebäude vorgenommen werden und der Betreiber nicht wechselt, den Prozess durch rechtzeitige Rückmeldung um 2 Jahre zu verschieben. Spätestens im dritten Jahr nach der letzten Zertifizierung muss ein erneutes Audit durchgeführt werden. Die GEFMA fordert eine Re-Zertifizierung nach 2 Jahren und die DGNB nach 3 Jahren.
- 20 Kosten und Dauer der Zertifizierung sind neben dem System sehr stark objekt- und zielabhängig. Hinzu kommen Differenzen in der Datenvorhaltung des Antragstellers bzw. Betreibers. Daher können zu diesen Punkten keine pauschalen Aussagen getroffen werden. Analog des Umfangs aber kann davon ausgegangen werden, dass die Zertifizierung im BREEAM-System DE Bestand am wenigsten Zeit in Anspruch nimmt, während eine Zertifizierung nach LEED O+M aufgrund der Performance Period am zeitaufwändigsten ist. Ähnliches mag für die Kosten der Auditierungsleistung gelten. Zusätzlich sind auch die weiteren Kosten zu berücksichtigen, wie beispielsweise die Anmeldungs- und Zertifizierungsgebühren, sowie die Kosten der im Projekt durchgeführter Maßnahmen zur Erreichung der gewünschten Zertifizierungsauszeichnung. Es empfiehlt sich daher auf Pre-Checks durch erfahrene Auditoren zurückzugreifen, um im Vorfeld Kosten und Risiken abzuwägen.

10.1.3 Motive für eine Nachhaltigkeitszertifizierung

- 20 Nachhaltigkeit im Immobilienmanagement ist seit langem ein öffentlichkeitswirksames Thema. Grundlegende Werke des ökologischen Bauens, die bis heute nicht an Bedeutung verloren haben, erschienen bereits in den 1980er Jahren. Ein erhöhtes Interesse am Thema in der Immobilienwirtschaft kam mit der erfolgreichen Platzierung von Nachhaltigkeits-Zertifikaten als Alleinstellungsmerkmal im neuen Jahrtausend auf. Verschiedene Studien zum Mehrwert von Nachhaltigkeits-Zertifikaten bei Verkauf und Vermietung heizten dieses Interesse weiter an. Als weitere Treiber des Trends wurden regulatorische Rahmenbedingungen und „grüne“ Corporate Social Responsibility Ziele benannt. Der letztgenannte Treiber dürfte durch die Einführung der CSR-Berichtspflicht 2017 weiter an Bedeutung gewonnen haben.

Den Trend hat die Facility Management (FM) Branche erkannt und befindet sich derzeit in einer Umbruchphase hin zu Nachhaltigkeits-Zertifizierungen. Bester Beleg für das gesteigerte Interesse ist der seit 2011 jährlich erscheinende „WISAG Nachhaltigkeitsradar“. Bereits im Jahr 2011 bereits gaben über 70 % der Befragten an, dass nachhaltig zertifizierte FM-Dienstleister einen Wettbewerbsvorteil aufweisen. Mittlerweile wird das Nachhaltigkeitszertifikat immer mehr zum Standard. 2016 waren bereits ein Viertel der Befragten des WISAG Nachhaltigkeitsradars der Meinung, dass sich konventionell bewirtschaftete Immobilien nur noch mit Preisabschlag vermieten lassen. Ein Drittel der befragten Mieter war laut eigener Aussage nicht mehr bereit den vollen Mietpreis für konventionell bewirtschaftete Flächen zu zahlen. Für Facility Manager bedeutet dieser anhaltende Trend den Zwang sich mit unterschiedlichen Konzepten der nachhaltigen Bewirtschaftung auseinander zu setzen. 21

Abseits der genannten monetären und regulatorischen Motive besitzen Nachhaltigkeitszertifikate für Bestandshalter andere Motive. Durch Nachhaltigkeitszertifikate werden strategische Ziele im Betrieb für alle relevanten Abteilungen erwirkt. Zur Durchsetzung und Dokumentation dieser müssen die Akteure in vermehrte Kommunikation treten. So können Synergien in der Professionalisierung des Gebäudebetriebes gehoben und vor allem durch die vermehrte Kommunikation die Nutzerakzeptanz erhöht werden. Ebenso werden häufig vernachlässigte Themen angesprochen, die zur Erfüllung von rechtlichen Vorgaben, Optimierung des Betriebes über die Wirtschaftlichkeit hinaus und erhöhtem Nutzerkomfort führen. Der Anreiz unternehmensweit Standardprozesse einzuführen, der durch die Zertifizierung ganzer Portfolien gesetzt wird, kann ebenso einen Benefit für das Unternehmen darstellen. 22

Die Notwendigkeit einer Re-Zertifizierung bei Bestandszertifikaten bietet weitere Vorteile. So werden Bestandshaltern mit dem Zertifizierungssystem nicht nur Methoden zur punktuellen Bewertung eines Gebäudes zu einem bestimmten Zeitpunkt in die Hand gegeben, sondern in einen kontinuierlichen Verbesserungsprozess eingeführt, der über das gesamte Portfolio hinweg Vergleichbarkeit schafft. Damit gewinnen Nachhaltigkeitszertifikate strategischen Wert in der Steuerung des Portfolios und verankern Prozesse beim Bestandshalter. 23

10.2 Das DGNB-Nutzungsprofil „Gebäude im Betrieb“

10.2.1 Systemgrundlagen

Das Zertifikat „Gebäude im Betrieb“ ist eine von vielen möglichen Auszeichnungen im DGNB-System. Um unterschiedlichen Rahmenbedingungen und Gegebenheiten gerecht zu werden, verleiht die DGNB ihre Zertifikate in unterschiedlichen **Nutzungsprofilen**. Diese sind grob in die drei Kategorien Neubauten, Bestandsgebäude und Quartiere einteilen. Innerhalb dieser Kategorien wird vornehmlich nach Nutzungsart weiter diffe- 24

renziert. Das Nutzungsprofil „Gebäude im Betrieb“ wird für den nachhaltigen Betrieb in Büro- und Verwaltungsgebäuden sowie Shopping-Centern vergeben¹.

- 25 Die DGNB setzt in allen angebotenen Nutzungsprofilen auf einheitliche Standards in Terminologie und Inhalt. Die für das Nutzungsprofil „Gebäude im Betrieb“ relevanten Definitionen werden in den nächsten Absätzen erläutert.

10.2.1.1 Bewertungsgrundlagen

- 26 Im DGNB-System werden sechs **Themenfelder** betrachtet: Prozessqualität (PRO), Ökologische Qualität (ENV), Ökonomische Qualität (ECO), Soziokulturelle und Funktionale Qualität (SOC) und Technische Qualität (TEC). Jedem der Themenfelder werden **Kriterien** zugeordnet, in denen eine Bewertung stattfindet. Die Bewertung basiert auf einem oder mehreren **Indikatoren**, die quantitativer aber auch qualitativer Natur sein können. Der Erfolg in einem Indikator wird mit Checklistenpunkten (**CLP**) belohnt. In einem Kriterium können maximal 100 CLP erreicht werden. Dies entspricht der vollen Bewertungszahl².
- 27 Zum Abschluss der Bewertung werden alle CLP summiert. Aus erreichter und maximaler Punktzahl ergeben sich Erfüllungsgrade für alle Themengebiete sowie ein **Gesamterfüllungsgrad**. Anhand dieser wird gemäß Tabelle 10.2 die Auszeichnungsstufe bestimmt. Um eine Auszeichnung in „Gold“ zu erhalten, müssen in der Bewertung also insgesamt mindestens 65 % aller CLP erreicht werden sowie in jedem Themenfeld mindestens 50 %.

Tab. 10.2 Auszeichnungslogik der DGNB

Gesamterfüllungsgrad	Mindesterfüllungsgrad	Auszeichnung
ab 35 %	— %	Bronze*
ab 50 %	35 %	Silber
ab 65 %	50 %	Gold
ab 80 %	65 %	Platin

*Diese Auszeichnung gilt nur für Bestandsgebäude

10.2.1.2 Inhalt des Nutzungsprofils

- 28 Die Bewertung im Nutzungsprofil „Gebäude im Betrieb“ erfolgt in neun Kriterien, die den sechs o.g. Themenbereichen zugeordnet sind. Tabelle 10.3 gibt einen Überblick über die zu bewertenden Kriterien und deren Anteil an der Gesamtbewertung. Im Vergleich zu den

1 Die Anwendung auf andere Nutzungsarten ist eingeschränkt möglich. Nutzungsspezifische Abweichungen sind mit der DGNB abzustimmen.

2 In einigen Kriterien ist mit mehr als 100 CLP theoretisch eine Übererfüllung möglich. Diese wird jedoch nicht angerechnet. Diese Tatsache stellt vielmehr den Umstand dar, dass die volle Punktzahl auf verschiedenen Wegen zu erreichen ist.

Nutzungsprofilen im Neubau ist „Gebäude im Betrieb“ stark entschlackt. Zur Bewertung von Neubauten im Nutzungsprofil Büro- und Verwaltungsgebäude werden ca. 40 Kriterien angewandt. Die Entwicklung eines schlanken Systems zur Bewertung von Bestandsgebäuden war explizit Ziel der DGNB.

Tab. 10.3 Kriterienübersicht im Nutzungsprofil „Gebäude im Betrieb“

Themenfeld	Kriterium	Anteil an der Gesamtbewertung
Prozessqualität	PRO9.1 Strategie und Kommunikation	5,0 %
	PRO9.2 Gebäudemanagement	20,0 %
Ökologische Qualität	ENV9.1 Ressourceneffizienz	25,0 %
	ENV9.2 Beschaffung	5,0 %
Ökonomische Qualität	ECO9.1 Werterhalt und Betriebskosten	20,0 %
Soziale Qualität	SOC9.1 Nutzerzufriedenheit	10,0 %
	SOC9.2 Soziokulturelle Angebote	5,0 %
Technische Qualität	TEC9.1 Sicherheit und Betreiberpflichten	5,0 %
	TEC9.2 Mobilitätsangebote	5,0 %

Innerhalb der Kriterien sind drei Aspekte maßgeblich an der Bewertung beteiligt: der Betreiber, der Nutzer und das Gebäude. Dies steht im Kontrast zu den Neubauzertifikaten, die ausschließlich Gebäudequalitäten bewerten.

In Anlehnung an den PDCA-Zyklus (*Plan – Do – Check – Act*), sind alle Kriterien im Sinne eines kontinuierlichen Verbesserungsprozesses gegliedert. Dies soll die langfristige Ausrichtung des Gebäudebetriebs auf Nachhaltigkeit fördern. Die Gliederung der Kriterien erfolgt in untenstehender Reihenfolge:

- Ziele
 - In diesem Teil werden objektspezifisch angestrebte Ziele im Sinne der Nachhaltigkeit verbindlich formuliert. Die formulierten Ziele sind Teil der Bewertungsgrundlage für den Schritt „Bewertung“. Es wird der Prozess bewertet.
- Umsetzung
 - Im Teil „Umsetzung“ wird bewertet ob und in welchem Umfang Maßnahmen getroffen werden, um die gesetzten Ziele zu erreichen. Beispielsweise wird überprüft, ob eine Messung der Performance durchgeführt wird. Es erfolgt keine Bewertung über den Erfolg.
- Controlling
 - Im Schritt „Controlling“ werden Vergleiche mit externen Benchmarks durchgeführt, um die eigene Performance mit der anderer Marktteilnehmer zu vergleichen. Es werden der Prozess und das Ergebnis bewertet.

- Bewertung
 - Im Schritt „Bewertung“ wird die eigene Performance mit den selbstgesetzten und mit vorgegebenen Zielen abgeglichen. Es wird das Ergebnis bewertet.
- Projekte und Maßnahmen
 - Im Schritt „Projekte und Maßnahmen“ wird eine verbindliche Auflistung an Maßnahmen gefordert, die zur Erreichung der gesetzten Ziele beitragen. Sollten alle gesetzten Ziele erreicht sein, ist keine Bewertung möglich.

- 31 Durch den beschriebenen Aufbau werden bei der Zertifizierung zwangsläufig Prozesse generiert, die unter Umständen zuvor keinen Bestand hatten bzw. nicht gefestigt waren. Die Formulierung von Zielstellungen und die Festlegung von Verantwortlichkeiten stellen einen klaren Benefit für den Antragsteller dar.

10.2.1.3 Zertifizierungsvoraussetzungen

- 32 Der Zertifizierungsprozess, unabhängig von Systemanbieter und Systemversion, bescheinigt besondere Qualitäten des zertifizierten Gebäudes. Daher werden auch schon vor der Zulassung zur Zertifizierung Anforderungen gestellt, um Täuschungen vorzubeugen. Je nach Zertifikat sind verschiedene Sachverhalte zunächst zu erläutern und zu erklären. Bei auf bestimmte Nutzungsarten zugeschnittenen Nutzungsprofilen der DGNB im Neubau beispielsweise, muss zunächst die Nutzung näher erklärt werden. Somit kann ausgeschlossen werden, dass für das Projekt nicht ein Nutzungsprofil gewählt wird, dass im speziellen Fall für das Projekt minder anspruchsvolle Anforderungen stellt.
- 33 Die Anforderungen für das Nutzungsprofil Gebäude im Betrieb sind sehr schlank. Zunächst muss nachgewiesen werden, dass es sich tatsächlich um ein Bestandsgebäude handelt. Explizit bedeutet dies, dass die Inbetriebnahme des Gebäudes zum Zeitpunkt der Zertifizierung mindestens 1 Jahr zurückliegt. Eher relevant für Gebäude mit längerer Betriebsdauer ist die Versicherung des Antragstellers, dass alle im folgenden Prozess verwendeten Nachweise sich auf den aktuellen Gebäudebestand beziehen und weiterhin Gültigkeit besitzen. Außerdem muss der Antragsteller versichern, dass alle gesetzlichen Anforderungen bei dem zu zertifizierenden Gebäude erfüllt werden.

10.2.1.4 Zertifizierungsprozess

- 34 In den vergangenen Jahren hat sich über alle Systeme hinweg ein Standard im Zertifizierungsprozess herausgebildet. Im Grundsatz reicht ein Bestandshalter (Antragsteller) ein Gesuch ein, dass er ein Objekt zertifizieren will. Anschließend wird der Bewertungskatalog des betreffenden Zertifizierungssystems bearbeitet und eine Dokumentation zusammengestellt. In den meisten Fällen ist ein Auditor involviert, der berät und für die Unterlagen bürgt. In einigen Zertifizierungssystemen kann der Auditor entfallen. Abschließend werden nach erfolgter Einreichung der Unterlagen diese auf Konformität überprüft und bestätigt. Im Detail variiert der Prozess jedoch nach Anbieter des jeweiligen Nachhaltigkeitszertifikats. Im Folgenden wird daher der Zertifizierungsprozess der DGNB ausführlich erläutert.

- Möchte ein Antragsteller einen Neubau, ein Bestandsgebäude oder ein Quartier zertifizieren, muss dieser einen Auditor beauftragen, der das Projekt begleitet. Auditoren sind von der DGNB im System unterwiesene und lizenzierte Fachleute, die das exklusive Recht haben Anlagen einzureichen. Der Auditor ist Erfüllungsgehilfe des Antragstellers und der Vertrag mit dem Auditor kann unterschiedliche Leistungen und Verpflichtungen enthalten. Ebenso kann die Vertragsform variieren (Dienstvertrag, Werkvertrag). 35
- Bei Neubauten empfiehlt sich die Einbindung eines Auditors bereits zum frühestmöglichen Zeitpunkt (HOAI Leistungsphase 1), da so Konflikte zwischen Planung und Zielsetzung im Zertifizierungsprozess weitestgehend ausgeschlossen werden und alle relevanten Projektbeteiligten rechtzeitig auf Besonderheiten hingewiesen werden können. Im Bestand ist eine Einbindung mit derart großer Einflussnahme nicht möglich. Stattdessen ist die Beauftragung eines sog. Pre-Assessments (Vorabbewertung) empfehlenswert. 36
- Das Pre-Assessment dient der Abschätzung des zu erwartenden Ergebnisses bei erfolgter Beauftragung und der Identifikation von Optimierungspotenzialen. Zu diesem Zweck gleicht der Auditor den Kriterienkatalog mit Planunterlagen und sonstigen Dokumenten des Antragstellers ab und bespricht wichtige Details in Workshops. Auf Basis seiner Zertifizierungserfahrung prognostiziert er daraufhin, wie viele der Checklistenpunkte mit hoher Wahrscheinlichkeit ohne weiteres Zutun erreicht werden und in welchen Kriterien mit Mehraufwand ein besseres Ergebnis zu erreichen ist. Das Ergebnis des Auftrags ist eine objektspezifische Bewertungsabschätzung mit Maßnahmenliste. An diesem Scheidepunkt sollte der Antragsteller seine eigenen Ziele formulieren und diese vertraglich mit dem Auditor festhalten. 37
- Das Aufgabenspektrum des beauftragten Auditors beinhaltet im Minimum die Prüfung einzureichender Dokumente und deren spätere Einreichung bei der DGNB Geschäftsstelle. Weitere zu beauftragende Leistungen beinhalten die Beratung des Auftraggebers hinsichtlich der Zertifizierung sowie unter Umständen die Durchführung von Nachweisen. Alternativ kann die Nachweisdurchführung auch einzeln vergeben werden. In diesem Falle dokumentiert der Auditor diese nur nach den Vorgaben der DGNB. Es besteht jedoch die Gefahr, dass extern vergebene Nachweise nicht den Ansprüchen der DGNB genügen. Der Auditor hat den Vorteil der Erfahrung. Weitere Vorteile ergeben sich durch die Verschiebung des Risikos und eventuelle Kostenvorteile durch die Eigenleistung des Auditors, die ggf. günstiger sein kann als ein Auftrag an spezialisierte Büros. Unter Umständen beauftragt sogar der Auditor selbst Dritte mit der Durchführung von Nachweisen, sodass mit einem Zuschlag zu rechnen ist. 38
- Nach Beauftragung des Auditors wird das Projekt durch den Antragsteller und Auditor bei der DGNB angemeldet und ein Vertrag zwischen DGNB und Antragsteller geschlossen. Die Mindestvoraussetzungen sind zu beachten. Es erfolgt der Zertifizierungsprozess in dem der Auditor die Antragsunterlagen in Zusammenarbeit mit dem Antragsteller und weiteren beteiligten Dritten ausarbeitet. Mussten zu Anfangszeiten noch ganze Ordner an Dokumenten zusammengestellt werden, eine Kritik die sich bei manchen Unbeteiligten weiter hält, wurde die Aufgabe inzwischen verschlankt. Zur Bearbeitung wird eine Software bereitgestellt, in der alle Nutzungsprofile abgebildet werden. Die Einreichung erfolgt ebenfalls über die Software. 39

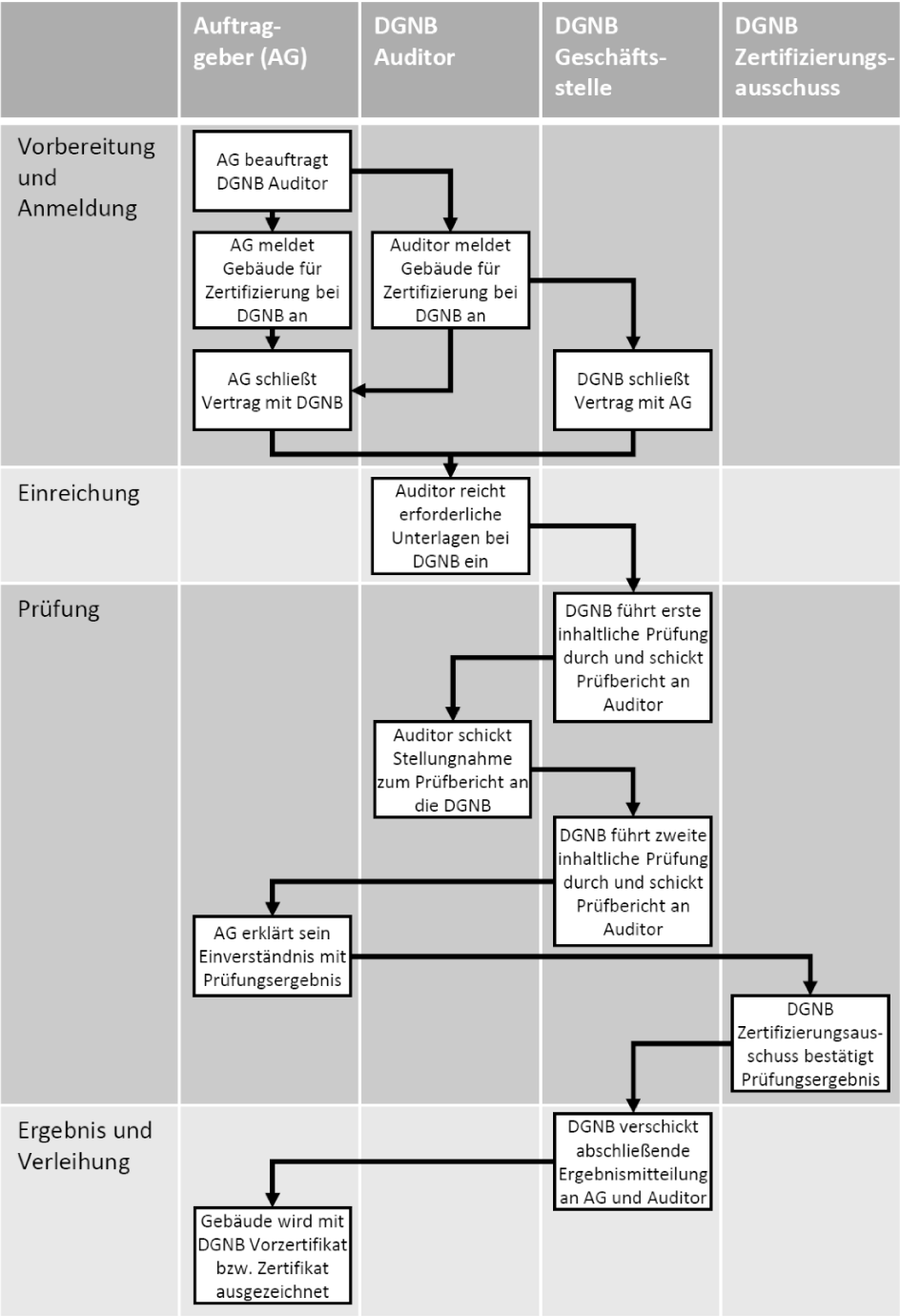


Abb. 10.1 Prozessablauf der Zertifizierung nach DGNB

Anschließend erfolgt eine inhaltliche Prüfung durch die DGNB Geschäftsstelle mit Möglichkeit zur Stellungnahme durch Auditor und Antragsteller. Gegebenenfalls wird nach Stellungnahme eine zweite Prüfung durchgeführt. Erklären sich alle Beteiligten mit dem Prüfungsergebnis als einverstanden wird eine endgültige Ergebnismitteilung verschickt und es erfolgt die Auszeichnung durch ein Zertifikat. 40

10.2.1.5 Kosten der Zertifizierung

Die Kosten der Zertifizierung teilen sich in die Zertifizierungsgebühren und die Honorarkosten für die Auditorenleistungen auf. Gegebenenfalls kommen, je nach Entscheidung des Antragsstellers, weitere Kosten für Projekte und Maßnahmen während des Zertifizierungsprozesses, als assoziierte Kosten hinzu. Über keinen der Anteile lässt sich eine pauschalisierte Aussage über die Höhe machen. 41

Die Höhe der Zertifizierungsgebühren richtet sich nach gewähltem Nutzungsprofil, Brutto-Grundfläche des Objekts und dem Mitgliedsstatus des Antragstellers. Die aktuelle Gebührenordnung kann auf der Homepage der DGNB eingesehen werden. Im Falle des Nutzungsprofils Gebäude im Betrieb wird eine pauschale Gebühr von 3.000 € (2.400 € für Mitglieder) bei der Zertifizierung erhoben (Stand Juni 2017). Für die Re-Zertifizierung wird eine reduzierte Pauschale von 1.750 € (1.250 €) verlangt. 42

Für Auditorenleistung und assoziierte Kosten ist eine Bezifferung nicht möglich. Die Höhe der ersten Position ist Gegenstand von Verhandlungen und stark von den beauftragten Leistungen abhängig. Ob und in welcher Höhe Kosten in der zweiten Position anfallen hängt nicht nur mit dem Objekt zusammen, sondern liegt auch in der Entscheidungsgewalt des Antragstellers. Zielsetzung und Bereitschaft zu Investitionen sind entscheidende Größen. 43

10.2.2 Kriterien

Im Folgenden wird der Inhalt der Kriterien des Nutzungsprofils „Gebäude im Betrieb“ grob wiedergegeben, um dem Leser ein Bild über Inhalt und Umfang des Zertifizierungsprozesses zu vermitteln. Anhand der Beschreibungen kann abgewogen werden, ob eine Zertifizierung mit vertretbarem Mitteleinsatz umsetzbar ist. Zur Unterstützung dieses Arbeitsprozesses kann auch auf Teil 3 oder in Abschnitt 10.3 des Kapitels zurückgegriffen werden, in dem die wichtigsten Dokumente für die Zertifizierung tabellarisch erfasst wurden. 44

10.2.2.1 Prozessqualität (PRO)

Die Prozessqualität ist mit einem Anteil von 25,0 % an der Gesamtbewertung das am zweitstärksten gewichtete Themenfeld. Die Bewertung hängt maßgeblich von den Leistungen des Betriebes ab. Alle Indikatoren im Themenfeld werden vom Betreiber beeinflusst. Der Nutzer hat einen Einfluss auf ca. ein Viertel der zu maximal erreichbaren CLP. Das Gebäude hat lediglich einen Einfluss auf 10 % der zu erreichenden CLP. 45

a) Strategie und Kommunikation (PRO9.1)

- 46 Ziel des Kriteriums „Strategie und Kommunikation“ ist die Formulierung, Umsetzung und Kontrolle einer objektspezifischen Nachhaltigkeitsstrategie. Unabhängig von dieser können durch verschiedene Maßnahmen im Indikator Umsetzung weitere CLP erreicht werden. Ein besonderer Fokus dieses Kriteriums ist die Kommunikation von Strategie und Umsetzungsmaßnahmen. Bei nachweislicher Kommunikation mit den Mietern sind mehr CLP zu erreichen. Insgesamt können in diesem Kriterium 120 CLP erreicht werden von denen 100 CLP anrechenbar sind, d.h. es ist eine volle Punktzahl erreichbar ohne alle möglichen Maßnahmen durchführen zu müssen. Mit 5,0 % Anteil an der Gesamtbewertung gehört dieses Kriterium zu den Zweitrangungen.

Tab. 10.4 Indikatoren im Kriterium „Strategie und Kommunikation“ (PRO9.1)

Teilkriterium	Beschreibung	Maximale CLP
1. Ziele	1. Ziele zu einer Nachhaltigkeitsstrategie	5
	2.1 Nachhaltigkeitsstrategie	20
	2.2 Umweltmanagement, Nachhaltigkeitsreporting und Betreiberzertifikate	15
	2.3 Nachhaltigkeitsleitfaden für die Nutzer	20
	2.4 Anreizsystem für die Nutzer	10
	2.5 Informationssystem zur Nachhaltigkeit des Gebäudes	10
2. Umsetzung	2.6 Green Lease	20
	3.1 Gremium	5
3. Controlling	3.2 Nachhaltigkeitsbericht	10
4. Bewertung	4 Erreichung selbstformulierter Ziele	5
5. Projekte und Maßnahmen	5 Projekt- / Maßnahmenliste	2

- 47 Im Teilkriterium **Ziele** müssen mittel- bis langfristige Ziele zu einer Nachhaltigkeitsstrategie für das Objekt definiert werden. Die geforderten Inhalte entsprechen den Indikatoren im Teilkriterium Umsetzung: 1.) Nachhaltigkeitsstrategie, 2.) Umweltmanagement, Nachhaltigkeitsreporting und Betreiberzertifikate, 3.) Nachhaltigkeitsleitfaden für die Nutzer, 4.) Anreizsystem für die Nutzer, 5.) Informationssystem zur Nachhaltigkeit des Gebäudes und 6.) Green Lease. Es werden mehr CLP vergeben, wenn die Nachhaltigkeitsstrategie den Nutzern kommuniziert wird.

Hinweis

48

Das oben beschriebene Schema gilt für alle Kriterien und wird im Folgenden nicht mehr ausführlich beschrieben; die im Teilkriterium *Ziele* selbst zu formulierenden Ziele müssen mindestens die Themen des Teilkriteriums *Umsetzung* beinhalten.

- Die Ausformulierung der Nachhaltigkeitsstrategie erfolgt im Teilkriterium **Umsetzung**. Die Zahl der zu erreichenden CLP steigt mit Detaillierungsgrad. Im optimalen Fall enthält die Nachhaltigkeitsstrategie einen Zielkatalog zu ökologischen, sozialen und ökonomischen Zielen mit Zeitbezug, Indikatoren zur Beurteilung, Verantwortliche, Festlegungen zur Berichterstattung und die Darstellung aller relevanten Interessengruppen. Weiterhin belohnt wird die Offenlegung der Strategie für die Nutzer / Mieter. 49
- Weitere CLP können durch den Nachweis erreicht werden, dass für das Gebäude im Rahmen eines Umweltmanagementsystems (EMAS oder ISO 14001), eines Nachhaltigkeitsreportings oder Betreiberzertifikats wesentliche, nachhaltigkeitsrelevante Gebäudeaspekte erfasst und einem kontinuierlichen Verbesserungsprozess unterzogen werden. 50
- Aus dem Bereich Kommunikation stehen die Möglichkeiten der Bereitstellung eines Nachhaltigkeitsleitfadens sowie eines Anreizsystems für die Nutzer des Gebäudes zur Verfügung. Ebenso können durch ein Informationssystem (Screens, Aufkleber, Poster, Tafeln, etc.) zur Nachhaltigkeit des Gebäudes CLP erreicht werden. Ein gutes Beispiel für ein Informationssystem sind Tafeln, die kontinuierlich über den am Standort produzierten Strom aus Photovoltaikanlagen informieren. Unter anderem verfolgen die Handelsketten IKEA und Aldi Süd diese Strategie, wenn auch unabhängig von einer DGNB-Zertifizierung. 51
- Am ehesten von den Mietern abhängig und damit am wenigsten unter Kontrolle des Betreibers ist die letzte Möglichkeit zur Erreichung von CLP im Teilkriterium Umsetzung: die Einführung von „grünen“ Mietverträgen in Anlehnung an die Regelungsempfehlungen des Zentralen Immobilien Ausschusses (ZIA). Eine volle Punktzahl ist nur bei Unterschrift der Mieter möglich. Es besteht die Möglichkeit Teilpunkte anzurechnen, wenn Verhandlungen mit den Mietern stattfinden. 52
- Zur Sicherstellung der Umsetzung der Nachhaltigkeitsstrategie wird im Teilkriterium **Controlling** bewertet, ob ein regelmäßig tagendes Gremium installiert wurde, in dem alle relevanten Interessentengruppen vertreten sind und ob ein Nachhaltigkeitsbericht für das Gebäude über die Erreichung der Nachhaltigkeitsziele informiert. 53
- Die **Bewertung** erfolgt über die selbstformulierten Ziele. Werden nicht alle Ziele erreicht, kann durch das Aufstellen einer Projekt-/Maßnahmenliste trotzdem im Teilkriterium **Projekte und Maßnahmen** die volle Punktzahl erreicht werden. 54

Hinweis

Das oben beschriebene Schema, dass nicht alle selbstformulierten Ziele erreicht werden müssen, gilt für alle Kriterien. Werden nicht alle Ziele erreicht, kann durch die Aufstellung einer Projekt- / Maßnahmenliste zur Erreichung dieser, die volle Punktzahl (des Teilkriteriums Bewertung) erreicht werden. D.h., die Punkte, die im Teilkriterium Bewertung nicht erreicht wurden, werden im Teilkriterium Projekte und Maßnahmen gutgeschrieben.

b) Gebäudemanagement (PRO9.2)

- 55 Das Kriterium Gebäudemanagement bewertet qualitativ, ob die Voraussetzungen für ein professionelles Gebäudemanagement durch den Betreiber erfüllt werden. Inhalte sind eine objektspezifische Immobilienstrategie, Prozessmanagement und Dokumentation sowie Anforderungen an das Personal im Facility Management. Insgesamt können in diesem Kriterium 100 CLP erreicht werden, von denen 100 CLP anrechenbar sind, d.h. eine volle Punktzahl ist nur erreichbar wenn alle möglichen Maßnahmen durchgeführt werden. Mit einem Anteil von 20,0 % an der Gesamtbewertung ist dieses Kriterium äußerst wichtig für die Zertifizierung.

Tab. 10.5 Indikatoren im Kriterium „Gebäudemanagement“ (PRO9.2)

Teilkriterium	Beschreibung	Maximale CLP
1. Ziele	1. Ziele zur strategischen Ausrichtung des Gebäudemanagements	3
	2.1 Immobilienstrategie	18
2. Umsetzung	2.2 Prozessmanagement und Dokumentation	63
	2.3 Anforderungen an Mitarbeiter / Personal im Facility Management	10
3. Controlling	3 Überprüfung selbstformulierter Ziele	2
4. Bewertung	4 Erreichung selbstformulierter Ziele	5
5. Projekte und Maßnahmen	5 Projekt- / Maßnahmenliste	2

Praxishinweis

Der Aufwand zur Dokumentation dieses Kriteriums hängt stark von den bereits vorliegenden Unterlagen ab. Liegen dem Gebäudemanagement die meisten geforderten Unterlagen bereits vor, ist der Aufwand begrenzt. Sind die Dokumente größtenteils nicht vorhanden, ist von einer kurzfristigen Zertifizierung abzusehen.

- 56 Im Teilkriterium **Ziele** werden objektspezifische Ziele zur Ausrichtung des Gebäudemanagements formuliert. Besonders honoriert wird die Kommunikation dieser gegenüber den Vertretern der Nutzer / der Mieter / des Betreibers.

Fortgeführt werden die Ziele im ersten Indikator des Teilkriteriums **Umsetzung Immobilienstrategie**. In diesem Indikator ist eine ausformulierte Immobilienstrategie vorzulegen und nachzuweisen, dass diese im Gebäudebetrieb konsequent berücksichtigt wird. Gemäß der Beschreibung des Indikators sollte die Immobilienstrategie zum Beispiel die geplante Nutzungsdauer des Objekts bzw. der Bauteile, eine Instandhaltungsstrategie, eine angestrebte Nutzerzufriedenheit oder ähnliche Themen beinhalten. Zusätzlich honoriert das Kriterium den Verweis auf die Bewirtschaftung des Gebäudes nach einem Umweltmanagementsystem. 57

Von äußerster Bedeutung für das Kriterium und somit die ganze Zertifizierung ist der Indikator *Prozessmanagement und Dokumentation*. Der Indikator selbst hat einen Anteil von über 11 % an der Gesamtbewertung. Ein hoher Gesamterfüllungsgrad ist ohne (fast) volle Punktzahl in diesem Indikator nur äußerst schwer zu erreichen. Dasselbe gilt für den Mindesterfüllungsgrad, jedoch noch stärker. 58

Ziel des Indikators *Prozessmanagement und Dokumentation* ist der Nachweis, dass der Betreiber in der Lage ist seine Betreiberverantwortung wahrzunehmen und einen optimalen Gebäudebetrieb sicherzustellen sowie eine reibungslose Übergabe im Falle eines Dienstleisterwechsels zu ermöglichen. Zu diesem Zweck wird im Indikator verlangt, dass folgende Dokumente vorhanden sind: 59

- Eine Prozesslandschaft, die die kritischen Prozesse zur Wahrnehmung der Betreiberverantwortung definiert
- Eine Gebäudedokumentation, die aussagefähige Informationen und Kenngrößen, bezogen auf den Gebäudebestand und -betrieb, liefert
- Ein digitalisiertes Informationssystem (CAFM)
- Ein detailliertes Betreiberhandbuch, welches alle wesentlichen Daten für einen optimierten Betrieb des Gebäudes enthält
- Anlagenbücher an den sicherheitsrelevanten Anlagen
- Eine konsistente Dokumentation vorhandener Mängel

Verweis

Mit dem Begriff der Betreiberverantwortung wird die Summe aller Betreiberpflichten zum Schutz persönlicher Rechtsgüter (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum) und der Umwelt (Luft, Klima, Boden und Wasser) zusammengefasst, die den Betreiber einer Anlage bzw. Immobilie in seiner Eigenschaft als Betreiber treffen. Aus den Betreiberpflichten ergibt sich eine Verantwortlichkeit des Betreibers, die ihn im Falle einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung dieser Pflichten haftbar macht. Diese sind in etwa 2.000 Gesetzen und Regelwerken niedergeschrieben. Eine Zusammenfassung dieser Regeln und Richtlinien bietet die GEFMA 190.

Die gesetzliche Betreiberverantwortung und die sich daraus ergebenden Pflichten beziehen sich sowohl auf Unternehmen selbst, als auch auf die darin handelnden Personen. Für eine wirksame Entlastung im Schadensfall ist dringend anzuraten, die gesetzlich geforderten Dokumente vorliegen zu haben. Darüber hinaus sollten weitere Dokumente zur Entlastung

erstellt, gepflegt und bereitgehalten werden. In der Praxis ist nicht zu erwarten, dass eine lückenlose Dokumentation gelingt. Die Kunst des Facility Managers ist es, mögliche Gefahren einzuschätzen und Maßnahmen zur Abwehr einzuleiten. Die Gerichte werden im Schadensfall beurteilen müssen, inwiefern der Betreiber seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist. Weiterführende Informationen finden Sie in diesem Buch in Kapitel 2, IV. Wahrnehmung der Betreiberverantwortung bzw. von Verkehrssicherungspflichten, Nr. 199

- 60** Die Nachweisführung für dieses Kriterium ist von der DGNB bewusst leicht gehalten worden. Um den Facility Manager nicht mit der Dokumentation allzu sehr auszulasten, – eine lückenlose, schriftlich ausformulierte Nachweisführung würde einen erheblichen Aufwand bedeuten – bestehen die Nachweise hauptsächlich aus Screenshots und Fotos, z.B. Screenshots der geforderten Prozessbeschreibungen und des CAFM-Programms.
- 61** Die Anforderungen der DGNB an das Betreiberhandbuch können aus dem DGNB-Nutzungsprofil „Bestand Büro- und Verwaltungsgebäude“ Version 2013 (BBV13) entnommen werden. In der Mindestanforderung enthält ein Betreiberhandbuch demnach Handbücher und Handlungsanweisungen, Dokumentationen, Konzepte, Planunterlagen und Terminpläne. Nachfolgende Tabelle stellt den geforderten Inhalt der fünf genannten Kategorien dar.

Tab. 10.6 Anforderungen an ein Betreiberhandbuch nach DGNB

Geforderte Themen	Geforderter Inhalt (<i>optionale Inhalte kursiv dargestellt</i>)
Handbücher, Handlungsanweisungen	Objektdaten / Objektsteckbrief, Gebäude- und Raumbuch Organisationshandbuch Brandschutzkonzept und -ordnung Hausordnung, allgemeine Angaben für den Betrieb Betriebsanweisungen Aushang über Erste Hilfe Instandhaltungsanweisungen mit Beschreibung der Intervalle und Qualifikationen für Inspektion, Wartung, Prüfung Verzeichnis relevanter Gesetze, Normen, Verordnungen, und UV-Vorschriften <i>Pflegeanleitungen, -hinweise etc.</i>
Dokumentationen	Übersicht über Befähigungsnachweise, Bestellungen, Benennungen, Unterweisungen, Belehrungen, (Arbeitssicherheit, Störfallbeauftragte, Brandschutz, etc.) Dokumente zum Nachweis der Aufbauorganisation Aufzeichnung festgelegter Maßnahmen des Arbeitsschutzes Unterlagen über durchgeführte Gefährdungsbeurteilungen Abfallbilanzen, Entsorgungsnachweise Prüfbuch, Aufzeichnungen über durchgeführte Prüfungen (wiederkehrende Prüfungen, Begehungen) <i>Erfassung von Unfällen mit Personenschäden</i>

Geforderte Themen	Geforderter Inhalt (<i>optionale Inhalte kursiv dargestellt</i>)
Konzepte	Entsorgungskonzepte Konzept Betreiberverantwortung / Übertragung von Pflichten <i>Risikoanalysen</i> <i>Immobilien-/ Bewirtschaftungsstrategie</i> <i>Sicherheitskonzept, Konzept zur Verhinderung von Störfällen</i> <i>Schnittstellenkonzept Eigentümer-Nutzer-Betreiber</i>
Planunterlagen	Grundrisspläne (inkl. Oberflächenqualitäten, Reinigungsflächen, etc.) Außenanlagenplan, -flächen, Pflegeflächen, Sommerdienst / Winterdienst <i>Alarm- und Gefahrenabwehrpläne</i> <i>Lageplan, Erschließung, Stellplätze</i> <i>Baumkataster</i> <i>Inventarverzeichnis inkl. Einbauten von Mietern</i> <i>Ersatzteillisten</i> <i>Schließpläne</i>
Terminpläne	Terminpläne für wiederkehrende Prüfungen, Begehungen, Sicherheitsbeurteilungen etc. <i>Wartungsplanung und -organisation</i> <i>Mangelanspruchfristenliste</i> <i>Auflistung der Gewährleistungsfristen</i> <i>Reinigungszyklen</i> <i>Schichtplan</i> <i>Bereitschaftsplan</i>

Optional sind diese Kategorien um weitere Punkte zu erweitern, wie z.B. durch Pflegeanleitungen und -hinweise, Erfassung von Unfällen und Personenschäden, Risikoanalysen, Alarm- und Gefahrenabwehrpläne sowie eine Wartungsplanung und Organisation. **62**

Weniger bedeutend in der Bewertung sind die Nachweise, dass Anlagenbücher an den sicherheitsrelevanten Anlagen vorhanden sind und eine konsistente Dokumentation über Mängel inklusive deren Abarbeitung vorliegt. Die Nachweise können über Fotos der Anlagenbücher bzw. Screenshots der Dokumentation erbracht werden. **63**

Der Indikator *Anforderungen an Mitarbeiter / Personal im Facility Management* stellt die Anforderung, dass die relevanten FM-Mitarbeiter neben den erforderlichen fachlichen Qualifikationen hinaus befähigt sind nachhaltige Entscheidungen im Betrieb des Gebäudes zu treffen. Es gilt nachzuweisen, dass die Mitarbeiter an Fortbildungen zum Thema Nachhaltigkeit teilgenommen haben. **64**

Das Teilkriterium **Controlling** fordert eine regelmäßige Selbstüberprüfung der Ziele. **Bewertung** sowie **Projekte und Maßnahmen** verteilen die CLP nach dem üblichen Schema: Werden nicht alle selbst gesteckten Ziele erreicht, kann durch eine Projekt- und Maßnahmenliste trotzdem die volle Punktzahl erreicht werden. **65**

10.2.2.2 Ökologische Qualität (ENV)

66 Die Ökologische Qualität ist mit einem Anteil von 30,0 % an der Gesamtbewertung das am stärksten gewichtete Themenfeld im Nutzungsprofil. Die Bewertung hängt maßgeblich von den Leistungen des Betreibers ab, jedoch ist um eine volle Punktzahl zu erreichen eine Einbindung der Mieter notwendig. Ohne die Mieter einzubinden sind in den jeweiligen Kriterien je nach Indikator 30-75 % der CLP erreichbar. Ebenfalls zu bedenken ist, dass die erhobenen Verbräuche der DGNB zur Verfügung gestellt werden müssen.

a) Ressourceneffizienz (ENV9.1)

67 Das Kriterium Ressourceneffizienz bewertet Energie- und Wasserverbräuche, den Ausstoß an Treibhausgasemissionen und das Abfallaufkommen quantitativ. Insgesamt können in diesem Kriterium 100 CLP erreicht werden von denen 100 CLP anrechenbar sind, d.h. eine volle Punktzahl ist nur erreichbar, wenn alle möglichen Maßnahmen durchgeführt werden. Mit 25,0 % Anteil an der Gesamtbewertung ist dieses Kriterium äußerst wichtig für die Zertifizierung.

Tab. 10.7 Indikatoren im Kriterium „Ressourceneffizienz“ (ENV9.1)

Teilkriterium	Beschreibung	Maximale CLP
1. Ziele	1. Ziele zur Reduktion des Ressourcenverbrauchs und der Emissionen des Gebäudes	2
	2.1 Endenergie	26
2. Umsetzung	2.2 Wasser	2
	2.3 Abfall	2
3. Controlling	3.1 Endenergie	30
	3.2 Energiebedingte CO ₂ -Emissionen	30
4. Bewertung	4 Erreichung selbstformulierter Ziele	8
5. Projekte und Maßnahmen	5 Projekt- / Maßnahmenliste	4

68 Dem allgemeinen Schema folgend werden im Teilkriterium **Ziele** werden Zielsetzungen zum Ressourcenverbrauch in den Bereichen Energie, Wasser, Ausstoß von Treibhausgasemissionen und dem Abfallaufkommen gesetzt. In Gebäuden mit Mietern wird die schriftliche Kommunikation der Zielvorstellungen zusätzlich honoriert. Beispiele für Ziele sind der Endenergieverbrauch je Quadratmeter, die Reduktion des Verbrauchs zu einem bestimmten Zeitpunkt etc.

69 Im Teilkriterium **Umsetzung** wird bewertet ob Endenergie- und Wasserverbräuche sowie das Abfallaufkommen erfasst werden. Im Falle der Endenergieverbräuche wird zusätzlich der Umfang der Erfassung bewertet. In jedem Fall wird zwischen einer Erfassung nur für Allgemeinflächen und einer Erfassung des gesamten Gebäudes unterschieden. Nur

im zuletzt genannten Fall ist eine volle Punktzahl möglich. Die erhobenen Daten müssen der DGNB zu Verfügung gestellt werden und mindestens den Zeitraum eines Jahres umfassen.

Im Falle der *Endenergieverbräuche* können in drei unterschiedlichen Stufen CLP erlangt werden. In der ersten Stufe müssen Wärme- und Stromverbrauch messtechnisch erfasst und monatlich ausgewiesen werden. In Stufe 1 wird zwischen der Ausweisung von Verbräuchen nur für Allgemeinflächen und dem gesamten Gebäude unterschieden. Zusätzlich honoriert wird die Bildung von Energie-Kennzahlen (Stufe 2). Im Jargon der DGNB ist damit gemeint, dass das Life-Cycle-Costing-Tool, welches im Rahmen der Zertifizierung zur Anwendung kommt, mit den relevanten Daten zum Energieverbrauch befüllt wird. In dieser Stufe können alle CLP erreicht werden, auch wenn nur die Verbräuche für Allgemeinflächen vorliegen. 70

In Stufe 3 wird ein professionelles Energiemanagement gefordert. Die DGNB definiert hierfür zwei Herangehensweisen, die anerkannt werden. In der ersten Option, der „Bottom-Up-Methode“, wird gefordert, dass ein Berechnungsmodell zur Bestimmung des Energiebedarfs besteht. Das Berechnungsmodell kann aus der Berechnung nach DIN V 18599 (Energiebedarfsrechnung gemäß Energieeinsparverordnung – EnEV) oder einer speziellen Gebäudesimulation stammen. Mithilfe der Rechenwerte kann das Energiemanagement im Betrieb erkennen, wie nahe die Verbräuche am optimalen Betrieb sind. 71

Die zweite Option zur Erbringung des Nachweises zielt auf Gebäude ab, in denen eine Gebäudeautomation vorhanden ist. In diesem Fall sollen die Gebäude- und Anlagenfunktionen erfasst und mit den Sollwerten der Planung abgeglichen werden. Dabei sind die Betriebsdaten mindestens stündlich zu erheben. 72

Für den Bereich *Wasser* wird lediglich die Erfassung der Verbräuche gefordert. Neben der Anforderung, dass die Daten mindestens ein Jahr umfassen, werden keine weiteren Bedingungen gestellt. Die Erhebung des *Abfallaufkommens* muss zusätzlich nach Sorten gegliedert werden. 73

Das Teilkriterium **Controlling** bewertet den *Endenergieverbrauch* und die energiebedingten *CO₂-Emissionen* anhand der Verbrauchserfassung. Die eigenen Zahlen werden zur Bewertung mit DGNB internen Benchmarks abgeglichen. Zu diesem Zweck wird durch die DGNB ein Excel-Tool bereitgestellt, in dem alle notwendigen Berechnungen (Normalisierung durch Klimabereinigung, Verknüpfung mit Datensätzen der Ökobau.dat etc.) automatisch durchgeführt werden. 74

In beiden Themenfeldern erfolgt die Bewertung mittels Punktzahl je nach Über- oder Unterschreitung des jeweiligen Benchmarks. Bei einer Unterschreitung des Benchmarks von über 50 % wird die volle Punktzahl vergeben. Keine Punkte hingegen erhalten Betriebe, die den Benchmark um über 50 % überschreiten. Zwischen den beiden Werten ist eine lineare Interpolation möglich. 75

Beim Einkauf von Ökostrom können die CO₂-Äquivalente aus dem Zertifikat des Ökostrom-Anbieters angewendet werden. Es gilt jedoch die Einschränkung, dass nur die Anteile an Ökostrom angerechnet werden können, die in den letzten drei Jahren im Mittel eingekauft wurden. Ebenfalls muss eine schriftliche Zusage vorliegen, dass Ökostrom auch 76

für die nächsten drei Jahre nach Zertifikatsübergabe (also den Zeitraum der Gültigkeit des Zertifikats) mindesten im gleichen Umfang wie in den vergangenen Jahren eingekauft wird. Somit ist eine Verbesserung des Ergebnisses durch den kurzfristigen Abschluss eines neuen Stromvertrages nicht möglich. Der Einkauf von Ökostrom eignet sich allerdings sehr gut als Maßnahme für das Teilkriterium Projekte und Maßnahmen.

77 **Bewertung** sowie **Projekte und Maßnahmen** verteilen die CLP nach dem üblichen Schema: Werden nicht alle selbst gesteckten Ziele erreicht, kann durch eine Projekt- und Maßnahmenliste trotzdem die volle Punktzahl erreicht werden.

b) Beschaffung (ENV9.2)

- 78 Das Kriterium Beschaffung bewertet ob Richtlinien zur nachhaltigen Beschaffung verschiedener Güter vorliegen und umgesetzt werden. Insgesamt können in diesem Kriterium 120 CLP erreicht werden, von denen 100 CLP anrechenbar sind, d.h. es ist eine volle Punktzahl erreichbar ohne alle möglichen Maßnahmen durchführen zu müssen. Mit 5,0 % Anteil an der Gesamtbewertung gehört dieses Kriterium zu den Zweitrangigen.
- 79 Zu den Themen, die von dem Kriterium betroffen sind, zählen die Beschaffung von Verbrauchsgütern, der Umwelt- und Gesundheitsschutz bei Ausbau- und Instandhaltungsmaßnahmen, die Beschaffung von nachhaltigen Reinigungsmitteln sowie die Einbeziehung von Nachhaltigkeitskriterien bei der Auswahl von Lieferanten.

Tab. 10.8 Indikatoren im Kriterium „Beschaffung“ (ENV9.2)

Teilkriterium	Beschreibung	Maximale CLP
1. Ziele	1. Ziele einer nachhaltigen Beschaffung	2
	2.1 Beschaffungsrichtlinie für Verbrauchsgüter	40
	2.2 Richtlinie für Instandhaltung und Ausbau	30
2. Umsetzung	2.3 Kühlmittel	5
	2.4 Richtlinie für nachhaltige Reinigung	30
	2.5 Nachhaltigkeitsaspekte bei Lieferantenauswahl	4
3. Controlling	3 Überprüfung zur Umsetzung der Richtlinien	4
4. Bewertung	4 Erreichung selbstformulierter Ziele	5
5. Projekte und Maßnahmen	5 Projekt- / Maßnahmenliste	2

80 Beispiele für die Beschaffungsrichtlinien für Verbrauchsgüter sind sehr umfangreich und können beim Umweltbundesamt abgefragt werden. Hier genannt seien die Beschaffung

von veganer Seife, die ohne Tierversuche auskommt, oder von FSC- bzw. PEFC-zertifiziertem Toilettenpapier. Bei den Richtlinien für Instandhaltung kann auf bauökologische Kriterien aus Neubausystemen zurückgegriffen werden. Die Freiheit der zu beschaffenden Produkte von Lösemitteln und Weichmachern sind valide Ziele für einen nachhaltigen Ausbau.

Praxishinweis

Die Formulierung von Beschaffungsrichtlinien im Einklang mit Zertifizierungssystemen kann sehr aufwendig sein und insbesondere bei der erstmaligen Einführung den Betreiber vor Schwierigkeiten stellen. Auditoren mit Praxiserfahrung können aus dem Wissen alter Projekte schöpfen und somit den Aufwand sehr stark verringern.

Die Punktvergabe in diesem Kriterium ist stark von der Zusammenarbeit mit den Mietern / Nutzern abhängig. Zwar bietet das System auch in diesem Kriterium die Möglichkeit die Richtlinien nur in Allgemeinflächen umzusetzen, jedoch können in dem Fall nur 54 % der maximalen CLP erreicht werden (Ausnahme: 59 % bei Shopping-Centern). **81**

Im Teilkriterium Ziele wird bewertet ob objektspezifische Ziele zur nachhaltigen Beschaffung vorliegen und diese den Mietern kommuniziert wurden. Es wird gefordert, dass die Ziele objektiver Natur sind und quantifiziert werden können. Beispiele für mögliche Ziele sind der Anteil der Mieter, die eine bestimmte Richtlinie auf ihren Flächen umsetzen, der Zeitpunkt für die Einführung bestimmter Richtlinien etc. **82**

10.2.2.3 Ökonomische Qualität (ECO)

Die Ökonomische Qualität ist mit einem Anteil von 20,0 % an der Gesamtbewertung ein wichtiges Themenfeld. Haupteinflussgröße im Themenfeld sind die Leistungen des Betreibers. Im Themenfeld wird lediglich ein Kriterium, Werterhalt und Betriebskosten geprüft. Bewertet werden die Themen Betriebskosten-Monitoring, Budgetplanung, Gewährleistungsmanagement und Vermietungsgrad. **83**

a) Werterhalt und Betriebskosten (ECO9.1)

Das Kriterium Werterhalt und Betriebskosten bewertet die Themen Betriebskosten-Monitoring, Budgetplanung, Gewährleistungsmanagement und Vermietungsgrad. Insgesamt können in diesem Kriterium 100 CLP erreicht werden von denen 100 CLP anrechenbar sind, d.h. eine volle Punktzahl ist nur erreichbar wenn alle möglichen Maßnahmen durchgeführt werden. Mit 20,0 % Anteil an der Gesamtbewertung ist dieses Kriterium äußerst wichtig für die Zertifizierung. **84**

Tab. 10.9 Indikatoren im Kriterium „Werterhalt und Betriebskosten“ (ECO9.1)

Teilkriterium	Beschreibung	Maximale CLP
1. Ziele	1. Ziele zur Steigerung des Werterhalts und der langfristigen Wirtschaftlichkeit	2
	2.1 Betriebskosten-Monitoring	10
2. Umsetzung	2.2 Budgetplanung	22
	2.4 Gewährleistungsmanagement	6
3. Controlling	3 Controlling der Betriebskosten	8
	4.1 Gebäudebezogene Betriebskosten	20
4. Bewertung	4.2 Marktfähigkeit	13
	4.3 Erreichung selbstformulierter Ziele	3
5. Projekte und Maßnahmen	5 Projekt- / Maßnahmenliste	6

- 85** Im Teilkriterium **Ziele** muss der Antragsteller, d.h. der Eigentümer des Gebäudes, eigene Zielvorstellungen zum Werterhalt und den Betriebskosten des Gebäudes formulieren. Es werden mehr CLP vergeben, wenn die Ziele dem Betreiber in geeigneter Form überreicht werden.
- 86** Gemäß der allgemeinen Struktur sind mindestens die Themen des Kriteriums zu behandeln, d.h. 1.) Betriebskosten-Monitoring, 2.) Budgetplanung, 3.) Gewährleistungsmanagement und 4.) Vermietungsgrad. Es wird gefordert, dass diese Ziele als objektive, quantifizierbare Messgrößen / Kennzahlen ausformuliert werden. Beispielhafte Zielvorgaben sind z.B. die Unterschreitung eines Benchmarks zu Betriebskosten, die angestrebte durchschnittliche Mietvertragsdauer, die Höhe der Mieterfluktuation etc.
- 87** Ob die ausformulierten Ziele nachverfolgt werden, wird im Teilkriterium **Umsetzung** bewertet. Der Indikator *Betriebskosten-Monitoring* ist sehr schwach ausformuliert. Es muss lediglich nachgewiesen werden, dass eine Monitoring-Systematik vorhanden ist, die das Aufstellen der Betriebskosten für ein vollständiges Kalenderjahr erlaubt. Die aufgeführten Betriebskosten sollten mindestens die Positionen Energiekosten, Wasser- und Abwasserkosten, Kosten für Reinigung und Pflege, Kosten für Bedienung, Inspektion und Wartung sowie die Instandsetzungskosten nach DIN 18960 enthalten.

Praxishinweis

Ebenso wie bei der Erhebung von Energieverbräuchen, steht der Antragsteller im Kriterium Werterhalt und Betriebskosten vor dem Dilemma, dass ein Großteil der notwendigen Daten bei den Mietern liegt und diese unter Umständen kein Interesse an einer Kooperation im Sinne des Zertifizierungsprozesses haben. Die DGNB trägt diesem Umstand Rechnung, indem Sie in den relevanten Indikatoren eine ausschließliche Bewertung der Allgemeinflächen zulässt.

Insgesamt sind 74 von maximal 100 erreichbaren CLP betroffen. Ohne jegliche Einbindung der Mieter können von diesen 74 maximal 33 CLP erzielt werden (Shopping Center 45,5 CLP). D.h. in der Gesamtbewertung sind lediglich 11,8% von 20,0% zu erreichen.

- Der Indikator *Budgetplanung* behandelt die Themen Instandhaltung und Nachhaltigkeitsmaßnahmen. Im Idealfall kann der Antragsteller ein Instandhaltungsbudget für einen Zeitraum von 10 Jahren ausweisen, dass die Bauelemente der Kostengruppen KG 300 und KG 400 nach DIN 276 enthält und sowohl Zeitpunkt als auch Höhe der Kosten taxiert. Der Fokus im Indikator liegt auf dem Austausch von Bauelementen, also den außerordentlichen Kosten im Gegensatz zu laufenden Kosten wie regelmäßigen Wartungen und Inspektionen. Teilpunkte sind erreichbar, wenn die Budgetplanung in einem oder mehreren der oben angeführten Punkte nicht den Anforderungen genügt. 88
- Mit maximal 2CLP ist die letzte Forderung im Indikator in der Gesamtbewertung eher unwichtig. In dieser wird der Antragsteller dazu aufgefordert ein eigenes jährliches, zweckgebundenes Budget für die Umsetzung von Maßnahmen zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Objektes bereit zu stellen. Maßnahmen können hier sein die Einrichtung von Eltern-Kind-Arbeitsplätzen, die Anschaffung von Firmen-Fahrrädern oder die Subventionierung von ÖPNV-Tickets. Dieses jährliche Budget kann also für Projekte und Maßnahmen aus anderen Themenfeldern verwendet werden und sollte unter Beachtung dieser angesetzt werden. 89
- Der Indikator *Abgleich Budget mit Ist-Situation oder einer Technical Due Diligence (TDD)* durchleuchtet die Instandhaltungsaufwendungen der Immobilie weiter. Ziel ist die Professionalisierung der o.g. Budgetplanung. Im Idealfall kann der Antragsteller eine TDD, die nicht älter als 3 Jahre ist, nachweisen, die die zu erwartenden Instandhaltungskosten für die nächsten 5 Jahre aufzeigt. Andernfalls kann eine eigene Ermittlung auf Basis von Baualter, Restnutzungsdauer und Ersatzinvestitionskosten vorgelegt werden. 90
- Der letzte Indikator im Teilkriterium Umsetzung, *Gewährleistungsmanagement*, fordert die Verfolgung und Inanspruchnahme von Gewährleistungsfristen. 91
- Das Teilkriterium **Controlling** beschränkt sich auf die Überprüfung, ob die Ergebnisse des Betriebskosten-Monitorings regelmäßig ausgewertet und mit Benchmarks abgeglichen werden. Im Gegensatz zu den bisher betrachteten Kriterien stellt jedoch der Teil **Bewertung** im Kriterium einen wesentlichen Anteil der zu erreichbaren CLP dar. Ganze 36 % statt der üblichen 5-8 % der zu erreichbaren CLP werden im Teilkriterium Bewertung vergeben. Ebenfalls unüblich ist die hohe Anzahl an Indikatoren im Teilkriterium. 92
- Im dem am stärksten gewichteten Indikator des Kriteriums *Gebäudebezogene Betriebskosten* müssen vom Antragsteller die in einem vollständigen Kalenderjahr erhobenen Betriebskosten mit einem Benchmark gegenübergestellt werden. Dabei ist es unerheblich, ob das betrachtete Gebäude günstig oder teuer im Betrieb ist. Hingegen wird die Güte des Vergleiches belohnt. Im Minimalfall genügt das Heranziehen eines intern genutzten Benchmarks zur Gegenüberstellung. Im Idealfall basiert dieser Benchmark auf einer Basis von mindestens 10 Gebäuden und es kann nachgewiesen werden, dass das Benchmarking 93

zur Betriebskostenoptimierung genutzt wird. Es bleibt zu beachten, dass alle Informationen der DGNB zur Verfügung gestellt werden müssen.

- 94 In einem zweiten Benchmark wird im Indikator *Marktfähigkeit* der Vermietungsgrad des zu zertifizierenden Objekts mit anderen zertifizierten Immobilien verglichen. Nur überdurchschnittlich stark ausgelastete Immobilien können hier die volle Punktzahl erreichen. Als Bonuspunkt betrachtet werden kann die zweite Forderung im Indikator, dass für das Gebäude ein aktuell gültiges Nachhaltigkeitszertifikat vorliegt. Es können auch Zertifikate konkurrierender Anbieter, z.B. LEED oder BREEAM, angerechnet werden.
- 95 Im letzten Indikator *Zielerreichung* werden gemäß der Systematik die Zielvorstellung aus dem Teil Ziele überprüft. Sollten die Ziele nicht erreicht werden und somit keine CLP anrechenbar sein, können stattdessen im Teil **Projekte und Maßnahmen** identifizierte Ansätze zur Optimierung festgehalten werden.

10.2.2.4 Soziokulturelle und Funktionale Qualität (SOC)

- 96 Die Soziokulturelle und Funktionale Qualität ist mit einem Anteil von 15,0 % an der Gesamtbewertung eines der am schwächsten gewichteten Themenfelder im Nutzungsprofil. In zwei unterschiedlichen Kriterien wird auf die Zufriedenheit der Nutzer des Objektes eingegangen. Im ersten Kriterium Nutzerzufriedenheit ist eine Nutzerbefragung zu entwerfen, durchzuführen und auszuwerten. Im zweiten Kriterium Soziokulturelle Angebote hingegen wird bewertet ob langfristige Angebote zur Steigerung der Zufriedenheit der Nutzer vorhanden sind.

a) Nutzerzufriedenheit (SOC9.1)

- 97 Das Kriterium *Nutzerzufriedenheit* behandelt das Thema der Erhebung von Daten zur Nutzerzufriedenheit und deren Auswertung. Insgesamt können in diesem Kriterium 100 CLP erreicht werden von denen 100 CLP anrechenbar sind, d.h. eine volle Punktzahl ist nur erreichbar wenn alle möglichen Maßnahmen durchgeführt werden. Mit einem Anteil von 10,0 % an der Gesamtbewertung gehört dieses Kriterium zu den wichtigeren im Nutzungsprofil.
- 98 Die Zufriedenheit der Nutzer mit dem Gebäude und dem Betreiber sind mit ausschlaggebend für die Leistung von Mitarbeitern und die Attraktivität für Besucher. Daher kann ein Gebäude nur langfristig wirtschaftlich betrieben werden, wenn die Nutzer sich im Gebäude nicht unbehaglich fühlen oder sonstige Beschwerden äußern. Im Gegensatz zum Neubau besteht im Bestand die Möglichkeit zur Befragung der Nutzer; eine kostengünstigere und realistischere Alternative zu den Auslegungskriterien in der Gebäudeplanung. Ebenso kann ein professionelles Beschwerdemanagement zur Nutzerzufriedenheit beitragen.
- 99 Äußerst relevant für die Zertifizierung ist, dass die Mieter in diesem Kriterium mit einbezogen werden müssen. Eine Befragung allein zu den Allgemeinflächen kann, außer bei Shopping Centern, nicht angerechnet werden.

Tab. 10.10 Indikatoren im Kriterium „Nutzerzufriedenheit“ (SOC9.1)

Teilkriterium	Beschreibung	Maximale CLP
1. Ziele	1. Ziele zur Zufriedenheit der Nutzer	4
	2.1 Intervalle	20
2. Umsetzung	2.2 Inhalte der Befragungen	14
	2.3 Umfang der Beteiligung	7,5
	2.4 Beschwerdemanagement	15,5
3. Controlling	3 Auswertung der Befragungen	9
	4.1 Beteiligungsquote	10
4. Bewertung	4.2 Tatsächliche Nutzerzufriedenheit	15
	4.3 Erreichung selbstformulierter Ziele	5
5. Projekte und Maßnahmen	5 Projekt- / Maßnahmenliste	2

In diesem Kriterium wird hauptsächlich die Durchführung und Auswertung von Nutzerzufriedenheitsbefragungen bewertet. Hinzukommt eine Bewertung des Beschwerdemanagements. Aus diesem Grund sind im Teilkriterium **Ziele** Zielsetzungen zu diesen Themen zu setzen. Diese Zielsetzungen sollten die Themen der festgestellten Nutzerzufriedenheit, der Teilnahme an Befragungen, den Umfang der Befragungen und Beschwerden von Nutzer umfassen. Gute Beispiele für Zielsetzungen sind dabei z.B. die Beteiligungsquote der Nutzer an den Befragungen oder die Anzahl der Beschwerden pro Quartal. Weitere Möglichkeiten werden aus den folgenden Indikatoren ersichtlich. Besonders honoriert wird die Überreichung der formulierten Ziele an Betreiber und Nutzer

100

Das Teilkriterium **Umsetzung** besteht aus 4 Kriterien. Die ersten 3 Kriterien, *Intervalle*, *Inhalte der Befragungen* und *Umfang der Beteiligung*, befassen sich mit den durchzuführenden Nutzerbefragungen. Die Idealvorstellung der DGNB sieht vor, dass pro Objekt mindestens alle 3 Jahre Befragungen unter allen Nutzern durchgeführt werden. Diese sollten die Themen Raumluft, akustischer Komfort, thermischer Komfort, visueller Komfort und gegebenenfalls die individuelle Gestaltungsmöglichkeit des Arbeitsplatzes behandeln sowie die Möglichkeit beinhalten, sich zu einem ggf. vorhandenen Maßnahmenplan zu äußern. Es kann weiterhin sinnvoll sein im Rahmen einer geplanten Befragung weitere Themen des Zertifizierungsprozesses aufzunehmen, so z.B. das subjektive Sicherheitsempfinden. Da stellenweise kleinere bauliche Änderungen durch den Zertifizierungsprozess angeregt werden, bietet die Befragung der Nutzer die Chance relevante Mängel zu offenbaren. Dies kann im Falle des subjektiven Sicherheitsempfindens beispielsweise eine schlecht einsehbare, nicht beleuchtete Zone einer Tiefgarage sein.

101

Praxishinweis

Im Teilkriterium Ziele werden die Ergebnisse der Befragung bewertet. Um eine einfache Übertragung in das DGNB-Bewertungsschema zu gewährleisten, sollten Fragen zur Nutzerzufriedenheit auf einer 5-stufigen Skala „sehr zufrieden“ über „eher zufrieden“ und „mittelmäßig zufrieden“ bis „überhaupt nicht zufrieden“ oder Äquivalent zu beantworten sein.

- 102** Der letzte Indikator im Teilkriterium *Beschwerdemanagement* bewertet, ob ein Beschwerdemanagementsystem implementiert ist und permanent betrieben wird. Zusätzlich wird abgefragt, welche Meldungen erfasst werden, ob ein leicht erreichbarer Ansprechpartner benannt ist, ob die Mitteilungen systematisch erfasst und dokumentiert werden sowie ob die Anfragen zügig bearbeitet werden.
- 103** Das **Controlling** im Kriterium besteht aus der systematischen Auswertung der Nutzerbefragungen und Beschwerden, sowie der Zurverfügungstellung der Ergebnisse. Die Ergebnisse an sich sind für die Punkteverteilung im Controlling nicht von Bedeutung. Stattdessen werden diese im Teilkriterium **Bewertung** in drei Indikatoren beurteilt. Im Indikator *Beteiligungsquote* wird eine Mindestbeteiligung von 25 % gefordert, wenn CLP erreicht werden sollen. Im Idealfall einer Beteiligungsquote von über 50 % wird die volle Punktzahl vergeben. Wird die Mindestbeteiligungsquote erreicht, können im Indikator *Tatsächliche Nutzerzufriedenheit* weitere Punkte erreicht werden. Gemäß dem Praxishinweis o. g. werden Punkte erreicht, wenn die Nutzer in den relevanten Themen auf einer 5-stufigen Skala mindestens eine mittlere Bewertung („mittelmäßig zufrieden“) abgeben. Im Anschluss wird weiterhin die (teilweise) Erreichung der selbstformulierten Ziele im Indikator *Zielerreichung* honoriert.
- 104** Sollten nicht alle selbstformulierten oder vorgegebenen Ziele erreicht werden, besteht die Möglichkeit im Teil **Projekte und Maßnahmen** durch die Aufstellung einer Maßnahmenliste weitere CLP zu erreichen.

b) Soziokulturelle Angebote (SOC9.2)

- 105** Das Kriterium *Soziokulturelle Angebote* behandelt das Thema der Erhebung von Daten zur Nutzerzufriedenheit und deren Auswertung. Insgesamt können in diesem Kriterium 180 CLP erreicht werden, von denen 100 CLP anrechenbar sind, d.h. eine volle Punktzahl ist durch Durchsetzung einer Kombination verschiedenster Maßnahmen möglich. Mit einem Anteil von 5,0 % an der Gesamtbewertung gehört dieses Kriterium zu den am schwächsten gewichteten Kriterien im Nutzungsprofil.
- 106** Die Möglichkeit, eine volle Punktzahl auf unterschiedlichste Weise zu erreichen, spiegelt den Umstand wieder, dass die gesellschaftlichen Vorstellungen von nachhaltiger Entwicklung sowohl zeit-, situations- als auch kultur- und wissensabhängig sind. Die DGNB gibt in diesem Feld daher keine verbindliche Definition für einen soziokulturell nachhaltigen Gebäudebetrieb vor, sondern leitet verschiedene Schwerpunkte für die Situation in Deutschland ab. Die zugrundeliegenden Problemempfindungen sind die Bewältigung des

demografischen Wandels unserer Gesellschaft, die Vereinbarkeit von Beruf und Familie, die Inklusion aller Menschen und den Gesundheitsschutz der Gebäudenutzer.

Tab. 10.11 Indikatoren im Kriterium „Soziokulturelle Angebote“ (SOC9.2)

Teilkriterium	Beschreibung	Maximale CLP
1. Ziele	1. Ziele zu den soziokulturellen Angeboten des Gebäudes	5
2. Umsetzung	2.1 Familienfreundlichkeit	30
	2.2 Gesundheitsförderung	40
	2.3 Seniorengerechte Angebote	30
	2.4 Inklusion	40
	2.5 Kommunikationsfördernde Aufenthaltsqualität	20
3. Controlling	3 Controlling	10
4. Bewertung	4 Selbstformulierte Ziele	5
5. Projekte und Maßnahmen	5 Projekt- / Maßnahmenliste	2

Zunächst muss wie üblich der Antragsteller im Teilkriterium **Ziele** seine eigenen Absichten bezüglich des Themenfeldes formulieren. In diesem Fall soll festgehalten werden, welches Spektrum an Angeboten für regelmäßige Nutzer, Mitarbeiter oder Kunden eines Gebäudes offeriert werden soll. Weiterhin sinnvoll ist zu definieren, nach welchen Kriterien die Angebote als erfolgreich bewertet werden. Zielgrößen könnten hier die Wahrnehmung des Angebots (Teilnehmerzahl, Auslastung) sein bzw. eine Auswertung in einer Nutzerbefragung in Verbindung mit Kriterium SOC9.1 Nutzerzufriedenheit. Gemäß den Indikatoren im Teil **Umsetzung** sollten mindestens folgende Fragestellungen abgedeckt werden:

- Familienfreundlichkeit
- Gesundheitsförderung
- Seniorengerechte Angebote
- Inklusion und Barrierefreiheit
- Kommunikationsfördernde Aufenthaltsqualität

Bei all diesen Fragestellungen handelt es sich um facettenreiche Angelegenheiten. Die speziellen Bedürfnisse der Zielgruppen sind nicht zuletzt von der Nutzung der Immobilie abhängig. Die Nutzer eines Büros unterscheiden sich von denen eines Hotels in Anwesenheitsdauer, Tageszeit, Beschäftigung und vielen weiteren Punkten. Selbst innerhalb einer Nutzungsart gibt es weitreichende Unterschiede. Daher wird auch in den Indikatoren keine Lösung vorgeschrieben.

Stattdessen wird je Indikator lediglich gefordert, dass Angebote bestehen. Die volle Punktzahl in einem Indikator wird erreicht, sobald mindestens zwei langfristige und regelmäßi-

107

108

109

ge Angebote zum jeweiligen Themenfeld umgesetzt werden. Wird nur ein Angebot offeriert, halbiert sich die Punktzahl. Für die Angebote ist es grundsätzlich unerheblich, ob es sich um bauliche oder organisatorische Maßnahmen handelt.

- 110 Angebote zur *Familienfreundlichkeit* in Gebäuden können unterschiedlichste Formen annehmen. In Objekten in denen, z.B. aufgrund von Kundenverkehr, damit zu rechnen ist, dass Familien mit Säuglingen zu den Nutzern gehören, stellen Still- und Wickelräume ein sinnvolles Angebot dar. Aber auch an Arbeitsstätten, an denen keine Säuglinge zu erwarten sind, kann die Einrichtung von Eltern-Kind-Zimmern in Betreuungsnotfällen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf beitragen. Weitere zu nennende Maßnahmen sind Kooperationen mit Kindertageseinrichtungen oder Kinderbetreuung vor Ort.
- 111 Noch vielfältigere Möglichkeiten zur Ausgestaltung bieten sich im zweiten Indikator: *Gesundheitsförderung*. Unter diesem Begriff werden verschiedenste Anliegen subsumiert, die je nach Nutzung der Immobilie für Antragsteller und Nutzer einen anderen Stellenwert einnehmen können. Bei klassischen Büronutzungen können zum Beispiel Angebote zur Bewegungsförderung im Vordergrund stehen. Um Krankheitsfälle zu vermeiden und chronischen Leiden vorzubeugen, kann es sinnvoll sein Mitarbeitern Angebote zur Bewegung am Arbeitsplatz bereitzustellen. Ob es sich bei den Angeboten um bauliche Maßnahmen handelt, wie z.B. Fitnessräume und Fahrradinfrastruktur, oder um organisatorische Maßnahmen, wie ein Sportprogramm, ist dabei unerheblich. In anderen Berufsfelder können aber auch Themen wie Stressbewältigung, Ernährung oder Sucht im Vordergrund stehen.
- 112 Der Indikator *Seniorenrechte Angebote* hat zum Ziel älteren Gebäudenutzern und Mitarbeitern die Nutzung des Gebäudes zu erleichtern. Der Fokus liegt hierbei auf der altersgerechten Arbeitsplatzgestaltung und der Bereitstellung von geeigneten Arbeitsmitteln. Auch hier sind die Möglichkeiten so vielfältig wie die Anzahl möglicher Tätigkeiten in einem Gebäude. Am Bildschirmarbeitsplatz kann der Fokus auf der ergonomischen Gestaltung von Möbeln und Geräten liegen. In Betrieben, die eine körperliche Arbeit voraussetzen, kann das Angebot hingegen aus Schulungen zu geeigneten Hebe- und Tragtechniken oder der Bereitstellung von Hilfstechnologien zur Verringerung der körperlichen Belastung bestehen.
- 113 Angebote zur *Inklusion* körperlich oder geistig eingeschränkter Menschen umfassen neben einem umgesetzten Barrierefreiheitskonzept ebenso die bedürfnisgerechte Arbeitsplatzgestaltung sowie weitere abgestimmte Hilfsmittel. Wie bei der Gestaltung seniorenrechtlicher Arbeitsplätze sind die Formen sinnvoller Maßnahmen vom Einzelfall abhängig. Das IW Köln informiert auf der Plattform REHADAT ausführlich über Maßnahmen, Best Practice Beispiele sowie Fördermöglichkeiten.
- 114 Nachhaltige Gebäude sollten allerdings nicht nur auf die speziellen Bedürfnisse benachteiligter Menschen abgestimmt betrieben werden, sondern fördernde Angebote für alle Nutzer bieten. Die DGNB hat hier neben der Gesundheitsförderung das Thema *Kommunikationsfördernde Aufenthaltsqualität* identifiziert und als Indikator eingeführt. Gefördert werden hiermit Bereiche, die zur Kommunikation der Nutzer beitragen. Solche Bereiche sind für alle Immobilientypen bekannt, werden allerdings nicht immer zur Verfügung gestellt. Beispiele sind Teeküchen mit Kommunikationsbereich, Kommunikationszonen mit Sitzmöglichkeiten etc.

In den weiteren Teilkriterien wird der Erfolg vom Antragsteller selbst evaluiert. Im Teilkriterium **Controlling** ist nachzuweisen, dass regelmäßig überprüft wird, ob die umgesetzten soziokulturellen Angebote wahrgenommen werden. Ob die eigens formulierten Ziele erreicht werden, wird im Teilkriterium **Bewertung** abgefragt. Sollte dies nicht der Fall sein, kann trotzdem mithilfe einer Projekt- / Maßnahmenliste zur Zielerreichung im Teilkriterium Projekte und Maßnahmen die volle Punktzahl erreicht werden.

115

10.2.2.5 Technische Qualität (TEC)

Die Technische Qualität ist mit einem Anteil von 10,0 % an der Gesamtbewertung das am schwächsten gewichtete Themenfeld im Nutzungsprofil. Die Bewertung gliedert sich in zwei Kriterien. Das erste Kriterium Sicherheit und Betreiberpflichten überprüft die Einhaltung gesetzlich geforderter Betreiberpflichten und bindet diese in eine um Sicherheit erweiterte Strategie ein. Das zweite Kriterium Mobilitätsangebote hingegen bewertet bauliche Einrichtungen und organisatorische Maßnahmen rund um die Themen Radverkehr, ÖPNV, Leihsysteme und Elektromobilität.

116

a) Sicherheit und Betreiberpflichten (TEC9.1)

Das Kriterium *Sicherheit und Betreiberpflichten* behandelt die Themen Brandschutz, Notfälle, Erste Hilfe, Verkehrssicherungspflichten und subjektives Sicherheitsempfinden. Insgesamt können in diesem Kriterium 115 CLP erreicht werden, von denen 100 CLP anrechenbar sind, d.h. eine volle Punktzahl ist auch möglich, ohne alle Anforderungen zu erfüllen. Mit einem Anteil von 5,0 % an der Gesamtbewertung gehört dieses Kriterium zu den am schwächsten gewichteten Kriterien im Nutzungsprofil.

117

Mit 80 CLP wird ein Großteil der maximal erreichbaren Punkte durch den Nachweis der Umsetzung relevanter Betreiberpflichten im Teilkriterium Umsetzung erzielt. Somit hängt das Ergebnis im Kriterium überwiegend vom Betreiber ab. Die volle Punktzahl kann durch die Kombination verschiedener Maßnahmen aus dem Themenbereich subjektives Sicherheitsempfinden erreicht werden.

118

Tab. 10.12 Indikatoren im Kriterium „Sicherheit und Betreiberpflichten“ (TEC9.1)

Teilkriterium	Beschreibung	Maximale CLP
1. Ziele	1. Ziele zur Herstellung objektiver und subjektiver Sicherheit	2
	2.1 Brandschutz, Notfälle und erste Hilfe	45
2. Umsetzung	2.2 Verkehrssicherungspflichten und subjektives Sicherheitsempfinden	40
3. Controlling	3 Controlling	10
4. Bewertung	4 Selbstformulierte Ziele	5
5. Projekte und Maßnahmen	5 Projekt- / Maßnahmenliste	2

- 119 Im Teilkriterium **Ziele** sind Zielvorstellungen zu objektiven, quantifizierbaren Messgrößen zu den Themen Brandschutz, Notfälle, erste Hilfe, Verkehrssicherungspflicht und subjektives Sicherheitsempfinden festzulegen. Beispiele für solche Zielgrößen sind der Anteil der regelmäßig zum Brandschutz unterwiesenen Gebäudenutzer, die Anzahl der ausgebildeten Arbeitshelfer oder aber die Anzahl der Vorfälle wegen unterlassener Verkehrssicherungspflicht und Beschwerden bezüglich des Sicherheitsempfindens.
- 120 Der Teil **Umsetzung** gliedert sich in zwei Indikatoren: 1.) Brandschutz, Notfälle und erste Hilfe und 2.) Verkehrssicherungspflichten und subjektives Sicherheitsempfinden. Im ersten Indikator ist die Erfüllung folgender Betreiberpflichten aus den Unfallverhütungsvorschriften, dem Arbeitsschutzgesetz sowie der Betriebssicherheitsverordnung nachzuweisen:
- Aushang der Brandschutzordnung Teil A nach DIN 14096
 - Schriftliche Information der Gebäudenutzer zum Verhalten im Brandfall
 - Regelmäßige Unterweisung der Gebäudenutzer im Brandschutz
 - Aushang der Alarmpläne
 - Aushänge zur Erste-Hilfe
 - Zugängliche Bereitstellung und regelmäßige Kontrolle von Verbandskästen
 - Nachweis der Mindestzahl von Ersthelfern nach DGUV Vorschrift 1, §26
- 121 Der zweite Indikator *Verkehrssicherungspflichten und subjektives Sicherheitsempfinden* legt den Fokus auf die Erfüllung der Verkehrssicherungspflichten. Zur Dokumentation dieser ist eine Analyse durchzuführen, die alle Bereiche des Gebäudes und der Außenanlagen enthält. Eine höhere Bewertung ist möglich, wenn aus der Analyse eindeutig beschriebene Aufgaben abgeleitet werden. Am wichtigsten ist jedoch die eindeutige Festlegung von Verantwortlichkeiten und die Übertragung dieser auf internes oder externes Personal.
- 122 Zur Steigerung des subjektiven Sicherheitsempfindens sind unterschiedliche Maßnahmen möglich. An dieser Stelle ist es rational passende Maßnahmen für das Objekt zu wählen. Anrechenbar sind Maßnahmen zur Einsehbarkeit von Allgemeinflächen und Tiefgaragen oder Beleuchtung von Wegen auf dem Grundstück sowie auf Wegen zu Parkplätzen. Gleichsam werden technische Sicherheitseinrichtungen honoriert, wie z.B. Notfallrufsäulen, Rundsprechanlagen oder vergleichbare Einrichtungen. Als organisatorische Maßnahme ist die Benennung einer Ansprechperson, die zu den regelmäßigen Arbeitszeiten anwesend ist und sich der Belange der Nutzer zuwendet, möglich. Diese Aufgabe kann falls vorhanden von einem Pförtner oder dem Sicherheitsdienst übernommen werden.
- 123 Die Auswertung des umgesetzten Sicherheitskonzeptes wird im Teil **Controlling** honoriert. Zu diesem Zweck können ebenfalls Umfragen unter den Gebäudenutzern zum subjektiven Sicherheitsempfinden genutzt werden.
- 124 Im Teilkriterium **Bewertung** werden Punkte für die Erreichung der selbst formulierten Ziele vergeben. Sollten nicht alle selbsterreichten Ziele erreicht werden, besteht die Möglichkeit durch die Ausarbeitung einer Projekt- und Maßnahmenliste mit Zeitplan und Verantwortlichkeiten die Umsetzung zu erreichen.

b) Mobilitätsangebote (TEC9.2)

Das Kriterium *Mobilitätsangebote* zielt darauf ab, den Antragsteller dazu zu motivieren den Nutzern des Objektes eine flexible und nutzerfreundliche Anbindung zur Immobilie zu ermöglichen. Zu diesem Zweck wird die Zugänglichkeit zu alternativen Mobilitätsangeboten sowie deren leichte Erreichbarkeit und der Komfort der Nutzung überprüft. Insgesamt können in diesem Kriterium 120 CLP erreicht werden, von denen 100 CLP anrechenbar sind, d.h. eine volle Punktzahl ist auch möglich, ohne alle Anforderungen zu erfüllen. Mit einem Anteil von 5,0 % an der Gesamtbewertung gehört dieses Kriterium zu den am schwächsten gewichteten Kriterien im Nutzungsprofil.

125

Die angesprochenen Themenfelder betreffen die Infrastruktur, die die Nutzer am Gebäude vorfinden, sowie organisatorische Maßnahmen zur Förderung des Umstiegs vom PKW auf alternative Verkehrsmittel. Am stärksten honoriert werden die Themenfelder Leihsysteme bzw. Mitfahrgelegenheiten und Elektromobilität. Ohne diese Themenfelder zumindest teilweise abzudecken, ist eine volle Punktzahl im Kriterium nicht möglich.

126

Tab. 10.13 Indikatoren im Kriterium „Mobilitätsangebote“ (TEC9.2)

Teilkriterium	Beschreibung	Maximale CLP
1. Ziele	1. Ziele zur Schaffung von Möglichkeiten zur Nutzung alternativer Mobilitätsangebote	2
	2.1 Radverkehrsinfrastruktur	19
	2.2 Öffentlicher Verkehr (ÖV) – Infrastruktur	16
2. Umsetzung	2.3 Leihsysteme / Mitfahrgelegenheiten	24
	2.4 Elektromobilität	34
	2.5 Benutzerkomfort im Gebäude	15
3. Controlling	3 Controlling	5
4. Bewertung	4 Selbstformulierte Ziele	8
5. Projekte und Maßnahmen	5 Projekt- / Maßnahmenliste	2

Die Zielvorstellungen des Antragstellers sind im Teil **Ziele** festzuhalten. Diese sollten objektive, quantifizierbare Messgrößen enthalten. Entsprechend der im Kriterium behandelten Themen können in dem anzufertigenden Dokument unterschiedlichste Fragestellungen behandelt werden. Da die Nutzung alternativer Mobilitätsangebote sehr stark von der Anbindung der Immobilie abhängig ist, können keine allgemein gültigen Empfehlungen gemacht werden. Beispiele beinhalten die Anzahl der Nutzer, die regelmäßig auf alternative Mobilitätsangebote zurückgreifen, die Teilnehmerzahlen in Förderprogrammen zur Nutzung alternativer Mobilitätsangebote bzw. an Sharing-Programmen oder sonstige äquivalent aussagekräftige Kennzahlen.

127

Der erste Indikator im Teil **Umsetzung** betrifft die *Radverkehrsinfrastruktur* des Objekts. Zur Förderung der Nutzung von Fahrrädern als Transportmittel werden in Anlehnung

128

an die Orientierungshilfen und Richtlinien des Allgemeinen Deutschen Fahrrad-Clubs (ADFC) Anzahl, Anordnung sowie Ausstattung der Fahrradstellplätze überprüft. Die empfehlenswerte Anzahl an Fahrradstellplätzen kann falls vorhanden aus der Fahrrad-Abstellsetzung der Gemeinde, ggf. dem Bebauungsplan oder der gültigen Landesbauordnung entnommen werden. Zur Anordnung dieser kann auf die kostenlose Technische Richtlinie TR6102 des ADFC zurückgegriffen werden bzw. auf die DIN 79008 Teil 1. Zusätzlich honoriert werden Einrichtungen zum Diebstahlschutz für Zweiräder sowie die Bereitstellung von Wartungseinrichtungen. Zu beiden Sachverhalten bietet der ADFC Orientierungshilfen. Weiterhin wird die Überdachung und Beleuchtung von mindestens 80 % aller Stellplätze belohnt.

- 129 Um Hindernisse bei der Nutzung des öffentlichen Personennahverkehrs abzubauen, honoriert der Indikator Öffentlicher Verkehr (ÖV) – Infrastruktur die Umsetzung eines Förderprogramms für Nutzer des Gebäudes bzw. Mitarbeiter der ansässigen Unternehmen. Gleichfalls wird die Bereitstellung von Fahrgastinformationen und eines Umgebungsplans mit Lage der Haltestellen belohnt.
- 130 *Leihsysteme bzw. Mitfahrgelegenheiten* werden in jüngerer Vergangenheit nicht nur medienwirksam diskutiert, sondern auch erfolgreich umgesetzt. Nicht nur die Betreiber solcher Programme und Kommunen können zum Erfolg beitragen. Auch Betreiber von Immobilien und andere Unternehmen können hier aktiv werden. Im Bereich des Car- bzw. Bike-Sharings werden von den bekannten Anbietern für Geschäftskunden die Einrichtung und der Betrieb von Sharing-Standorten für PKWs und Zweiräder angeboten. Diese oder andere Alternativen zur Förderung von Car-Sharing werden durch das Nutzungsprofil honoriert, insbesondere wenn die Angebote mit elektrisch betriebenen Fahrzeugen ausgestattet sind. Auch die Förderung von Fahrgemeinschaften der Nutzer sind Teil der Bewertung.
- 131 Diese Angebote lassen sich in die Umsetzung des Indikators *Elektromobilität* übertragen, der die Einrichtung von Stellplätzen mit Ladestationen honoriert. Je nach Vorrüstung und Anzahl der Stellplätze, auch für Elektro-Zweiräder, variiert die Anzahl der zu vergebenden Punkte. Die Einbindung der Ladestationen in ein vorhandenes Gebäudeenergiemanagementsystem sowie die Nutzung von Ökostrom zum Betrieb dieser wird ebenfalls honoriert.
- 132 Im letzten Indikator des Kriteriums, *Benutzerkomfort im Gebäude*, wird das Angebot an Einrichtungen zur Steigerung des Benutzerkomforts bei der Nutzung alternativer Mobilitätsangebote belohnt. Explizit handelt es sich hierbei um Duschen, Umkleieräume sowie Aufbewahrungsmöglichkeiten, die es den Nutzern ermöglichen auch unter sonst ungünstigen Umständen auf beispielsweise das Rad zurückzugreifen. Des Weiteren werden ausdrücklich Abstellräume bzw. -möglichkeiten zur komfortablen und sicheren Unterbringung von Mobilitätshilfen wie Rollatoren und Kinderwagen honoriert.
- 133 Im Teil **Controlling** wird, z.B. durch Umfragen unter den Nutzern, die Erfassung und systematische Auswertung der Ziele gefordert. Sollten alle selbstformulierten Ziele erreicht werden, wird dies im Teil **Bewertung** entsprechend honoriert. Wurden nicht alle Ziele erreicht, kann durch die Ausarbeitung einer Projekt- bzw. Maßnahmenliste zur Zielerreichung im Teil **Projekte und Maßnahmen**, die einen Zeitplan und Verantwortlichkeiten zur Umsetzung beinhaltet, trotzdem die volle Punktzahl erreicht werden.

10.3 Checkliste

Die Beauftragung eines Pre-Assessments durch einen erfahrenen Auditor ist ein unerlässliches Hilfsmittel zur Einschätzung von Aufwand, Kosten und Erfolgspotential. Zur Vorbereitung auf dieses lohnt es sich jedoch bereits im Vorfeld zu überprüfen, ob die wichtigsten Dokumente im Zertifizierungsprozess bereits vorliegen. Folgende Tabelle zählt die nach Anteil an der Gesamtbewertung wichtigsten Dokumente auf. Über ein Viertel der Gesamtbewertung ist direkt abhängig vom Vorhandensein dieser Dokumente. Sollte ein Großteil nicht vorhanden sein, ist eine Zertifizierung nur mit erhöhtem Aufwand anzustreben.

134

Tab. 10.14 Die wichtigsten Dokumente im DGNB-Nutzungsprofil „Gebäude im Betrieb“

Dokument	aus Kriterium	Anteil an Gesamtbewertung
Prozesslandschaft, die die kritischen Prozesse zur Wahrnehmung der Betreiberverantwortung definiert	PRO9.2 Gebäudemanagement, Indikator 2.2 Prozessmanagement und Dokumentation	4,55 %
Gebäudedokumentation, die aussagefähige Informationen und Kenngrößen, bezogen auf den Gebäudebestand und -betrieb liefert	PRO9.2 Gebäudemanagement, Indikator 2.2 Prozessmanagement und Dokumentation	2,73 %
Nachweis über CAFM-Nutzung	PRO9.2 Gebäudemanagement, Indikator 2.2 Prozessmanagement und Dokumentation	1,82 %
Betreiberhandbuch	PRO9.2 Gebäudemanagement, Indikator 2.2 Prozessmanagement und Dokumentation	1,46 %
Energieverbrauch des gesamten Gebäudes inklusive zugehöriger Energiebezugsflächen	ENV9.1 Ressourceneffizienz, Indikator 2.1 Endenergie	4,00 %
Energiebedarfsrechnung nach DIN V 18599 oder Gebäudesimulation	ENV9.1 Ressourceneffizienz, Indikator 2.1 Endenergie	2,50 %
Ökostromzertifikat	ENV9.1 Ressourceneffizienz, Indikator 3.2 Energiebedingte CO ₂ -Emissionen	nicht quantifizierbar (<7,5 %)
Langfristige (10 Jahre) Instandhaltungsplanung mit Zeitpunkt und Kosten für KG300 und KG400	ECO9.1 Werterhalt und Betriebskosten, Indikator 2.2 Budgetplanung	2,80 %
TDD (nichts älter als drei Jahre), die die zu erwartenden Instandhaltungskosten für die kommenden 5 Jahre aufzeigt	ECO9.1 Werterhalt und Betriebskosten, Indikator 2.2 Budgetplanung	2,00 %

Dokument	aus Kriterium	Anteil an Gesamtbewertung
Gewährleistungsliste	ECO9.1 Werterhalt und Betriebskosten, Indikator 2.4 Gewährleistungsmanagement	1,20 %
Brandschutzkonzept inklusive Dokumentation von Belehrungen	TEC9.1 Sicherheit und Betreiberpflichten, Indikator 2.1 Brandschutz, Notfälle und erste Hilfe	1,25 %
Analyse der Verkehrssicherungspflichten und Dokumentation von Aufgaben und Verantwortlichkeiten	TEC9.1 Sicherheit und Betreiberpflichten, Indikator 2.2 Verkehrssicherungspflichten und subjektives Sicherheitsempfinden	1,75 %

- 135 Abseits der erforderlichen Dokumente kann der Erfolg einer Zertifizierung auch weiter angenähert werden, indem betrachtet wird, ob das betrachtete Objekt bereits dem Leitbild der DGNB entspricht. Folgende Tabelle zählt einige mögliche Eigenschaften auf, die bei einer Zertifizierung von Vorteil sind.

Tab. 10.15 Übersicht Objektmerkmale, die bei einer Zertifizierung im DGNB-Nutzungsprofil „Gebäude im Betrieb“ von Vorteil sind

Eigenschaft	aus Kriterium	Anteil an Gesamtbewertung
Umweltmanagementsystem vorhanden	PRO9.1 Gebäudemanagement, Indikator 2.2 Umweltmanagement, Nachhaltigkeitsreporting und Betreiberzertifikate PRO9.2 Immobilienstrategie, Indikator 2.1 Immobilienstrategie	keine allgemeingültige Aussage möglich
Einkauf von Ökostrom	ENV9.1 Ressourceneffizienz, Indikator 3.2 Energiebedingte CO ₂ -Emissionen	keine allgemeingültige Aussage möglich
Vorhandensein eines intern genutzten, plausiblen Betriebskosten-Benchmarks auf Basis von mehr als 10 Gebäuden	ECO9.1 Werterhalt und Betriebskosten, Indikator 4.1 Gebäudebezogene Betriebskosten	keine allgemeingültige Aussage möglich
Vorliegen eines aktuell gültigen Nachhaltigkeitszertifikats für das Gebäude	ECO9.1 Werterhalt und Betriebskosten, Indikator 4.2 Marktfähigkeit	0,6 %
Regelmäßige Durchführung von Nutzerzufriedenheitsbefragungen	SOC9.1 Nutzerzufriedenheit, gesamtes Kriterium	keine allgemeingültige Aussage möglich
Nachweis über die Implementierung eines Beschwerdemanagements	SOC9.1 Nutzerzufriedenheit, Indikator 2.4 Beschwerdemanagement	keine allgemeingültige Aussage möglich

Eigenschaft	aus Kriterium	Anteil an Gesamtbewertung
Vorhandensein einer Radverkehrsinfrastruktur gemäß den Empfehlungen des ADFC	TEC9.2 Mobilitätsangebote, Indikator 2.1 Radverkehrsinfrastruktur	keine allgemeingültige Aussage möglich
Verfügbarkeit von Ladestationen für Elektroautos	TEC9.2 Mobilitätsangebote, Indikator 2.4 Elektromobilität	keine allgemeingültige Aussage möglich
Vorhandensein von Dusch- und Umkleidemöglichkeiten für die Nutzer des Gebäudes	TEC9.2 Mobilitätsangebote, Indikator 2.5 Benutzerkomfort im Gebäude	keine allgemeingültige Aussage möglich



Nachhaltigkeit und Zertifizierung nach GEFMA 160

- 11.1 Hintergrund der Nachhaltigkeitszertifizierung im Facility Management – 567**
- 11.2 Entwicklung des Zertifizierungssystems nach GEFMA 160 – 568**
 - 11.2.1 Die Richtlinie GEFMA 160 – 569
 - 11.2.2 Das Zertifizierungssystem GEFMA 160-1 – 571
 - 11.2.3 Grundprinzip und Bewertung – 572
 - 11.2.4 Aufbau, Nachhaltigkeitsdimensionen und -kriterien – 574
- 11.3 Der Zertifizierungsprozess nach GEFMA 160 – 576**
- 11.4 Übertragbarkeit des Systems – 578**
 - 11.4.1 Übertragbarkeit auf andere Nutzungen – 578
 - 11.4.2 Nutzen des Systems neben der Zertifizierung der Nachhaltigkeit im FM – 581
- 11.5 Kritische Würdigung des Zertifizierungssystems – 582**
 - 11.5.1 Komplexität des Systems – 582
 - 11.5.2 Aufwand der Nachweisführung – 582
 - 11.5.3 Bewertungslogik – 583

11.1 Hintergrund der Nachhaltigkeitszertifizierung im Facility Management

Die Bedeutung der Immobilienwirtschaft für die gesamtgesellschaftlichen Nachhaltigkeitsanstrengungen wurde bereits in Kapitel 10 erläutert. An gleicher Stelle wurden bereits unterschiedliche Richtlinien, Zertifizierungssysteme und -methoden dargestellt, um den Erfolg solcher Anstrengungen zu messen und zu bewerten. Ausgehend vom Systemansatz der Nachhaltigkeitsmessung ist – bei allen Unterschieden – der Lebenszyklusansatz diesen Systemen gemein. In diesem Sinne kann die Bewertung des „Nachhaltigen Bauens“ nur die eine Hälfte sein, wenn die Immobilienwirtschaft einen Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung unserer Gesellschaft und Wirtschaft leisten will. Der zweite bedeutende Baustein in diesem Gesamtbild, muss das Thema „Nachhaltiger Betrieb“ sein.

Allgemein anerkannt ist mittlerweile, dass ein Großteil der Kosten im Lebenszyklus eines Gebäudes während der Nutzungs- bzw. Betriebsphase anfällt.

Auch hinsichtlich des Energieaufwandes des derzeitigen Immobilienbestandes entfallen weitaus mehr CO₂ Emissionen auf die Nutzungs- bzw. Betriebsphase als auf die Herstellung inkl. der Herstellung der Baumaterialien.¹

Die Bedeutung des Gebäudebetriebes für Themen wie Arbeitssicherheit oder Nutzerzufriedenheit ist ebenfalls unbestritten.

Der Einfluss des Betriebes bzw. des Facility Managements als übergeordnete Managementdisziplin auf die drei grundlegenden Säulen der Nachhaltigkeit (Ökonomie, Ökologie, Soziokulturelles) ist also offensichtlich, allgemein anerkannt und nicht zu unterschätzen.

Darüber hinaus ist die Betrachtung der Nachhaltigkeit im FM nur die logische Fortsetzung der Nachhaltigkeitsbemühungen von Immobilienbesitzern und/oder -nutzern. Immobilienbesitzer, die das Thema Nachhaltiges Bauen nicht nur als eine Mode und einen Marketingeffekt ansehen, müssen doch zwangsläufig auch ein Interesse an einem nachhaltigen Betrieb haben. Gleiches gilt für die Nutzer einer nachhaltigen Immobilie. Wenn ein Nutzer/Mieter zielgerichtet eine nachhaltige Immobilie sucht und anmietet, so gehört doch ein nachhaltiges FM zwingend dazu.

Werden die Grundsätze der Nachhaltigkeit im Facility Management nicht berücksichtigt, hat dies darüber hinaus nicht nur negative Auswirkungen auf die Nachhaltigkeitsperformance im gesamten Lebenszyklus einer Immobilie. Vielmehr kann ein inadäquates Facility Management sogar dazu führen, dass Nachhaltigkeitsanstrengungen aus der Erstellungsphase konterkariert werden. Die für die Herstellung eines nachhaltigen Gebäudes investierten Aufwände (beispielsweise in Bezug auf ökonomische, oder auch auf ökologische Aspekte) können durch schlechtes oder fehlerhaftes Facility Management beschädigt oder zerstört werden und dadurch sogar zu besonders unökologischen oder unökonomischen Effekten führen.

1 Elmualim, A., Shockley, D., Valle, R., Ludlow, G. and Shah, S. (2010), "Barriers and commitment of facilities management profession to the sustainability agenda", *Building and Environment*, Vol. 45 No. 1, pp. 58–64. Zitiert in: Graupner, A., Pelzeter, A., Pohl, S. (2014), „A new approach to measure sustainability in German facility management“, *Facilities*, Vol. 34 No. 1/2, 2016, pp. 28–42

Beispiel Anfang**Beispiele für negative Auswirkungen schlechten oder fehlerhaften Facility Managements auf (nachhaltige) Bausubstanz:**

Ein häufig anzutreffender Mangel im FM ist, dass die Steuerung der TGA nicht oder nicht kontinuierlich an die Nutzung angepasst wird.

Dies führt dazu, dass zwar eine Investition in das Objekt vorgenommen wurde, um z.B. die Beleuchtung den Jahreszeiten angepasst zu steuern, oder um die Raumklimatisierung nutzungsbezogen zu steuern und damit auch Emissionen zu minimieren. Diese werden aber häufig entweder von Beginn an nicht, oder nur schlecht einreguliert, selten oder nie angepasst. Der Nutzer versucht nachvollziehbarer Weise selbst die Steuerung zu übernehmen, so dass dann z.B. die „Heizung gegen das offene Fenster arbeitet“.

Ein weiteres typisches Beispiel ist der Bereich der Bestandsdokumentation. Die Aufbereitung der Baudokumentation wird in den meisten Zertifizierungssystemen für nachhaltiges Bauen bewertet. Wie sieht hingegen die Realität aus? Wenige Jahre nach Inbetriebnahme sind die Bestandsdokumentationen in der Regel – so sie denn vorhanden sind – veraltet, da nicht oder nur schlecht gepflegt.

Es wurde somit vor dem Hintergrund der späteren nachhaltigen Nutzung einer Immobilie ein erhöhter Aufwand in Planung und Erstellung betrieben, der durch schlechtes FM zunichtegemacht wird.

11.2 Entwicklung des Zertifizierungssystems nach GEFMA 160

Ausgehend von den oben dargestellten Überlegungen versuchten einzelne Träger von Zertifizierungssystemen (z.B. auch die DGNB) Gedanken des FM mit in die Zertifikate aufzunehmen. Da diese Zertifikate jedoch immer einen starken Bezug zur Substanz des Gebäudes (Gegenstand der Zertifizierung in den genannten Systemen) hatten, stellte sich die Einbindung von dienstleistungsbezogenen, von der Gebäudesubstanz unabhängigen Prozessen, nicht unproblematisch dar. Die DGNB stellte z.B. ihre dahingehenden Bemühungen zunächst ein und begab sich 2014 in eine Kooperation mit der GEFMA (zur Rolle der DGNB als Konformitätsprüfer siehe Abschnitt 11.3 Der Zertifizierungsprozess nach GEFMA 160).

Die Bedeutung des FM für die Gesamtpformance einer Immobilie unter Nachhaltigkeitsaspekten forderte jedoch einerseits die Wissenschaft heraus, Maßstäbe zur Beurteilung der Nachhaltigkeit zu entwickeln, andererseits forderte der Markt „nachhaltiges FM“, ohne dass es hierzu einen objektiven, anerkannten und vor allem auch anbieterneutralen Maßstab gab. Es existierten lediglich selbstentwickelte Labels einzelner Anbieter.

Hinweis**Aus der Einleitung zur GEFMA 160:**

Die Nachhaltigkeit ist in den letzten Jahren weltweit zu einem zentralen Thema geworden. Dies gilt für Politik und Gesellschaft, ebenso wie für die Immobilienwirtschaft, für die die

Nachhaltigkeit zunehmend an Bedeutung gewinnt. Daher ist auch die FM-Branche in der Pflicht zu definieren, wie eine nachhaltige Entwicklung in der Beziehung zwischen FM-Kunde, Gebäude, ggf. separaten Nutzern des Gebäudes und FM-Dienstleister umgesetzt werden soll.

In dieser Situation ergriff der Deutsche Verband für Facility Management (GEFMA) die Initiative und gründete 2012 den Arbeitskreis „Nachhaltigkeit im FM“. Besetzt mit Mitgliedern aus der Wissenschaft, von FM-Dienstleistern, Beratern und Vertretern der Nutzer von Immobilien (bzw. potentiellen Nachfragern nach nachhaltigen FM-Dienstleistungen) entwickelte der Arbeitskreis zunächst die Richtlinie GEFMA 160 „Nachhaltigkeit im Facility Management“. In dieser Richtlinie werden Definitionen und Anwendungsbereiche dargestellt, und es wird eine Abgrenzung des Themas Nachhaltigkeit im FM von den existierenden Nachhaltigkeitssystemen für das Bauen (DGNB, LEED, BREEAM) oder auch für Unternehmen (z.B. Global Reporting Initiative (GRI)) vorgenommen.

Hinweis

Aus der Einleitung zur GEFMA 160:

Diese Richtlinie legt ... die Grundlagen durch die Definition von Nachhaltigkeit im FM und von Schnittstellen zur Nachhaltigkeit der Immobilie. Durch die Benennung von Themenfeldern und Kriterien zur Identifikation von Nachhaltigkeit im FM wird Orientierung gegeben.

Aufbauend auf diese Richtlinie wurde anschließend ein Zertifizierungssystem (GEFMA 160-1) und ein Zertifizierungsprozess (Rolle des Auditors, Konformitätsprüfung etc.) entwickelt. Im Rahmen einer Pilotphase für Büro- und Verwaltungsgebäude² konnte Anfang 2015 bewiesen werden, dass das System praktikabel ist und die erhofften Ergebnisse, z.B. hinsichtlich der Transparenz der Untersuchung oder auch der Anwendbarkeit vor Ort, erzielt. Seitdem wurde die unproblematische Übertragbarkeit auf andere Nutzungsformen (z.B. die Commerzbank Arena oder auch eine IKEA-Filiale) nachgewiesen, die aufgrund der absoluten Unabhängigkeit von der Gebäudesubstanz bereits in der Entwicklung des Systems determiniert wurde.

11.2.1 Die Richtlinie GEFMA 160

Neben grundlegenden Definitionen zur Nachhaltigkeit im FM wird in der Richtlinie vor allem das Anwendungsfeld für die Zertifizierung definiert. Mit einer klaren Fokussierung auf einen Managementansatz (Plan-Do-Check-Act) ist es gelungen die Bewertung der

² Die Pilotprojekte repräsentierten mit einer Bandbreite von ca. 6.000 m² BGF bis zu 60.000 m² BGF einen großen Teil des Bestandes in dieser Nutzungskategorie.

Nachhaltigkeit im FM vollständig von der Gebäudesubstanz zu lösen. Auf die Bedeutung dieses Aspektes wird in Abschnitt 11.4 Übertragbarkeit des Systems noch detaillierter eingegangen. Weitere zentrale Aspekte der Richtlinie sind die Festlegung der „Dimensionen der Nachhaltigkeit im FM“ und die Definition der 24 Kriterien, an denen Nachhaltigkeit im FM gemessen werden kann.

Praxisbeispiel

Wieso ist die Trennung der Bewertung der Nachhaltigkeit im FM von der Gebäudesubstanz von so großer Bedeutung?

Ziel ist die Bewertung der Nachhaltigkeit des FM. Als Beispiel für ein Nachhaltigkeitskriterium wird (wie in der Praxis häufig auch) das Energiemanagement herangezogen. Im unten dargestellten Diagramm (vgl. Abbildung 11.1) werden beispielhaft die fiktiven Energiebedarfe zweier Gebäude über mehrere Jahre verglichen.

Würden nun die spezifischen Energiebedarfe dieser beiden Objekte zu einem bestimmten Zeitpunkt (absolut) miteinander vergleichen, so würde nicht zwangsläufig eine Aussage über die Qualität des FM (hier im Bereich Energiemanagement) getroffen, sondern v.a. über die bauliche Substanz.

Erst die Betrachtung des Verlaufes des spezifischen Energiebedarfes über die Jahre zeigt, wo das bessere Energiemanagement betrieben wird. Dies ist nämlich im obigen Beispiel für das mit der durchgezogenen Linie dargestellte Objekt 1 der Fall. Hier ist es gelungen den Energiebedarf zu reduzieren. Während das mit der gepunkteten Linie dargestellte Objekt 2 zwar einen geringeren absoluten spezifischen Energiebedarf hat (womöglich wegen einer unter energetischen Gesichtspunkten besseren Bausubstanz) dieser jedoch in den vergangenen Jahren gestiegen ist.

Dieses Beispiel zeigt, dass das Objekt 2 das nachhaltigere Gebäude ist (aus energetischen Gesichtspunkten), das nachhaltigere FM (bezogen auf das Kriterium Energiemanagement) aber bei Objekt 1 betrieben wird.

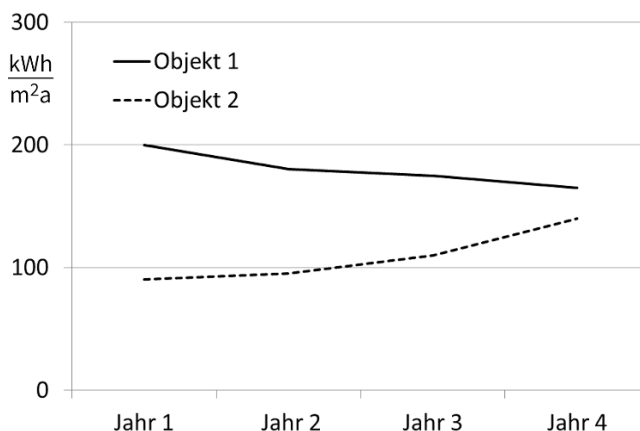


Abb. 11.1 Schematische Darstellung des Zusammenhangs von FM-Qualität und Energiebedarf unterschiedlicher Objekte

Grundlage der Bewertung der Nachhaltigkeit des FM innerhalb einer Immobilie ist daher die Gesamtheit der Facility Services für das Betreiben eines Objektes unter Berücksichtigung des Objektes (nicht seiner Substanz!), seiner Nutzer, des Eigentümers und der Verträge zur Erbringung der Facility Services. Dieser Zusammenhang wird auch in der, der GEFMA 160 entnommenen, Abbildung 11.2 dargestellt.

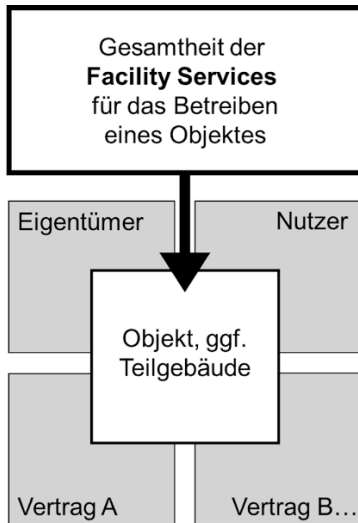


Abb. 11.2

Betrachtungsgegenstand der GEFMA 160 in Abhängigkeit von Gebäude und FM-Konzept (entnommen der GEFMA 160)

11.2.2 Das Zertifizierungssystem GEFMA 160-1

Das Zertifizierungssystem nach GEFMA 160 ist in seinem ersten Release auf das FM in Büro- und Verwaltungsgebäuden ausgerichtet. Das Prinzip die Bewertung des FM von der baulichen Substanz zu trennen, führt jedoch dazu, dass bereits kleinste Anpassungen des Systems ausreichen, um es auch auf andere Nutzungstypen anzuwenden.

Nach GEFMA 160 werden 24 einzelne Kriterien³ untersucht für die jeweils ein Steckbrief zur konkreten Bewertung des Kriteriums vorliegt und die in Summe eine Nachhaltigkeitsbewertung des FM erlauben. Wie in anderen Zertifizierungssystemen ergibt sich die Aussagekraft hinsichtlich der Nachhaltigkeit erst aus der Gesamtschau auf **alle** Kriterien. Jedes Kriterium alleine betrachtet hat also eine eigene Aussagekraft, z.B. hinsichtlich der Qualität des Flächenmanagements. Die Möglichkeit zur Bewertung der Nachhaltigkeit des FM ergibt erst die ausgewogene Gesamtbetrachtung aller Kriterien. Vor diesem Hintergrund ist es auch leicht nachzuvollziehen, dass die fünf Themenfelder der Nachhaltigkeit im FM

- ökologische Qualität
- ökonomische Qualität

³ Eine Übersicht der 24 Kriterien findet sich in Tabelle 11.1

- soziokulturell-funktionale Qualität
- Qualität der FM-Organisation
- Details der Services

im Gesamtsystem jeweils einen Anteil von 20 % haben.

Weiterhin wird deutlich, dass eine Zertifizierung der Nachhaltigkeit nur erfolgen kann, wenn alle Kriterien bearbeitet werden, womöglich auch solche, die im untersuchten Objekt gar nicht beauftragt sind. Wird z.B. in einem Objekt kein Flächenmanagement erbracht (Kriterium 5.1), oder können dazu keine Informationen erhoben werden, so ist dieses Kriterium mit 0 Punkten zu bewerten, da es im Sinne der Nachhaltigkeit eben wichtig wäre, Flächenmanagement zu betreiben. Eine Ausnahme von diesem Grundprinzip („Alle für das Objekt relevante FM-Leistungen müssen bewertet werden, um die Nachhaltigkeitsperformance abzubilden“) ist nur bei den Kriterien 5.6 Außenanlagen und Winterdienst und 5.7. Catering zulässig, wenn keine Außenanlagen vorhanden sind, bzw. kein Catering erbracht wird.

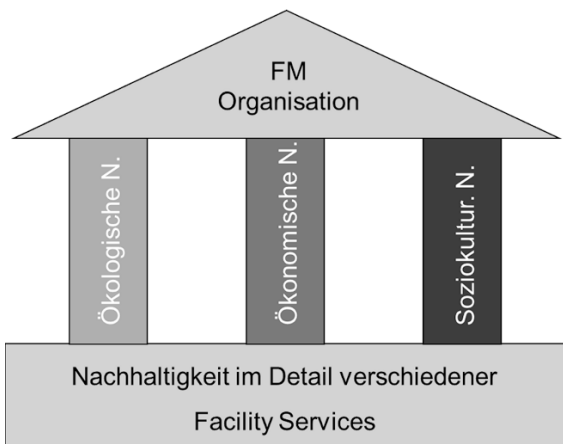


Abb. 11.3
Dimensionen der Nachhaltig-
keit im FM
(entnommen der GEFMA 160)

11.2.3 Grundprinzip und Bewertung

Um die Bewertung unabhängig von der Gebäudesubstanz vornehmen zu können (schließlich sollen die Nachhaltigkeitsaspekte des FM und nicht des Gebäudes bewertet werden) wurde (soweit dies möglich war) der Ansatz des Plan-Do-Check-Act (auch bekannt als Demming-Cycle) gewählt.

Dieser Ansatz, der auch anderen modernen – und vor allem auch in der FM-Branche bekannten – Managementsystemen (z.B. DIN ISO 14001, DIN ISO 50001) zugrunde liegt, zielt darauf ab, dass Qualität nur erreicht und kontinuierlich verbessert werden kann, wenn zunächst ein Plan formuliert wird, der das Ziel und die Mittel zur Zielerreichung definiert. Im nächsten Schritt muss dann die Umsetzung des Plans (Do) erfolgen. Der dritte Schritt (Check) dient der Überprüfung in wie weit die im Plan formulierten Ziele in der

Umsetzung erreicht werden. Davon ausgehend müssen dann Maßnahmen definiert und umgesetzt werden, um den identifizierten Planabweichungen entgegenzuwirken (Act). Der Regelkreis wird dadurch geschlossen, dass die Gegenmaßnahmen für die Planungen des nächsten Zyklus berücksichtigt werden.

Beispiel

Erläuterung des PDCA-Ansatzes anhand des Kriteriums 5.1 Flächenmanagement

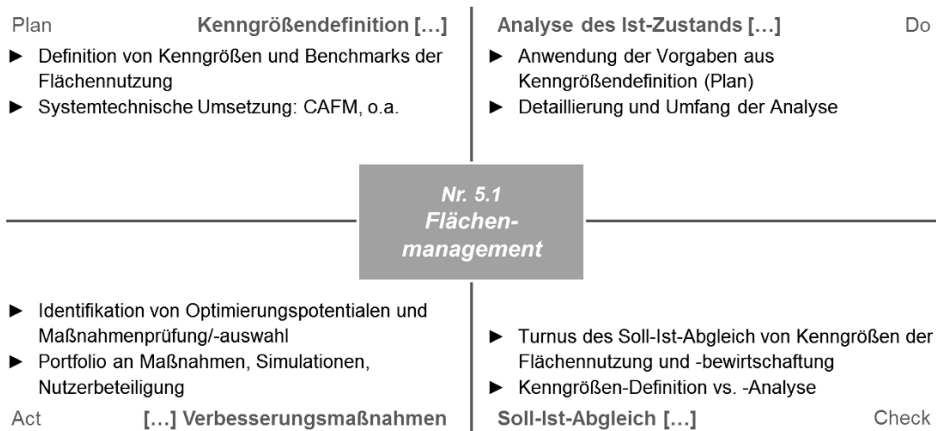


Abb. 11.4 Darstellung des PDCA-Ansatzes für das Kriterium 5.1 Flächenmanagement (den Schulungsunterlagen zur Auditorenausbildung der GEFMA entnommen)

In 15 der 24 Kriterien kann mit diesem Ansatz eine Bewertung vorgenommen werden.

Die übrigen Kriterien bilden das Themenfeld „Qualität der FM-Organisation“ ab. In diesen Kriterien werden einzelne konkrete Qualitätsmaßstäbe abgefragt.

Wie dargestellt, ist es ein Kennzeichen des Zertifizierungssystems, dass alle fünf Themenfelder mit einem gleichen Anteil in die Gesamtbewertung eingehen.

Um jedoch innerhalb der 24 Kriterien die Möglichkeit zu haben eine Gewichtung vorzunehmen, wurde jedem Kriterium eine Bedeutungszahl (1, 2 oder 3) zugeordnet. Dadurch konnten im Rahmen einer Expertenbefragung Prioritäten gesetzt werden. Zum Beispiel geht die Bewertung des Kriteriums „1.1 Energiemanagement“ dreimal so stark in die Gesamtbetrachtung des Themenfeldes „Ökologische Qualität“ ein, wie die Bewertung des Kriteriums „1.2 Wassermanagement“.

Im Gegensatz zu anderen Zertifizierungssystemen (z.B. LEED und DGNB) wurde bei der Bewertung nach GEFMA 160 bewusst davon abgesehen, verschiedene Zertifikatsstufen zu verleihen. Solche Stufen (Silber, Gold, Platin) mögen zwar aus Marketinggesichtspunkten vorteilhaft sein, haben jedoch Nachteile, wie z.B. eine Abwertung der niedrigeren Zertifikatsstufen. „Wer will schon ein Silberzertifikat, wenn es Platin gibt?“ Solche wenig

geschätzten Bewertungen, führen dann womöglich dazu, dass überhaupt keine Nachhaltigkeitsanstrengungen unternommen werden, wenn die höchste Zertifikatsstufe nicht erreichbar erscheint oder auch ist.

Nach GEFMA 160 kann lediglich die Bewertung „zertifiziert“ erreicht werden. Zusätzlich erhält der Auftraggeber natürlich eine Information über den erreichten Erfüllungsgrad. Eine solche Bewertung (z.B. 62 %) gibt dann sowohl Hinweise auf die Nachhaltigkeit des FM (Grenzwert für die Erteilung des Zertifikates sind 35 %, Referenzwert, also der Wert, der als erstrebenswert angesehen wird 60 %), als auch ganz konkrete Ansatzpunkte für Verbesserungsmaßnahmen, gestaffelt nach Themenfeldern und Kriterien. Denn auch wenn der Grundgedanke der Nachhaltigkeit eine gleiche Gewichtung der einzelnen Themenfelder bedingt, kann es je nach Einzelfall auch z.B. unternehmensspezifische Prioritäten geben, an denen dann vorrangig die ermittelten Potentiale oder Verbesserungsmaßnahmen umgesetzt werden sollen. Zu diesem Ansatz sind weitere Informationen in Abschnitt 11.4 Übertragbarkeit des Systems zu finden.

11.2.4 Aufbau, Nachhaltigkeitsdimensionen und -kriterien

Jedem der fünf Themenfelder ist eine unterschiedliche Anzahl von Kriterien (insgesamt 24) zugeordnet, mit denen das Themenfeld bewertet wird.

In der Tabelle 11.1 fällt die unterschiedliche Anzahl an Kriterien unter den fünf übergeordneten Themenfeldern auf. So wird die ökonomische Qualität nur mit einem Kriterium gemessen, während z.B. die ökologische Qualität über vier Kriterien abgebildet wird. Durch die gleiche Gewichtung der fünf Themenfelder (je 20 %) wird jedoch verhindert, dass es dadurch zu Ungleichgewichten zwischen den einzelnen Säulen der Nachhaltigkeit kommt, und so aus einem „Nachhaltigkeitssystem“ ein „Grünes System“ wird.

Innerhalb der einzelnen Kriterien sind die Checklisten nach einem einheitlichen Muster aufgebaut. Neben einer Einführung in die Ziele („Was sind die Einflüsse dieses Kriteriums auf die Nachhaltigkeit im FM“) und in die Aspekte („Was wird gemessen?“) des jeweiligen Kriteriums, wird die Bewertungsmethode beschrieben. Je nach Kriterium sind zur Bewertung Auswahlkataloge oder Muster beigefügt, die die Bewertung unterstützen und vereinfachen.

Dazu ist jedem dieser Kriterien ein Steckbrief zugeordnet. Diese Steckbriefe sind i.d.R. nach der Plan-Do-Check-Act-Systematik aufgebaut. Das heißt, dass für jedes dieser Kriterien untersucht wird, ob es eine konkrete und spezifische Vorgabe gibt, die erreicht werden soll (Plan), ob dieses Vorgaben umgesetzt werden (Do), ob gemessen wird, inwiefern die Umsetzung den Vorgaben entspricht (Check) und ob für die so identifizierten Abweichungen Gegenmaßnahmen entwickelt werden (Act).

Das Zertifizierungssystem folgt somit dem Managementansatz, der auch anderen Systemen zugrunde liegt. Dies führt dazu, dass viele Bestandteile anderer etablierter Zertifizierungen (z.B. ISO 9001, ISO 14001, ISO 50001, Arbeitssicherheit und Gesundheit) Informationen für die Zertifizierung nach GEFMA 160 liefern können. Dies reduziert den Aufwand einer Zertifizierung erheblich!

Tab. 11.1 Übersicht über Themenfelder, Kriterien, Bedeutungszahl

Themenfeld	Kriterium	Bedeutungszahl	Gewichtung im Gesamtsystem
Ökologische Qualität	Energiemanagement	3	20 %
	Wassermanagement	1	
	Entsorgungsmanagement	2	
	Havariemanagement	2	
Ökonomische Qualität	Nutzungskostenmanagement	3	20 %
Soziokulturell-funktionale Qualität	Nutzerzufriedenheitsmanagement	2	20 %
	Stör- und Beschwerdemanagement	2	
	Rechtskonformität	1	
	Raumluft- und Trinkwasserqualität	2	
	Gebäudesicherheitsmanagement	2	
	Arbeitssicherheitsmanagement (eig. MA)	1	
Qualität der FM-Organisation	Betriebsstrategie	2	20 %
	Personal-Konzept, -Einsatz, -Organisation	1	
	Ablauforganisation / Prozesse	2	
	Dokumentation und Berichtswesen	2	
	Beschaffung	3	
Details der Services	Flächenmanagement	2	20 %
	Betreiben nach DIN 32736	3	
	Instandhaltung nach DIN 31051	2	
	TGM Projekte (Modernisierung / Sanierung / Umbau)	1	
	Reinigung	3	
	Außenanlagen inkl. Winterdienst	2	
	Catering	2	
	Security	1	

11.3 Der Zertifizierungsprozess nach GEFMA 160

Der Zertifizierungsprozess ist durch verschiedene voneinander unabhängige Akteure geprägt.

Der Auditor als Berater und Auftragnehmer des Zertifikatsbestellers (Auftraggeber), muss zwingend über eine Schulung im System verfügen, so dass er vom Systemträger (GEFMA e.V.) akkreditiert werden kann. Im Gegensatz zu Audits z.B. zur Messung der Reinigungsqualität, besteht die Aufgabe des Auditors nicht darin, eine Aufnahme des Ist-Zustandes zu einem bestimmten Zeitpunkt zu machen. Er ist vielmehr ein Berater des Auftraggebers und muss diesen darauf hinweisen, wo welche Nachweisdokumente vorhanden sein könnten, welche Nachweise noch nachgeliefert werden können, oder auch, welche Dokumente anlässlich des Audits noch erstellt werden sollten. Dies ist legitim, da es ja nicht um eine Kontrolle einer wie auch immer vereinbarten Qualität geht, sondern darum, Nachhaltigkeitsbemühungen zu bewerten und auch zu fördern.

Gegenüber dem Systemträger und dem Konformitätsprüfer besteht die Aufgabe des Auditors darin, eine übersichtliche, möglichst lückenlose und nachvollziehbare Dokumentation zu erstellen.

Neben dem Vertrag mit dem Auditor schließt der Besteller einen Vertrag mit dem Systemträger ab. Dieser bindet einen Kooperationspartner⁴ an sich, der die Konformitätsprüfung („Bestätigen die vom Auditor eingereichten Nachweisunterlagen, die vorgeschlagene Bewertung?“) durchführt. Hierbei steht der Konformitätsprüfer nicht in einer Diskussion mit dem Auditor, sondern er prüft auf der Grundlage der eingereichten Nachweise die Übereinstimmung der Anforderungen des Zertifizierungssystems und der Dokumentation des Auditors. Das bedeutet, dass der Auditor die Nachweisdokumente so aufbereiten muss, dass ein zwar sachkundiger, aber mit dem konkreten Projekt nicht im Detail vertrauter Dritter diese Beurteilung vornehmen kann.

Die Ausbildung und Erfahrung des Auditors gewährleistet somit gemeinsam mit der Intanz der Konformitätsprüfung die Integrität des Zertifizierungssystems.

Die Einbindung eines geschulten und akkreditierten Auditors in den Zertifizierungsprozess erlaubt es auch erst, einen komplexen Sachverhalt wie die Nachhaltigkeit im FM in kurzer Zeit und mit geringem Aufwand zu bewerten. Das System mit all seinen Steckbriefen, Checklisten und Anlagen erscheint auf den ersten Blick etwas kompliziert. Dies relativiert sich einerseits durch den standardisierten Aufbau. Andererseits ist ja der geschulte und erfahrene Auditor ein Mittler zwischen dem „System“ (Systemträger und Konformitätsprüfer) und den am Audit Beteiligten vor Ort. Der Auditor konkretisiert die Anforderungen des Systems an den Einzelfall und reduziert die Komplexität des Systems auf ein für den FM-Dienstleister oder Nutzer, die die jeweiligen Nachweise vorbereiten müssen, leicht verständliches Maß⁵.

4 Im Rahmen der Entwicklung des Zertifizierungsprozesses war dies die DGNB. Ab Januar 2018 bindet die GEFMA einen anderen Konformitätsprüfer ein.

5 Theoretisch müssten sich außer dem Auditor und dem Konformitätsprüfer keine weiteren Beteiligten mit den Details des Systems auseinandersetzen.

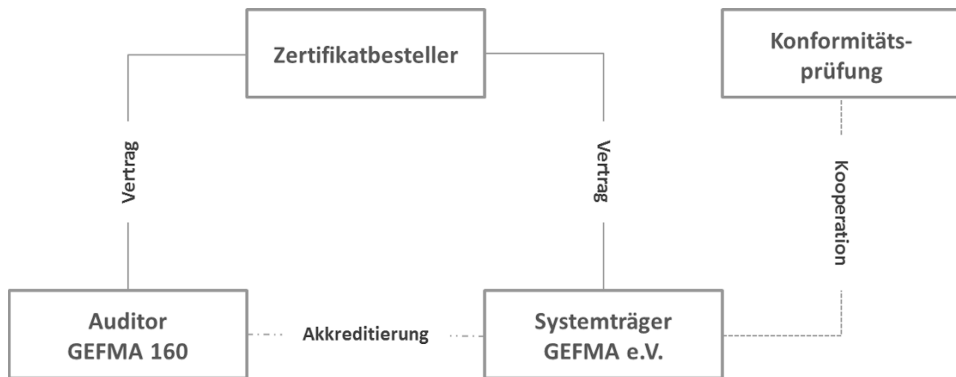


Abb. 11.5 Zentrale Akteure in der Zertifizierung nach GEFMA 160 (den Schulungsunterlagen zur Auditorenausbildung der GEFMA entnommen)

Das Zertifikat wird derzeit für die Dauer von zwei Jahren verliehen. Eine Rezertifizierung ist mit geringerem Aufwand als die Erstzertifizierung möglich, obwohl alle Kriterien erneut betrachtet werden müssen. Wie sollte denn auch eine Betrachtung auf „Änderungen“ reduziert werden? Wer definiert, wo sich etwas geändert hat, und wo nicht?

Dies ist darüber hinaus auch erforderlich, um eben die Nachhaltigkeit zu bewerten und nicht nur die Energieverbräuche oder andere isoliert betrachtete Kriterien.

Praxisbeispiel

Ablauf einer Zertifizierung für ein Büro- und Verwaltungsgebäude

- Schritt 1: Auftraggeber beauftragt den Auditor.
- Schritt 2: Auditor meldet das Projekt bei der GEFMA zur Zertifizierung an.
- Schritt 3: Vertrag zwischen GEFMA und Auftraggeber
- Schritt 4: Erstellen der Dokumentationsakte durch den Auditor
 - a) Kickoff und Vorstellung Zertifizierungssystem bei den zu beteiligenden Akteuren (FM-Dienstleister, Nutzer, Assetmanagement etc.)
 - b) Abfrage der erforderlichen Daten durch den Auditor
 - c) Datenlieferung (v.a. durch Auftraggeber, FM-Dienstleister und evtl. Nutzer)
 - d) Auswertung der Daten durch Auditor
 - e) Eventuell Nachforderung von Daten durch Auditor
 - f) Bewertung der einzelnen Steckbriefe inkl. Nachweisführung und Zusammenstellen der Dokumentationsakte durch den Auditor
- Schritt 5: Einreichung der Dokumentationsakte bei der GEFMA durch den Auditor
- Schritt 6: Vorprüfung durch GEFMA und Übergabe an den Konformitätsprüfer
- Schritt 7: Erstprüfung durch Konformitätsprüfer, eventuell definieren von Nachforderungen an den Auditor
- Schritt 8: Eventuell Nachbearbeitung der Dokumentationsakte durch den Auditor

Schritt 9: Eventuell Zweitprüfung durch Konformitätsprüfer

Schritt 10: Einverständniserklärung des Auftraggebers mit dem Ergebnis des Audits

Schritt 11: Verleihung des Zertifikats durch die GEFMA

Je nach Qualität der vorhandenen Dokumentation erfordert dieser Prozess eine gesamte Bearbeitungszeit zwischen 2 und 6 Monaten. In der Regel beträgt der Nettoaufwand beim Auditor 10 bis 15 Tage, beim Dienstleister ca. 5 bis 15 Tage, je nachdem wie viele Unterlagen vorliegen bzw. nachbearbeitet werden müssen.

11.4 Übertragbarkeit des Systems

11.4.1 Übertragbarkeit auf andere Nutzungen

Ausgehend von der Zertifizierung von Büro- und Verwaltungsgebäuden, wurden erste Pilotprojekte zur Zertifizierung anderer Nutzungsformen durchgeführt. Dies betrifft die Zertifizierung von Portfolien, aber auch die Zertifizierung von Sonderimmobilien. Hierbei zeigte sich, dass wegen der zugrundeliegenden PDCA-Systematik und der Trennung von Gebäudesubstanz und FM-Prozessen nur ein sehr geringer Anpassungsaufwand erforderlich war, und das System auch hier einwandfrei „funktioniert“.

Praxisbeispiel

Übertragung des Zertifizierungssystems auf eine Sonderimmobilie

Nachhaltigkeit im Facility Management der Commerzbank Arena in Frankfurt am Main⁶

Die Commerzbank Arena erhielt als erstes Stadion die Zertifizierung nach GEFMA 160. Damit ist die Commerzbank Arena auch das erste Projekt, das aus dem Bereich der Versammlungsstätten mit diesem Label ausgezeichnet worden ist. Als Basis für die Zertifizierung wurde der Kriterienkatalog „Nutzungsprofil Büro- und Verwaltung“ herangezogen, der in wenigen Bereichen angepasst werden musste und konnte. Die unabhängige Konformitätsprüfung erfolgte durch die DGNB e.V.

Gebäudeeckdaten der Commerzbank Arena:

Baujahr:	1925 (damalige Benennung Frankfurter Waldstadion)
Komplettisanierung:	Juli 2002 bis Oktober 2005
Gebäudehöhe:	höchster Sitzplatz 32m über Spielfeld
Bruttogrundfläche:	ca. 138.000 m ²
Nutzung:	Multifunktionsarena, inkl. Tiefgarage, Fanshop, Museum, Küchenbereich, Kiosken, Büro- und Verwaltungsbereichen, Logen, Kapelle ca. 300 Veranstaltungen pro Jahr, davon ca. 30 Großveranstaltungen

6 Mit freundlicher Genehmigung der Apleona HSG GmbH, Frau Dipl.-Ing. Annelie Casper, Senior Consultant, Auditorin nach GEFMA 160

Hauptmieter: Eintracht Frankfurt
Besucherkapazität: Fußballspiel: ca. 51.500 Zuschauer bei 9.300 Stehplätzen
Konzerte: ca. 44.000 Zuschauer
In den Sommer- und Winterpausen des Fußballbetriebs finden Großveranstaltungen im Innenraum der Arena statt.
Besucher 2013 – 2015: ca. 3.900.000

Eigentümer-/Betreiber-/Nutzerverhältnisse:

Betreibergesellschaft und Zertifikatsbesteller: Stadion Frankfurt Management GmbH

Vermarktung: Lagardère Sports Germany GmbH (50 % an SFM)

Total FM-Anbieter: Apleona HSG FM Rhein Main GmbH (50 % an SFM), Regionalgesellschaft der Apleona HSG GmbH

Erforderliche Anpassungen des Zertifizierungssystems –**Nutzungsprofil Versammlungsstätten**

Die Nutzungsart eines Stadions unterliegt den Versammlungsstättenrichtlinien, daher ist eine Anpassung des Bewertungssystems, das auf das Nutzungsprofil von Büro- und Verwaltung ausgelegt ist, vorzunehmen. Die Anpassung erfolgte dabei in drei wesentlichen Punkten:

1. Deaktivierung von inadäquaten Kriterien
2. Anpassung von Berechnungsgrundlagen der Kriterien mit Verbrauchszahlen
3. Sonstige Anpassungen

Deaktivierung von inadäquaten Kriterien

Aus der Betrachtung entfielen die Kriterien Nutzerzufriedenheitsanalyse und Flächenmanagement

Nutzerzufriedenheitsanalyse

Das Kriterium Nutzerzufriedenheitsanalyse bezieht sich im definierten Kriterienkatalog (Büro und Verwaltung) auf die Zufriedenheit der Gebäudenutzer. Da sich in der Commerzbank Arena nur ein geringer Teil der Nutzer permanent dort befindet, sind die Besucher von Veranstaltungen die entscheidende Größe für die Zufriedenheit. Da diese nicht regelmäßig die Immobilie nutzen, spiegelt eine Befragung kein qualitätsbestimmendes Ergebnis wieder. Daher wurde das Kriterium aus der Bewertung herausgenommen.

Flächenmanagement

Auch das Kriterium Flächenmanagement ist in der Bewertung herausgenommen worden. Das Flächenmanagement bezieht sich bei Bürobauten auf den flexiblen Umgang mit Flächen (z.B. hinsichtlich einer Drittverwendbarkeit), also auch auf das Leerstandsmanagement und daraus folgende Umbauten. Da die vorliegende Immobilie ausschließlich für den Zweck einer Arena gebaut worden ist und daher keine Nutzungsänderung oder ein Leerstand zu erwarten sind, wurde das Kriterium als nicht sinnvoll für die Bewertung der Nachhaltigkeit betrachtet.

Die optionalen Kriterien Außenanlagen und Catering sind in der Bewertung geblieben. Im Verlauf der Auditierung konnten diese beiden Kriterien gemäß der regulär nachzuweisenden Indikatoren bewertet werden.

Anpassung der Berechnungsgrundlagen der Kriterien mit Verbrauchszahlen (Wasser- und Energie)

Als Beispiel wird anhand des Kriteriums 1.2 Wassermanagement die Anpassung aufgezeigt. Der Vergleichswert basiert in diesem Kriterium auf dem Umgang mit Trinkwasser und Annahmen zum Nutzerverhalten. Da der Anteil der Besucher wesentlich höher ist als derjenige der ständigen Nutzer, wurde für die Berechnung des Optimalwerts für den Trinkwassergebrauch die Nutzungsprofilvariante „Kongress“ nach dem Gebäudebewertungssystem DGNB NVS12-14 herangezogen.

Sonstige Anpassungen

Der Tagesablauf einer Arena unterliegt zwei Betriebsarten:

- Off-Betrieb
- Veranstaltungsbetrieb

Der Off -Betrieb bezeichnet Tage, an denen in der Arena keine Veranstaltung stattfindet. Je nach Kriterium wurde entweder eine Art von Betrieb oder beide Arten betrachtet.

Beispiel für den Off-Betrieb, Kriterium 2.1 Nutzungskosten:

Da Veranstaltungen keiner Regelmäßigkeit unterliegen, wurde dieses Kriterium um ein aussagekräftiges Ergebnis zu bekommen auf den Off-Betrieb bezogen. In der Bewertung sind daher nur die Regelleistungen betrachtet und bewertet worden.

Beispiel für den Veranstaltungsbetrieb: Kriterium 5.8 Security:

Das Thema Sicherheit ist in der Commerzbank-Arena von hoher Bedeutung. Dies spiegelt sich auch in der Bewertung bzw. der Dokumentation der Nachweise für die Bewertung wieder. Da die Anforderungen an Security Dienstleistungen, Empfangsdienste, Revierdienste etc. in einer Spezialimmobilie wesentlich höher sind, als in einer Büroimmobilie ist dieses Kriterium in einzelnen Indikatoren auf den Fall „Veranstaltungsbetrieb“ angepasst worden.

Fazit

Die Auditierung des ersten Stadions hat gezeigt, dass das Zertifizierungssystem der GEFMA 160 eine sehr robuste Basis für die Anwendung auf das Nutzungsprofil Versammlungsstätten bildet.

In nur vier Kriterien von 24 sind Änderungen vorgenommen worden, alle übrigen 20 Kriterien sind so geblieben wie sie sich im Nutzungsprofil Büro- und Verwaltung bereits als marktfähig erwiesen haben. Damit hat sich gezeigt, dass das Bewertungssystem mit wenigen Änderungen auch für Immobilien aus dem Bereich der Versammlungsstätten anwendbar ist.

Dies zeigt gleichzeitig, dass auch andere Nutzungen (die in der Regel weniger Unterschiede von einer Büronutzung aufweisen als eine Veranstaltungsstätte) mit diesem System objektiv und nachvollziehbar hinsichtlich der Nachhaltigkeit des FM bewertet werden können.

11.4.2 Nutzen des Systems neben der Zertifizierung der Nachhaltigkeit im FM

Neben der Möglichkeit die eigenen Nachhaltigkeitsanstrengungen anhand eines unabhängigen Branchenstandards zu dokumentieren ergeben sich weitere Vorteile für den Auftraggeber eines GEFMA 160 Zertifikats.

11.4.2.1 Strukturierte und zentral geführte Dokumentation aller FM-Leistungen

Im Rahmen der Zertifizierung und der Erstellung der Nachweisdokumentation werden zentrale Nachweise über alle relevanten FM-Leistungen gesammelt. Bei der Definition der Anforderungen an diese Dokumentation hat sich die GEFMA gleichzeitig an einem anzustrebenden hohen Qualitätsniveau und an den Möglichkeiten und Realitäten des Marktes orientiert. Viele der Anforderungen sind in qualitativ hochwertigen FM-Verträgen bereits heute so definiert. Im Rahmen der Zertifizierung werden diese nun zwangsläufig auch umgesetzt, so dass es sich anbietet diese Form der Dokumentation fortzusetzen. Ohne Zertifizierung scheitert dies in der Praxis häufig z.B. an der Übernahme der Bewirtschaftung „on the flight“, das heißt, dass das Tagesgeschäft einer strukturierten Dokumentation von Beginn der Leistungserbringung an im Wege steht.

11.4.2.2 Transparente und objektive Bewertung der FM-Performance

Der PDCA-Ansatz erlaubt es – unabhängig vom Nachhaltigkeitsgedanken – jedes Kriterium einzeln zu betrachten. So kann die Qualität einzelner Tätigkeitsbereiche anhand eines neutralen, objektiven Branchenstandards gemessen werden. Diskussionen über Messgrößen, Nachweisführung oder Gewichtung einzelner Aspekte können vermieden werden, während gleichzeitig die Performance mit geringem Aufwand gemessen – und dann auch verglichen – werden kann. Damit steht gleichzeitig auch ein Ansatzpunkt für Verbesserungsmaßnahmen zur Verfügung, konkrete Ziele zur Verbesserung können formuliert werden. Komplexe Liegenschaften, ganze Produktionsstandorte, heterogene Portfolien aber auch Sonderimmobilien können so schnell einem Qualitätsbenchmark unterzogen werden.

11.4.2.3 Generierung von Informationen für die Durchführung von Ausschreibungen

Wie häufig bei Dienstleistungen stellt sich oft auch bei der Beschreibung der Leistungen im FM die Frage nach der Definition der Kundenwünsche. Jahrelange Normungsarbeit – auch auf europäischer Ebene – hat hier für das FM große Fortschritte gebracht. Nichtsdestotrotz stellt sich in der Praxis immer wieder die Frage nach der Definition des Qualitätsniveaus (nicht dort, wo relativ einfach SLAs zu vereinbaren sind). Wie definiert der Kunde denn seine Anforderungen z.B. an das Energiemanagement? Oder an einzelne Services? Auch

hier gibt das Zertifizierungssystem einfache Bewertungsmaßstäbe vor, die – und das ist ein großer Vorteil gegenüber den sogenannten „Berater-Leistungsverzeichnissen“ – von der Branche gemeinsam entwickelt wurden.

So kann das Gesamtsystem, aber natürlich auch nur einzelne Steckbriefe, auch dazu dienen das vertragliche Leistungssoll genauer zu definieren.

11.5 Kritische Würdigung des Zertifizierungssystems

Das Zertifizierungssystem nach GEFMA 160 war bei seiner Markteinführung 2015 das erste rein auf das FM bezogenen System zur Bewertung der Nachhaltigkeit. Einige „Kinderkrankheiten“ sind in solchen Fällen nicht zu vermeiden, auch wenn das System bereits eine Pilotphase durchlaufen hatte.

Seitdem ist mit dem DGNB System „Gebäude in Betrieb“ ein weiteres System auf den Markt gekommen.

Die beiden Systeme ähneln sich in großen Teilen sehr, weisen aber einen zentralen Unterschied auf. Nur das GEFMA-System ist völlig von der Gebäudesubstanz gelöst. Dies bedeutet, dass in diesem System tatsächlich nur die Nachhaltigkeit des FM bewertet wird. Nur mit einem solchen System kann das FM in unterschiedlichen Objekten verglichen werden, ohne dass die Gebäudesubstanz das Bewertungsergebnis verfälscht.

11.5.1 Komplexität des Systems

Das System macht auf den ersten Blick einen relativ komplexen Eindruck. Es besteht aus einer Vielzahl an Steckbriefen, Anhängen, Musterdokumenten und Hinweisen. Insofern entsteht der Eindruck der Komplexität nicht unbegründet.

Allerdings relativiert sich dieser Eindruck, wenn berücksichtigt wird, dass neben diesen Unterlagen keine weiteren Hilfsmittel erforderlich sind, um das Audit durchzuführen. Darüber hinaus ist das System das „Werkzeug“ des Auditors, der durch Schulung und Erfahrung in der Anwendung zum Experten wird und sich dann auch leicht in dem System zurechtfinden kann.

11.5.2 Aufwand der Nachweisführung

Der Aufwand zur Nachweisführung ist in starkem Maße von der Datenlage im Einzelfall abhängig. Je strukturierter das FM betrieben wird, und je mehr Aufmerksamkeit auf eine qualitativ hochwertige Leistungserbringung und die Dokumentation gelegt wird, desto geringer ist der Aufwand für Auditor und FM-Dienstleister bzw. Nutzer/Eigentümer. In-

sofern könnte diese Kritik am System auch umgekehrt am wenig strukturierten Vorgehen und der sehr häufig nur nachlässig betriebenen Dokumentation formuliert werden.

11.5.3 Bewertungslogik

Die Bewertungslogik „zertifiziert“ bzw. „nicht zertifiziert“ ist einer schnellen Verbreitung des Zertifikats sicherlich nicht zuträglich. Diese etwas technische Bezeichnung ist aus Marketinggesichtspunkten einer „Silber-Gold-Platin“ Systematik definitiv unterlegen.

Trotz der oben geschilderten Problematik der Inflation von Bestbewertungen (mittlerweile hat auch die DGNB eine weitere Kategorie „Platin“ eingeführt), sollte im Rahmen der Revision des Systems diskutiert werden, ob es bei dieser Form der Bewertung bleiben soll. Denn der Nutzen einer Zertifizierung nach GEFMA 160 ist unübersehbar, so dass alle etwaigen Markthindernisse offen angegangen werden sollten.

Mietrecht, Betriebskostenrecht und Arbeitsrecht

Kapitel 12 Gewerbliches Mietrecht

Annekatrin Mehle

Kapitel 13 Betriebskosten, Mietnebenkosten

Michael Heß

Kapitel 14 Arbeitsrecht

Jochen Leis



Gewerbliches Mietrecht

12.1 Mietvertrag – 589

12.1.1 Anbahnungsverhältnisse – 589

12.1.2 Vertragsabschluss – 590

12.2 Übergabe der Mietsache – 616

12.3 Nachtrag zum Mietvertrag – 616

12.4 Mietminderung – 617

12.5 Schadensersatz und Aufwendungsersatz – 622

12.6 Kündigung des Mietverhältnisses – 624

12.6.1 Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit, § 542 Abs. 1 BGB – 624

12.6.2 Mietverhältnis auf bestimmte Zeit, § 542 Abs. 2 BGB – 631

12.7 Weitere Beendigungsgründe – 631

12.8 Rückgabe der Mietsache – 632

12.9 Verjährung – 633

12.10 Vermieterpfandrecht – 634

12.11 Wegnahmerecht des Mieters – 634

Zentrale Aufgabe des kaufmännischen Facility Managers ist die Begründung neuer, die Verwaltung bestehender und die Abwicklung beendeter Mietverhältnisse für den Vermieter. Fundierte Kenntnisse der Rechte und Pflichten von Vermietern sowie Mietern sind dazu unerlässlich. Allein die Anzahl von Urteilen der beiden mit Mietrecht befassten Senate VIII (122 Urteile) und XII (170 Urteile) des BGH im Jahr 2016 verdeutlicht, dass die Kenntnisse des Facility Managers stets aktuell sein müssen. Diese Darstellung orientiert sich an der Praxis des Facility Managers und legt ihren Schwerpunkt auf das Gewerberaummietrecht. Davon ist Mietrecht im Zusammenhang mit Wohnen nicht umfasst.¹

12.1 Mietvertrag

12.1.1 Anbahnungsverhältnisse

Immer häufiger wünscht zumindest eine der Vertragsparteien eine Vereinbarung im Rahmen eines so genannten „**Letter of Intent**“. Üblicherweise geben die Parteien damit in einem sehr frühen Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen die Erklärung ab, in ernsthafte Verhandlungen über den Abschluss eines Mietvertrages einzutreten. Das Rechtsinstitut des „Letters of Intent“ ist dem deutschen Recht jedoch fremd. Daher sind die von den Parteien konkret gewählten Formulierungen von besonderer Bedeutung. Deren Auslegung allein bestimmt darüber, ob es sich bei dem „Letter of Intent“ um eine bloße **Absichtserklärung ohne rechtliche Wirkung** oder bereits einen rechtlich bindenden **Vorvertrag** handelt. Im Gegensatz zu einer bloßen Absichtserklärung verpflichtet ein Vorvertrag die Parteien, in absehbarer Zeit einen Hauptvertrag abzuschließen. Ein Vorvertrag setzt voraus, dass dieser (zumindest) bestimmbar alle wesentliche Bestandteile (*essentialia negotii*) eines Mietvertrages verbindlich beinhaltet. Dazu zählen die Vertragsparteien, die Mietsache, die Miethöhe und die Mietdauer.

Praxishinweise

1. Ist ein „Letter of Intent“ gewünscht, so sollte dieser mit einer Präambel überschrieben werden, die verdeutlicht, dass ein Rechtsbindungswillen der Parteien nicht gegeben ist.
Formulierungsbeispiel: „Die Bestimmungen in diesem „Letter of Intent“ begründen keine Verpflichtung der Parteien, einen entsprechenden Mietvertrag zu unterzeichnen. Bis zur Unterzeichnung eines Mietvertrages haben beide Parteien das Recht, jederzeit und ohne Angabe von Gründen, die Vertragsverhandlungen abzubrechen.“
2. In der Praxis ist der Abschluss eines Mietvertrages sowohl dem „Letter of Intent“ als auch einem Vorvertrag vorzuziehen. Lassen sich einzelne Punkte noch nicht klären, so können aufschiebenden Bedingungen und/oder Rücktrittsrechte vereinbart werden.

¹ BGH, Urt. v. 14.07.2009 – VIII ZR 165/08.

12.1.2 Vertragsabschluss

- 4 Im Bereich der Gewerberaummieta besteht weitgehend Vertragsfreiheit. Mietverträge können auch mündlich oder konkludent zustande kommen. Es gibt keinen dem Wohnraummietrecht entsprechenden Kündigungsschutz. Die Miete kann während des gesamten Mietverhältnisses nur dann erhöht werden, wenn eine Mieterhöhungsmöglichkeit vertraglich vereinbart worden ist.

In der Praxis ist die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen **Schriftform** von besonderer Bedeutung. Denn gemäß § 550 Satz 1 BGB gilt ein Mietvertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen, wenn er **für längere Zeit als ein Jahr** nicht in schriftlicher Form abgeschlossen wurde. Diese Vorschrift nimmt im Gewerberaummietrecht eine zentrale Rolle ein. Ein Formverstoß kann dazu führen, dass ein schriftlicher Vertrag mit einer langen Laufzeit als unbefristeter und damit jederzeit für beide Parteien kündbarer Vertrag gilt. Dadurch können für den Vermieter immense **wirtschaftliche Schäden** entstehen, weil er zum Teil erhebliche Investitionen in die Mietsache tätigt.

- 5 Im Rahmen seiner Entscheidung vom 7.5.2008 zu dem Az. XII ZR 69/06 hat der BGH sowohl den Sinn und Zweck des Schriftformerfordernisses aus § 550 BGB als auch seine wesentlichen Voraussetzungen lehrbuchartig zusammengefasst. Daher soll die Entscheidung für ein grundlegendes Verständnis an dieser Stelle (auszugsweise) wiedergegeben werden (Hervorhebungen durch die Verfasserin):

*§ 550 BGB will nach ständiger Rechtsprechung des Senats in erster Linie sicherstellen, dass ein **späterer Grundstückserwerber**, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr geschlossenes Mietverhältnis eintritt (§ 566 Abs. 1 BGB), dessen **Bedingungen aus dem schriftlichen Vertrag** ersehen kann.*

*Die Schriftform des § 550 BGB dient zusätzlich dazu, die **Beweisbarkeit langfristiger Abreden** auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien sicherzustellen und diese vor der **unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen** zu schützen.*

*Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist die Schriftform des § 550 BGB grundsätzlich nur dann gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige **Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen** – insbesondere über den Mietgegenstand, den Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses – **aus einer von beiden Vertragsparteien unterzeichneten Urkunde** (vgl. aber § 126 Abs. 2 S. 2 BGB) ergibt.*

*Nehmen die Vertragsparteien wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht in die Vertragsurkunde auf, genügt es nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des Senats, dass sich der Gesamthalt der mietvertraglichen Vereinbarung aus dem Zusammenspiel verschiedener Urkunden ergibt, wenn sie zur Wahrung der Urkundeneinheit ihre Zugehörigkeit in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich machen. Solches kann sich z.B. aus einer fortlaufenden Pagnierung, einer fortlaufenden Nummerierung einzelner Bestimmungen, einheitlicher grafischer Gestaltung, einem inhaltlichen Zusammenhang des Textes oder vergleichbaren Merkmalen zweifelsfrei ergeben. Eine **körperliche Verbindung** der einzelnen Bestandteile zu einer gemeinsamen Urkunde ist **dann nicht erforderlich**.*

Ergibt sich der Zusammenhang mehrerer Schriftstücke aus einer **Bezugnahme**, ist es **erforderlich, dass vom aktuellen Vertrag auf den Ausgangsvertrag und auf alle ergänzenden Urkunden verwiesen ist**, mit denen die der Schriftform unterliegenden vertraglichen Vereinbarungen vollständig erfasst sind. So genügt es z.B., wenn eine Vereinbarung über eine Vertragsänderung oder über einen Wechsel der Vertragsparteien hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nimmt, die geänderten Regelungen aufführt und erkennen lässt, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll.

Entsprechend ist für die Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB auch erforderlich, dass die **Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet** ist. Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, ob sie auch in **Vertretung** der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien hinzugefügt wurden. Denn sonst lässt sich der vorliegenden Urkunde nicht eindeutig entnehmen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften, auch für die und in Vertretung der anderen Vertragsparteien, zustande gekommen ist oder ob die Wirksamkeit des Vertrages so lange hinausgeschoben sein soll, bis auch die weiteren Vertragsparteien unterschrieben haben.²

Praxishinweise

6

1. Die Praxis hatte zur Vermeidung der vorzeitigen Kündbarkeit langfristiger Gewerberaummietverträge sogenannte Schriftformheilungsklauseln entwickelt. Mit diesen sollten sich die Parteien verpflichten, den Mietvertrag nicht wegen Schriftformmängeln zu kündigen und alles zu tun, um erforderlichenfalls nachträglich die Formwirksamkeit des Mietvertrages herzustellen. Der BGH hat aktuell entschieden, dass **Schriftformheilungsklauseln** mit der nicht abdingbaren Vorschrift des § 550 BGB unvereinbar und deswegen **unwirksam** sind. Das gilt unabhängig davon, ob diese Klauseln individual- oder formularvertraglich vereinbart sind.³
2. Stellt der Facility Manager nach Abschluss eines langfristigen Mietvertrages fest, dass die gesetzliche Schriftform nicht eingehalten wurde, so sollte er unter größter Sensibilität auf die Heilung des Formmangels hinwirken, wenn der Vermieter an einer Fortsetzung des Mietverhältnisses interessiert ist. Dabei sollte er die andere Vertragspartei nicht offen auf den Formmangel hinweisen, denn sonst besteht das Risiko, dass diese erst auf den Mangel aufmerksam wird und das Mietverhältnis kündigt. Hier bietet sich die Vereinbarung eines Nachtrages an.

12.1.2.1 Parteien des Mietvertrages

Der Mietvertrag bestimmt die Parteien des Mietverhältnisses, zwischen denen Rechte und Pflichten begründet werden. Daher ist darauf zu achten, dass die Parteien korrekt und eindeutig bezeichnet sind. Etwaige Vertretungsverhältnisse sind genau zu bezeichnen. Unklarheiten können zu einem Verstoß gegen das gesetzliche Schriftformerfordernis des § 550 BGB führen.

7

² BGH, Urt. v. 07.05.2008 – XII ZR 69/06.

³ BGH, Urt. v. 27.09.2017 – XII ZR 114/16.

a) Natürliche Personen

- 8 Natürliche Personen können einen Mietvertrag abschließen, wenn sie rechts- und geschäftsfähig sind. Der Vor- und Nachname ist korrekt aufzunehmen. Zudem ist es üblich und ratsam, die jeweilige Adresse im Rubrum aufzuführen. Auch wenn die standardmäßige Kopie des Personalausweises vom potentiellen Mieter gegen §§ 1, 14 PAuswG verstößt, empfiehlt es sich, den Ausweis im Original zu prüfen sowie im Einverständnis mit dem Mietinteressenten eine Kopie anzufertigen.

b) Eheleute

- 9 Beide Eheleute werden nur dann zuverlässig Vertragspartner, wenn beide im Vertragsrubrum angegeben sind und beide Eheleute den Vertrag unterzeichnet haben. Im Vertretungsfall hat der vertretende Ehepartner eine Originalvollmacht des vertretenen Ehepartners vorzulegen und sowohl mit seinem eigenen Namen als auch mit „i.V. für“ den Ehepartner zu unterzeichnen. Vorsicht bei der Aufnahme eines erkennbar finanziell erheblich schlechter gestellten Ehepartners als Mieter ist jedoch insoweit geboten, als die Rechtsprechung des BGH zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB wegen „**krasser Überforderung**“ eines Sicherungsgebers auch auf gewerbliche Mietverhältnisse anzuwenden ist.⁴ Der finanziell überforderte Ehepartner ist in einem solchen Fall nicht als Mieter zu behandeln.

c) Erbengemeinschaft

- 10 Weil die Erbengemeinschaft selbst **keine Rechtsfähigkeit** besitzt, kann ein Vertrag nur mit den einzelnen Miterben geschlossen werden. Soweit nicht ein Erbe oder ein Dritter durch einstimmigen Beschluss umfassend und wirksam bevollmächtigt wurde, müssen alle Miterben in das Rubrum aufgenommen werden und den Mietvertrag unterzeichnen. Eine Vertretung ist mit „i.V. für die Erbengemeinschaft XY“ zu kennzeichnen.

d) GbR

- 11 Nur eine **Außengesellschaft** kann Vertragspartei werden.⁵ Bei einer **Innengesellschaft** können lediglich die einzelnen Gesellschafter Vertragspartei werden. Soll eine Außengesellschaft Vertragspartner werden, ist der Name der Gesellschaft mit dem Zusatz GbR anzugeben. Vorbehaltlich besonderer Regelungen im Gesellschaftsvertrag wird die GbR **von allen Gesellschaftern gemeinsam vertreten** (§ 709 Abs. 1 BGB), d.h. alle Gesellschafter müssen im Rubrum angegeben werden und den Vertrag unterzeichnen. Besteht eine wirksame Vertretungsmacht, so ist der Mietvertrag vom Vertreter mit einem das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz zu unterzeichnen. Nach Rechtsprechung des BGH ist jedoch die Unterschrift eines Gesellschafters ohne Vertretungszusatz der GbR unter Beifügung des Firmenstempels ausreichend.⁶ Der Facility Manager sollte sich zur Vertragsgestaltung frühzeitig eine (beglaubigte) **Abschrift des Gesellschaftsvertrages** mit den jeweiligen Vertretungsregelungen vorlegen lassen.

4 BGH, Urt. v. 29.09.2004 – XII ZR 22/02.

5 BGH, Urt. v. 29.01.2001 – II ZR 331/00.

6 BGH, Urt. v. 23.01.2013 – XII ZR 35/11.

e) Einzelkaufleute

Weil der Mietvertrag mit der **natürlichen Person** und nicht mit der Firma geschlossen wird, sollte im Rubrum des Mietvertrages der Name des Geschäftsinhabers angegeben werden. Der Vertrag ist mit dem Namen des Geschäftsinhabers zu unterzeichnen. Die Geschäftsbezeichnung kann als Zusatz angegeben werden. **12**

f) Personenhandelsgesellschaften/Partnerschaftsgesellschaften

OHG, KG sowie **Partnerschaftsgesellschaften** sind parteifähig und können Mietverträge schließen. Es gelten die Sonderregelungen des HGB (insbes. § 124 Abs. 1 HGB) sowie vorrangig die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages. Die genaue Bezeichnung sowie die vertretungsberechtigten Personen sind zu prüfen und im Vertragsrubrum anzugeben. Es ist dringend zu empfehlen, vor Vertragsschluss das **Handelsregister** des Vertragspartners einzusehen. Bei den Gesellschaften ist die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Vertreter ohne weiteren Zusatz oder mit dem Zusatz „ppa.“ schriftformwährend, da wegen des Handelsregistereintrages Unklarheiten nicht auftreten können. **13**

g) Juristische Personen

Juristische Personen wie beispielsweise **GmbH, AG** sowie **Wohnungsgenossenschaft** sind rechtsfähig und können Vertragspartei werden. Sie werden durch bestellte gesetzliche Vertreter und zuständige Organe vertreten. Anhand eines aktuellen **Handelsregisterauszuges bzw. Genossenschaftsregisterauszuges** ist die genaue Bezeichnung der juristischen Person zu überprüfen. Die vertretungsberechtigten Personen sind ebenfalls zu prüfen und mit Vertretungszusatz anzugeben. Bei einer AG ist die Schriftform nur gewahrt, wenn alle Vorstandsmitglieder, die im Rubrum aufgeführt sind, den Mietvertrag unterzeichnen. Abweichendes gilt nur dann, wenn der Unterzeichnende alleinvertretungsberechtigt ist oder wenn die Unterschrift den Hinweis (z.B. „i.V.“) oder einen autorisierten Firmen- oder Betriebsstempel enthält, dass das unterzeichnende Vorstandsmitglied auch die Vorstandsmitglieder vertreten will, die nicht unterzeichnet haben.⁷ **14**

12.1.2.2 Mietsache

Nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ist der Vermieter verpflichtet, dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen. Dabei handelt es sich um eine Hauptleistungspflicht des Vermieters. Die Mietsache muss daher im Mietvertrag **konkret bestimmt oder zumindest so bestimmbar** sein, dass ein Erwerber anhand des Mietvertrages feststellen kann, welche Räume/Flächen an den Mieter vermietet sind.⁸ Unklarheiten können zu einem Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 550 BGB führen. **15**

Bei **Bestandsimmobilien** dürfte eine Beschreibung keine Schwierigkeiten bereiten. **Ge-
bäudeteil, Lage, Stockwerk** ggf. auch die **Nummer der Mieträume** sind genau zu be- **16**

⁷ BGH, Urt. v. 04.11.2009 – XII ZR 86/07.

⁸ BGH, Urt. v. 02.11.2005 – XII ZR 233/03.

zeichnen. Auch die weiteren Flächen, wie beispielsweise **Kellerräume, Lagerflächen und Außenflächen** sind genau zu benennen. Das Beifügen eines **Lageplans** ist nicht zwingend erforderlich, wird aber dringend empfohlen. Üblicherweise werden die Mietflächen auf dem Grundriss farblich umrandet. Die gewählten Farben sollten möglichst farbintensiv und farbecht sein, etwaige Kopien sollten stets in Farbe gefertigt werden. Die genaue Quadratmeterzahl sollte ebenfalls im Mietvertrag ausgewiesen werden.

- 17 Sollen Räumlichkeiten vermietet werden, die noch herzustellen sind, d.h. die **Vermietung vom Reißbrett** erfolgen, muss die Mietsache besonders genau beschrieben werden. Sinnvoll ist es, im Mietvertrag auf einen anliegenden Lageplan Bezug zu nehmen, in dem der noch zu erstellende Mietgegensand farblich gekennzeichnet ist.

12.1.2.3 Mietzweck

- 18 Der Vermieter ist verpflichtet, dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten, vgl. § 535 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. Der Vermieter hat im Grundsatz dafür einzustehen, dass in der Mietsache die Verfolgung des mietvertraglich vereinbarten Zwecks möglich ist. Die Mietsache muss für den vereinbarten Mietzweck tatsächlich und rechtlich geeignet sein. Wegen der Vielgestaltigkeit der im Gewerbemietrecht denkbaren Gebrauchsformen ist eine sorgfältige Vereinbarung über den Mietzweck von elementarer Bedeutung. Je allgemeiner die Beschreibung des Vertragszwecks gehalten ist, desto mehr verschiedene geschäftliche Betätigungen muss ein Vermieter von seinem Mieter hinnehmen. Je klarer der Mietzweck vertraglich vereinbart ist, desto deutlicher ist die Verpflichtung des Vermieters, für welche Eignung der Mietsache er einzustehen hat. Zudem ergeben sich aus zu allgemeinen Vereinbarungen erhebliche Probleme im Bereich des Konkurrenzschutzes.
- 19 Typische Mietzweckvereinbarungen lauten:
- „als **Apotheke**“: Die Voraussetzungen an die Eignung zum Mietzweck Apotheke richten sich nach der Apothekenbetriebsordnung (ApBtrO). Zudem sind die gesetzlichen Verbote nach §§ 12, 9 sowie 8 Satz 2 Apothekengesetz (ApothG) zu beachten.
 - „als **Arztpraxis**“: Diese allgemein gefasste Beschreibung kann problematisch sein, weil der Mieter innerhalb der gesamten Branche seine Tätigkeit ausüben und auch verändern kann. Beispielsweise setzt eine Praxis für Radiologie eine besondere **Tragfähigkeit der Decken** voraus und es gibt zudem Genehmigungsrisiken aus Strahlenschutzbestimmungen. Auch die von dieser allgemeinen Bezeichnung umfasste Berechtigung zur Abgabe von **Methadon** führt oftmals zu Streitigkeiten mit benachbarten Mietern. Das gilt ebenfalls für psychiatrische Praxen. Üblicherweise bietet sich eine konkrete Beschreibung der Praxis an. Gewünschte Beschränkungen (beispielsweise: die Abgabe von Methadon ist in der Mietsache nicht gestattet) sind im Rahmen des Mietzwecks aufzunehmen.
 - als „**Autowerkstatt**“: Hier ist zu beachten, ob die Decken die erforderliche Tragfähigkeit besitzen.

- „als **Büro**“: Problematisch kann diese allgemeine Beschreibung sein, wenn in dem Gebäude Konkurrenzschutz vereinbart ist bzw. werden soll. Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass eine Büronutzung nicht zwangsläufig zum Vorsteuerabzug berechtigt. Soll eine umsatzsteuerschädliche Nutzung durch den Mieter vermieden werden, so muss dies im Mietvertrag unmissverständlich vereinbart sein.
- „als **Café**“: Es ist zu prüfen, ob der Mieter Stellplätze für seine Gäste nachzuweisen hat. Können diese nicht nachgewiesen werden, kann die Kommune aufgrund einer Stellplatzsatzung Entschädigung in Geld verlangen, die bei 10.000 EUR pro Stellplatz liegen kann. Gegebenenfalls ist mit dem Mieter zu vereinbaren, wer die Entschädigungszahlungen zu tragen hat.
- „als **Gaststätte**“: Es sind die Bestimmungen des Gaststättengesetzes (GastG) sowie der Gaststättenverordnungen der Bundesländer zu beachten. Aus den Versammlungsstättenverordnungen der Bundesländer können sich ebenfalls Erfordernisse ergeben, z.B. an die verwendeten Dämmstoffe, die aus unbrennbarem Material sein müssen. Auch die Bauordnungen des jeweiligen Bundeslandes sind zu beachten. Beispielsweise müssen für Damen und Herren getrennte Toiletten vorhanden sein, die Entlüftung der Gastro-Gerüche muss ordnungsgemäß abgeleitet werden und ggf. muss ein Fettabscheider zur Verfügung stehen. Auch die Lärmschutzvorschriften gem. DIN 4109 sind zu beachten.
- „zum Betrieb eines **Gewerbes**“: Diese weitgehende Bezeichnung gestattet dem Mieter praktisch jedes zulässige Gewerbe. Gerade im Hinblick auf die Einstandspflicht des Vermieters für die Eignung sollte das Gewerbe konkret bezeichnet werden.
- „als **Lebensmittelgeschäft**“: Es sollte festgelegt werden, ob beispielsweise ein Bäcker auch ein Café betreiben oder ein Metzger zusätzlich warme Gerichte verkaufen darf. Insbesondere sind in beiden Fällen spezielle Hygienebestimmungen zu beachten. Zudem sind insbesondere die bauordnungsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten.
- „zur **Nutzung für jeden behördlich zulässigen Zweck- mit Ausnahme eines Bordells**“: Mit einer solchen Beschreibung übernimmt der Vermieter eine nahezu unüberschaubare Haftung für die Eignung der Mietsache zu jedwedem Zweck.

Praxishinweise

20

Vor Abschluss des Mietvertrages ist vom Facility Manager umfassend zu **prüfen**, ob der vom Mieter gewünschte Vertragszweck in der Mietsache verwirklicht werden kann. Dabei sollte er beispielsweise darauf achten, ob der Mieter gegenüber den Behörden **Stellplätze** nachweisen muss. Der Vermieter haftet für die ausreichende Anzahl von Stellplätzen, sowie dafür, dass die erforderlichen **behördlichen Genehmigungen** erteilt werden. Kann der Vermieter dem Mieter den vereinbarten vertragsgemäßen Gebrauch nicht gewähren, so stehen dem Mieter Rechte auf **Minderung** sowie **Schadensersatz** zu, §§ 536, 536a BGB. Die besonderen Anforderungen an das Gewerbe können ggf. beim zuständigen Bauamt, den örtlichen Handwerkskammern sowie den **Industrie- und Handelskammern** erfragt werden.

12.1.2.4 Mietbeginn und Vertragslaufzeit

- 21 Der Mieter hat in der Regel ein erhebliches Interesse daran, dass der Übergabezeitpunkt bereits bei Mietvertragsschluss taggenau festgelegt wird. Für den Facility Manager hingegen ist die Einhaltung des vom Mieter gewünschten Übergabetermins oftmals von Dritten (z.B. Vormieter oder Bauarbeiten) abhängig. Weil der Vermieter gem. § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB verpflichtet ist, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren, besteht ein erhebliches Bedürfnis, seine Haftung für einen bestimmten (rechtzeitigen) Übergabetermin zu beschränken. Bei der Pflicht zur Überlassung der Mietsache handelt es sich jedoch um eine Hauptleistungspflicht des Vermieters. Daher sind vorformulierte Vertragsbestimmungen mit weitreichenden Haftungsbeschränkungen zu Gunsten des Vermieters in der Regel gem. § 307 Abs. 2 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters unwirksam.
- 22 **Unwirksam** sind insbesondere Klauseln nach welchen
- der Übergabetermin als voraussichtlicher unverbindlicher Termin vereinbart wird, bzw. er sich verschiebt, sofern der Vormieter die Mietsache nicht rechtzeitig räumt,
 - der Vermieter den Übergabetermin, der ausschließlich in seiner Einflussphäre liegt, beliebig hinauszögern kann, während er für den Mieter nicht bestimmbar ist,
 - das Kündigungsrecht des Mieters für einen Zeitraum von mehr als einem Monat ausgeschlossen ist, wenn die Mietsache nicht rechtzeitig übergeben wird.⁹

23 Praxishinweise

Soweit es aus Sicht des Vermieters erforderlich erscheint, sollte im Mietvertrag ein Zeitraum bestimmt werden, in dem die Übergabe voraussichtlich erfolgen soll. Insbesondere sollte ein späterster Zeitpunkt für die Übergabe genannt werden. Gegebenenfalls sollten Rücktrittsrechte vereinbart werden.

Formulierungsbeispiel: „Die Übergabe erfolgt voraussichtlich am ..., spätestens am Wird der späteste Übergabetermin nicht eingehalten, kann der Mieter vom Mietvertrag zurücktreten. Weitergehende Ansprüche, insbesondere Schadensersatzansprüche des Mieters sowie das Kündigungsrecht gem. § 543 Abs. 2 Ziffer 1 BGB sind ausgeschlossen, es sei denn, der Vermieter hat vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt. Das Rücktrittsrecht ist ausgeschlossen, sofern der Mieter die Überschreitung des Übergabetermins zu vertreten hat oder die Überschreitung auf höherer Gewalt oder Arbeitskämpfen beruht.“

Um einem späteren Formmangel vorzubeugen, sollte der **tatsächliche Mietbeginn** im Rahmen eines Nachtrages festgehalten oder das Übergabeprotokoll Bestandteil des Mietvertrages werden.

- 24 Grundsätzlich sind die Vertragsparteien frei, welche **Vertragslaufzeit** sie wählen. Die Vereinbarung kann auch formularvertraglich erfolgen. Allein aus § 544 BGB ergibt sich eine zwingende Einschränkung. Wird ein Mietvertrag für eine **längere Zeit als 30 Jahre** geschlossen, so **kann jede Vertragspartei nach Ablauf von 30 Jahren nach Überlassung**

⁹ Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 14, Rn. 69.

der Mietsache das Mietverhältnis außerordentlich mit der gesetzlichen Frist **kündigen**. Gerade bei kleineren und jüngeren Unternehmen hat sich die Tendenz entwickelt, dass sie zur Minimierung wirtschaftlicher Risiken ein **Interesse an kürzeren Vertragslaufzeiten mit zum Teil umfangreichen Verlängerungsmöglichkeiten** haben. Ein zunächst befristetes Mietverhältnis endet dann nicht mit Ablauf der vertraglich vereinbarten Zeit, wenn die Parteien bereits bei Abschluss des Mietvertrags eine Verlängerung durch eine **Verlängerungsklausel und/oder -option** vereinbart haben, § 542 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Beide Möglichkeiten stehen selbstständig nebeneinander und können in einem Vertrag miteinander verbunden werden.

Die Vereinbarung einer **Verlängerungsklausel** beinhaltet, dass sich ein befristetes Mietverhältnis nach Ablauf der ursprünglichen Mietzeit mangels Widerspruch um eine bestimmte Zeit verlängert. Soll das Mietverhältnis zu dem ursprünglichen Zeitpunkt beendet werden, so muss fristwährend ein Widerspruch erklärt werden. Soweit eine Widerspruchsfrist nicht vertraglich vereinbart wurde, kann der Widerspruch bis zum Ende der Vertragslaufzeit erklärt werden. Ein späterer Widerspruch ist unbeachtlich. Unterbleibt ein rechtzeitiger Widerspruch, so wird das **ursprüngliche Mietverhältnis** mit demselben Vertragsinhalt fortgesetzt, ein neues wird nicht begründet.

Kündigt bzw. widerspricht der Vermieter einer Vertragsverlängerung, so kann der Mieter ein vertraglich vereinbartes **Optionsrecht** ausüben und dadurch eine Beendigung des Mietverhältnisses verhindern. Ein Mietvertrag mit **Verlängerungsoption** ist auf bestimmte Zeit abgeschlossen und enthält die Vereinbarung, dass die begünstigte Partei (ggf. auch beide Parteien) berechtigt ist, das Mietverhältnis einmal oder mehrfach um die vereinbarte Optionszeit oder auf unbefristete Zeit zu verlängern. Die Vereinbarung eines Optionsrechts unterliegt dem Schriftformerfordernis.¹⁰ Im Rahmen von Formularverträgen darf kein unerträgliches Ungleichgewicht zulasten einer Partei vereinbart werden, vgl. § 307 BGB. Soweit die Parteien keine bestimmte Form für die Ausübung des Optionsrechts vereinbart haben, kann das Optionsrecht auch mündlich ausgeübt werden. Nutzt die berechtigte Partei das Optionsrecht nicht binnen der vereinbarten Frist, so erlischt es und das Mietverhältnis endet durch Zeitablauf. Nach ständiger Rspr. des BGH muss eine Verlängerungsoption auch dann bis zum Vertragsende ausgeübt sein, wenn vereinbart worden ist, dass dem Mieter das Optionsrecht „nach Ablauf des Vertrags“ zusteht.¹¹

Praxishinweise

Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt es sich, eine eindeutige **Frist** für die Ausübung des Widerspruchs bzw. der Option festzulegen. Zudem sollte aus Beweisgründen festgelegt werden, dass das jeweilige Recht schriftlich per Einschreiben auszuüben ist (**Form**). Beide Rechte sind von sämtlichen Anspruchsinhabern, d.h. von allen Mietern oder Vermietern einheitlich auszuüben.

Für eine Vertragspartei, die hohe Investitionen beabsichtigt, die kann Vereinbarung einer **Vertragslaufzeit** erforderlich sein, **die über 30 Jahre hinausgeht**. Es ist von wesentlicher

¹⁰ BGH, Urt. v. 24.06.1987 – VIII ZR 225/86.

¹¹ BGH, Urt. v. 14.07.1982 – VIII ZR 196/81.

Bedeutung, dass sich die Investitionen im Laufe der Zeit amortisieren. Als Möglichkeit kommen **dingliche Sicherungen**, wie beispielsweise die Vereinbarung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gem. § 1090 BGB, eines Dauernutzungsrechts gem. §§ 31 ff. Wohnungseigentumsgesetz (WEG) oder eines Nießbrauchs gem. §§ 1030 ff. BGB in Betracht.

12.1.2.5 Miete

a) Grundsätze

- 28 Die Höhe der Miete stellt für beide Vertragsparteien ein entscheidendes Kriterium für den Vertragsabschluss dar. Ihre Entrichtung ist eine **Hauptleistungspflicht** des Mieters, § 535 Abs. 2 BGB. Die Miete kann bei gewerblichen Mietverhältnissen zwischen den Parteien **frei verhandelt** werden. Als einzige Einschränkung ist zu beachten, dass die Miethöhe nicht als sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB anzusehen oder gegen § 4 des Gesetzes zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (WiStG) verstoßen darf. Danach handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder leichtfertig Entgelte fordert, vereinbart oder annimmt, die infolge einer Beschränkung des Wettbewerbs, der Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung oder einer Mangellage unangemessen hoch sind. Eine Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu 25.000 EUR geahndet werden. Im gewerblichen Mietrecht ist eine Mietüberhöhung erst bei einer Überschreitung von ca. 100 % der Marktmiete gegeben.¹² Ist die Miete nicht bestimmt oder bestimmbar, so ist ein Mietvertrag nicht zustande gekommen.

b) Grundmiete, Teil- und Inklusivmiete

- 29 Durch die gesetzlichen Bestimmungen des BGB wird der Mieter verpflichtet, die vereinbarte Miete zu zahlen. Eine Unterscheidung zwischen Grundmiete und sonstigen Zahlungen ist nicht getroffen. Vielmehr deckt die Miete alle Leistungen des Vermieters aus dem Mietvertrag ab. Bei der Vereinbarung einer (**Teil-**) **Inklusivmiete** trägt der Vermieter das Risiko der Deckung erhöhter laufender Aufwendungen, wie beispielsweise der Betriebskosten. Eine Abrechnung findet nicht statt. Eine Ausnahme stellen insoweit lediglich die zwingenden Vorschriften der Heizkostenverordnung dar. Die Vereinbarung einer solchen (**Teil-**) Inklusivmiete entspricht üblicherweise nicht dem Interesse des Vermieters. Daher sollte der Facility Manager besonders sorgsam zwischen den verschiedenen Mietbestandteilen, wie der **Grundmiete**, den **Vorauszahlungen auf Nebenkosten**, ggf. der **Umsatzsteuer** sowie auch **Zuschüssen** differenzieren und diese ausdrücklich ausweisen. Anderenfalls kann eine Vertragsauslegung ergeben, dass (ungewollt) eine solche (**Teil-**) Inklusivmiete vereinbart worden ist.
- 30 Bei der **Grundmiete** handelt es sich üblicherweise um die Miete ohne Nebenkosten und ohne Umsatzsteuer. Sie kann monatlich für die konkret beschriebene Mietsache sowie auch **pro Quadratmeter Mietfläche** vereinbart werden. Bei der Vereinbarung einer Quadratmetermiete sollte im Mietvertrag genau festgelegt sein, nach welcher Berechnungsmethode die Mietfläche bestimmt wurde.

12 BGH, Urt. v. 14.07.2004 – XII ZR 352/00; Urt. v. 13.06.2001 – XII ZR 49/99; Urt. v. 28.04.1999 – XII ZR 150-97.

c) Umsatzmiete

Die Vereinbarung einer **Umsatzmiete** stellt eine weitere Möglichkeit dar. Besonders in Einkaufszentren ist diese Mietvereinbarung die Regel. Bei der Umsatzmiete hat der Mieter einen bestimmten Prozentsatz des in dem Mietobjekt erwirtschafteten Umsatzes an den Vermieter zu zahlen. Dadurch wird das wirtschaftliche Risiko auf beide Vertragsparteien verteilt. Um zu verhindern, dass der Vermieter das wirtschaftliche Risiko des Mieters tragen muss, sollte unbedingt eine **Mindestmiete** vereinbart werden. Im Rahmen des Mietvertrages sollte genau definiert werden, welcher **Umsatzbegriff** der Berechnung der Umsatzmiete zugrunde zu legen ist. **In Betracht kommen** sowohl der **Brutto- als auch der Nettoumsatz**. Zudem soll genau bezeichnet werden, aus welchen **Komponenten** sich der Umsatz zusammensetzt sowie ob Skonti, Boni, Retouren, Umtausche usw. berücksichtigt werden sollen. Wenn der Mieter einen Großteil seiner Geschäfte per Online-Shop tätig sollte zudem mietvertraglich dringend geregelt werden, dass Online-Umsätze bei der Festsetzung der Umsatzmiete zu berücksichtigen sind. Für den Vermieter ist die Einräumung von Kontrollrechten von erheblicher Bedeutung. Es empfiehlt sich, den Mieter zu verpflichten, seine Umsatz- und Belegaufstellung von einem Wirtschaftsprüfer oder einem Steuerberater prüfen und gegenzeichnen zu lassen.¹³ Es ist ferner zu erwägen, mit dem Mieter **Vorauszahlungen auf die Umsatzmiete** zu vereinbaren, die sich an den Umsätzen der letzten Abrechnung orientieren und entsprechend angepasst werden.

d) Staffelmiete

Soll die Miete für bestimmte Zeit in unterschiedlicher Höhe festgelegt werden, können die Parteien eine **Staffelmiete** vereinbaren. Die Beschränkungen von Staffelmietvereinbarungen für die Wohnraummiete aus § 557a Abs. 1 BGB finden für Gewerberäume keine Anwendung. Bei der Staffelmiete werden die zukünftigen Mieterhöhungsschritte sowie der jeweilige Rhythmus bereits bei Vertragsschluss festgelegt. Eine Staffelmiete bietet den Vorteil, dass sie dem Vermieter im Hinblick auf die zu erwartenden Mieteinnahmen Sicherheit bietet. Bereits bei Vertragsschluss ist absehbar, wie sich die Miete entwickelt. Nachteilig kann sein, dass die Miete ohne Kenntnis der wirtschaftlichen Entwicklung im Voraus festgelegt werden muss. Die Vereinbarung hat die Wirkung, dass die vereinbarten Steigerungen zu den vereinbarten Zeitpunkten automatisch wirksam werden. Auch wenn die einzelnen Erhöhungsschritte prozentual ausgewiesen werden können, empfiehlt es sich, diese genau betragsmäßig zu beziffern. So lassen sich spätere Streitigkeiten bereits bei Mietbeginn ausschließen. Insbesondere ist hier zu beachten, dass bei Formularverträgen eventuelle Zweifel zu Lasten des Verwenders, d.h. üblicherweise des Vermieters, gehen. Als Grenze der Miethöhe sind die **Wucherverbote** in § 4 WiStrG sowie § 138 BGB zu beachten.

e) Wertsicherungsklauseln

Oftmals wird der Vermieter ein Interesse daran haben, dass sich die Miete in Abhängigkeit der wirtschaftlichen Entwicklung den steigenden Lebenshaltungskosten anpasst. Dafür werden üblicherweise sog. **Wertsicherungsklauseln** verwendet. Diese sollen das

¹³ Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 10, Rn. 78.

ursprüngliche Äquivalenzverhältnis zwischen den Mietvertragsparteien erhalten. Die Wertsicherung bezieht sich regelmäßig auf die Grundmiete. Die in der Praxis der Geschäftsraummieta bedeuenden sog. „**echte Gleitklauseln**“, die eine automatische Mietanpassung bewirken, sind für gewerbliche Miet- und Pachtverträge nach den Ausnahmetatbeständen in **§ 3 Abs. 1 lit. d und e PrKG** zulässig. Erforderlich ist, dass es sich um einen langfristigen Vertrag handelt, d.h. die wiederkehrenden Zahlungen müssen zumindest für die Dauer von zehn Jahren zu erbringen sein oder der Gläubiger muss mindestens für die Dauer von zehn Jahren auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet haben oder der Schuldner muss das Recht haben, das Vertragsverhältnis auf mindestens zehn Jahre zu verlängern. Die Klausel muss einen zulässigen Bezugsindex aufweisen, im Einzelfall hinreichend bestimmt sein und darf keine der Vertragsparteien unangemessen benachteiligen.¹⁴ Als Bezugsindex kommen:

- ein vom Statistischen Bundesamt oder einem Statistischen Landesamt ermittelter Preisindex für die Gesamtlebenshaltung oder
- ein vom Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaft ermittelter Verbraucherpreisindex

in Betracht. Weit verbreitet ist der **Verbraucherpreisindex Deutschland (VPI)**. Dieser wird vom Statistischen Bundesamt monatlich veröffentlicht und ist kostenlos unter www.destatis.de abrufbar. Das aktuelle Basisjahr ist 2010.

Haben die Parteien in langfristigen Mietverträgen die Indexierung der Miete auf der Grundlage eines Indexes festgelegt, der während der Laufzeit nicht weitergeführt wird, ist die entstandene Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen.¹⁵ Regelmäßig wird in einem solchen Fall der VPI Anwendung finden.

34 Praxishinweise

Verstößt ein Mietvertrag gegen die Formvorschrift des § 550 BGB, so ist der Mietvertrag jederzeit ordentlich kündbar. **Für jederzeit kündbare Mietverträge** ist die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel in Form einer „**echten Gleitklausel**“ nicht zulässig. Daher ist (wird) bei einem Formverstoß die Wertsicherungsklausel unwirksam.¹⁶ Nach § 8 S. 1 PrKG tritt die Unwirksamkeit zum Zeitpunkt des rechtskräftig festgestellten Verstoßes ein.

Klauseln, nach denen ein Anstieg des Bezugsindex einseitig zu einer Erhöhung führt, die jedoch Ermäßigungen nicht berücksichtigen, „**upwards only**“, beeinträchtigen den Mieter unangemessen und sind daher unwirksam. Sie verstoßen gegen das Verbot der Einseitigkeit.¹⁷

f) Umsatzsteuer

- 35 Die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken ist gem. § 4 Nr. 12 a UStG **grundsätzlich umsatzsteuerfrei**. Nach **§ 9 Abs. 1 und 2 UStG** kann der Vermieter seine Mietein-

14 BGH, Urt. v. 09.05.2012 – XII ZR 79/10; Urt. v. 24.03.2010 – VIII ZR 304/08.

15 BGH, Urt. v. 04.03.2009 – XII ZR 141/07.

16 BGH, Urt. v. 13.11.2013 – XII ZR 142/12.

17 Bub/Treier - Bub, Handbuch der Geschäfts und Wohnraummieta, 4. Aufl. Kap. II Rn. 1301.

künfte **als umsatzsteuerpflichtig behandeln lassen**, sofern die Vermietung **an einen Unternehmer** erfolgt, der das Grundstück ausschließlich für **Umsätze** verwendet, **die den Vorsteuerabzug nicht ausschließen**. Diese Regelung gilt gem. § 27 Abs. 2 UStG für alle Gebäude, mit deren Errichtung nach dem 10.11.1993 begonnen wurde. Der Mieter oder auch Untermieter darf in der Mietsache keine Umsätze erzielen, die den Vorsteuerabzug ausschließen. Daher ist insbesondere Vorsicht geboten bei Vermietung an:

- Banken, § 4 Nr. 8 UStG,
- Versicherungen, § 4 Nr. 10 UStG,
- Ärzte und Heilberufler, § 4 Nr. 14 UStG,
- amtlich anerkannte Verbände der Wohlfahrtspflege, § 4 Nr. 18 UStG,
- kulturelle Einrichtungen, wie Theater, Chöre, Museen und Bibliotheken, § 4 Nr. 20 UStG,
- Schulen und Bildungsanstalten, § 4 Nr. 21 UStG sowie
- ehrenamtliche Träger, § 4 Nr. 26 UStG.

Diese Umsätze sind von der Umsatzsteuer befreit und **schließen den Vorsteuerabzug des Vermieters aus**.

Durch die Ausübung der sog. „**Option zur Steuerpflicht**“ kann der Vermieter von seiner Umsatzsteuerschuld diejenigen Umsatzsteuerbeträge abziehen, die ihm für Lieferungen und sonstige Leistungen im Zusammenhang mit der Mietsache für sein Unternehmen berechnet wurden und die gem. § 14 UStG in den Rechnungen gesondert ausgewiesen sind. Insbesondere, wenn der Vermieter in den letzten 10 Jahren vor Vermietung bei der Errichtung, einer Grundsanierung oder Instandsetzung bzw. Instandhaltung eines Gebäudes oder auch bei dem umsatzpflichtigen Erwerb eines Gebäudes umsatzsteuerpflichtige Leistungen und Lieferungen erhalten hat, wird er ein hohes Interesse an der Ausübung der Umsatzsteueroption haben. Während der Dauer der umsatzsteuerpflichtigen Vermietung kann der Vermieter die Mehrwertsteuern für Reparaturen an der Mietsache im Wege des Vorsteuerabzuges geltend machen und damit wirtschaftlich einsparen. Die Umsatzsteuer stellt für den Vermieter nur einen sog. Durchlaufposten dar. 36

Der Vermieter kann die Umsatzsteuer nur dann zusätzlich zur Miete fordern, wenn dies im Rahmen des Mietvertrages ausdrücklich vorbehalten oder die Zahlung der Miete zzgl. Umsatzsteuer vereinbart ist. Grundsätzlich ist die Umsatzsteuer dann auch auf sämtliche Nebenkosten zu zahlen. Wenn der Vermieter den Mieter zur Zahlung von Umsatzsteuer verpflichtet, dann muss er auch dem Finanzamt gegenüber optieren.¹⁸ 37

Praxishinweise

38

Sofern der Vermieter für die Umsatzsteuerpflicht optieren möchte, gilt: Der Mieter ist im Rahmen des Mietvertrages ausdrücklich zu verpflichten, in der Mietsache nur solche Umsätze zu generieren, die den Vorsteuerabzug nicht ausschließen. Zudem sollte die Verpflichtung geregelt sein, den Vermieter über alle Umstände zu informieren, die sich auf die Zulässigkeit

18 OLG Hamm, Urt. v. 03.09.2003 – 30 U 80/03; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraum-miete, 4. Aufl., Kap. 10, Rn. 111.

der Umsatzsteueroption für den Vermieter auswirken können. Sinnvoll ist ferner die Vereinbarung, dass der Mieter dem Vermieter sämtliche Nachweise vorzulegen hat, die der Vermieter zur Erfüllung seiner Nachweispflicht nach § 9 Abs. 2 UStG benötigt. Der Mieter sollte verpflichtet werden für alle Schäden und Nachteile aufzukommen, die dem Vermieter durch den vom Mieter verursachten Wegfall der Voraussetzungen nach § 9 Abs. 2 UStG entstehen. Empfehlenswert ist es, den Mieter ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass dem Vermieter bei einem Verstoß gegen § 9 Abs. 2 UStG erhebliche Steuernachzahlungen drohen.

Der Vermieter trägt stets das erhebliche und für ihn nicht zu kalkulierende Risiko, dass er alle geltend gemachten Vorsteuern an das Finanzamt nachzahlen muss, wenn sein Mieter mehr als 5 % Umsatz generiert, die den Vorsteuerabzug ausschließen. Bei der 5 % Grenze handelt es sich um die Nichtbeanstandungsgrenze, welche die Finanzverwaltung in UStAE 20109.2 zu § 9 UStG eingeführt hat.¹⁹

12.1.2.6 Betriebskosten und sonstige Nebenkosten

- 39** Der Mieter hat die Betriebskosten nur dann zu tragen, wenn dies im Rahmen des Mietvertrages wirksam vereinbart wurde. In den vergangenen Jahren sind die Betriebs- und sonstigen Nebenkosten erheblich gestiegen und machen im Durchschnitt ca. 30 % der Gesamtmietbelastung aus. Für den Vermieter ist es daher von wesentlicher Bedeutung, dass der Facility Manager die Betriebs- und Nebenkosten möglichst vollständig und wirksam auf den Mieter umlegt. Anderenfalls haben die Parteien einen (Teil-) Inklusivmietvertrag abgeschlossen, d.h. sämtliche Betriebs- und Nebenkosten sind in der vereinbarten Miete enthalten. Dies entspricht der gesetzlichen Regelung in § 535 Abs. 1 BGB. Diese geht davon aus, dass der Vermieter sowohl die öffentlich-rechtlichen als auch die privatrechtlichen Lasten in die Miete einkalkuliert und dem Mieter im Rahmen der einheitlichen Miete berechnet. Aus einer unwirksamen Umlagevereinbarung kann für den Vermieter ein erheblicher Einnahmeschaden entstehen.
- 40** Nach Legaldefinition in § 556 Abs. 1 BGB sind **Betriebskosten** die 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. Für die Aufstellung der Betriebskosten gilt die Betriebskostenverordnung (BetrKV). Nach § 1 Abs. 2 BetrKV sind die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung sowie der Verwaltung keine Betriebskosten. Diese Definition gilt für Wohnraummietverhältnisse, wird aber im Rahmen der Vertragsauslegung von Gewerberaummietverträgen herangezogen.

Der Begriff **Nebenkosten** ist nicht gesetzlich definiert. Im Allgemeinen werden unter Nebenkosten alle regelmäßig wiederkehrenden Zahlungen eines Mieters verstanden, die er neben der Miete zu erbringen hat.²⁰ Die Kosten müssen also in voraussehbaren Abständen immer wieder anfallen. In der Gewerberaummiete ist der Vermieter grundsätzlich frei, welche Betriebs- und Nebenkosten er auf den Mieter umlegt. Es ist grundsätzlich auch die Umlage von Betriebs- und Nebenkosten möglich, die nicht im Katalog des § 2 BetrKV

¹⁹ Bub/Treier – v. Brunn/Jatzek, Handbuch der Geschäfts und Wohnraummiete, 4. Aufl. Kap. III A Rn. 708.

²⁰ Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 11, Rn. 4.

ausdrücklich aufgeführt sind. Einschränkungen können sich für Formularverträge jedoch aus §§ 305 ff. BGB ergeben.

Die Vereinbarung zur Übertragung der Betriebs- und Nebenkosten muss klar und eindeutig geregelt sein, damit der Mieter die auf ihn zukommenden Belastungen erkennen kann. Um das Bestimmtheitserfordernis zu erfüllen, können die Parteien jede Nebenkostenart, die der Mieter tragen soll, einzeln aufführen. In diesem Fall ist die Umlage auf die aufgeführten Nebenkostenarten beschränkt. Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog der Anlage 3 zur II. BV (alt) oder der BetrKV (aktuell) ausreichend.²¹ Zwar ist es nicht erforderlich, dass der Text der BetrKV dem Vertrag als Anlage beigelegt wird, jedoch im Hinblick auf das Transparenzgebot sowie das Schriftformgebot zu empfehlen. Die „**sonstigen Betriebskosten**“ nach § 2 Nr. 17 BetrKV **müssen** in Folge des Bestimmtheitsgrundsatzes **im Einzelnen benannt** sein. 41

Praxishinweise

42

Als sonstige Betriebskosten i.S.v. § 2 Nr. 17 BetrKV kommen u.a. folgende Positionen in Betracht:

Klimaanlagen, Rückstausicherungen, Rauchmelder, Brandmeldeanlagen, Blitzschutzanlagen, Sprinkler- bzw. Sprühwasserlöschanlagen, Trockensteigleitungen, Gasleitungen, Pumpenanlagen, automatische Rollläden, Alarmanlagen, CO₂-Warnanlagen, Ölabscheider, Torschließsysteme und Gemeinschaftseinrichtungen (Schwimmbad, Sauna, Fitnessraum, Hobby-/Partykeller, Sanitäranlagen), Doppelparker, die Kosten der Dachrinnenreinigung und -beheizung, E-Check, Öltankreinigung, Doorman/Concierge, Videoüberwachung, Fassadenreinigung, elektrische Anlagen, Bereitschaftsdienst, Beleuchtung, Abwasserreinigung, Allgemeinstrom, Brandschutz- und Wachsutzkosten, Beschallung/Musikanlagen, Notstromaggregat, Rolltreppen, Druckerhöhungsanlagen, Wassermengenregler, Spielplatz, Untersuchung der Hausinstallation auf Legionellen, Wartung Schließkreis, Parameteranpassung der Heizungsanlage, Klingelanlagen

Verwaltungskosten sind in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV definiert und ausdrücklich **von den Betriebskosten ausgenommen**. Bei den Verwaltungskosten handelt es sich um die Kosten der zur Verwaltung des Gebäudes erforderlichen Arbeitskräfte und Einrichtungen, die Kosten der Aufsicht, den Wert der vom Vermieter persönlich geleisteten Verwaltungsarbeit, die Kosten für die gesetzlichen oder freiwilligen Prüfungen des Jahresabschlusses und die Kosten für die Geschäftsführung. Die Kosten des Facility Managers zählen zu den Verwaltungskosten. Im Bereich der Gewerberaummiete können die Vertragsparteien vereinbaren, dass der Mieter die Verwaltungskosten trägt.²² Eine Klausel, in welcher dem Mieter „die **Verwaltungskosten**“ auferlegt werden, ist hinreichend bestimmt. Eine solche Klausel ist weder überraschend noch verstößt sie gegen das Transparenzgebot. Eine 43

21 BGH, Urt. v. 02.05.2012 – XII ZR 88/10; Urt. v. 08.04.2009 – VIII ZR 128/08; Urt. v. 16.04.2008 – VIII ZR 75/07; Urt. v. 27.06.2007 – VIII ZR 202/06; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 11, Rn. 55.

22 BGH, Urt. v. 10.09.2014 – XII ZR 56/11.

höhenmäßige Begrenzung ist nicht erforderlich.²³ Auch eine Klausel, nach welcher der Mieter die „**Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung**“ zu tragen hat ist wirksam, auch wenn die Klausel keine höhenmäßige Begrenzung der Kosten enthält.²⁴ In Folge dieser Regelung hat der Mieter die Kosten des Facility Managements zu tragen. Regelmäßig unwirksam sind hingegen Formulklauseln, mit welchen die **Kosten des „Center-Managements“** bzw. des „**Center-Managers**“ umgelegt werden, da es dem Begriff „Center-Manager“ an Transparenz fehlt.²⁵ Für eine wirksame Umlage dieser Kosten ist der Umfang der vom Center-Manager auszuübenden Aufgaben zu beschreiben und damit einzugrenzen.

- 44 Ferner gehören **Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten** gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV nicht zu den Betriebskosten. Sie sind definiert als die Kosten, die während der Nutzungsdauer zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstandenen baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen. Nach der gesetzlichen Regelung in § 535 Abs. 1 BGB hat grundsätzlich der Vermieter diese Kosten zu tragen. Für den Vermieter von Gewerberaum ist es möglich und von erheblichem Interesse, dass auch diese Kosten auf den Mieter übertragen werden. Dies ist unter Beachtung der Vorgaben aus aktueller Rechtsprechung möglich.
- 45 Wirksam ist die formularvertragliche Übertragung der Kosten für die „**laufende Instandsetzung im Inneren der Räume**“, weil sie sich auf Schäden erstreckt, die dem **Mietgebrauch** oder der **Risikosphäre des Mieters** zuzuordnen sind.²⁶ Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Mietsache bei Mietbeginn in einem mangelfreien Zustand befunden hat. Nicht vereinbart werden kann hingegen formularvertraglich, dass der Mieter die Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten von den gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne höhenmäßige Beschränkung zu tragen hat.²⁷ Damit würden dem Mieter Kosten übertragen, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind und die nicht in seinen Risikobereich fallen. Daher sind Klauseln, nach welchen der Mieter „sämtliche Nebenkosten des Einkaufszentrums, insbesondere die Kosten des Betriebs, der **Instandhaltung und der Gemeinschaftsanlagen** einschließlich der Verkehrsflächen“²⁸ ohne höhenmäßige Beschränkung anteilig nach einem Flächenschlüssel tragen soll, unwirksam. Die Grenze für eine zulässige Beteiligung des Mieters hat der BGH noch offen gelassen. Im Allgemeinen wird davon ausgegangen, dass **10 % der Jahresnettomiete** noch zulässig ist.²⁹ Unwirksam sind ferner Klauseln, nach welchen der Mieter zur Erhaltung der Mietsache an „**Dach und Fach**“ verpflichtet ist. Sie verstoßen gegen § 307 BGB, weil dem

23 BGH, Urt. v. 10.09.2014 – XII ZR 56/11; Urt. v. 24.02.2010 – XII ZR 69/08.

24 BGH, Urt. v. 09.12.2009 – XII ZR 109/08.

25 BGH, Urt. v. 10.09.2014 – XII ZR 56/11; Urt. v. 26.09.2012 – XII ZR 112/10; Urt. vom Urteil v. 03.08.2011 – XII ZR 205/09; Ingendoh, jurisPR-MietR 5/2013 Anm. 4.

26 BGH, Urt. v. 06.04.2005 – XII ZR 158/01.

27 BGH, Urt. v. 06.04.2005 – XII ZR 158/01.

28 BGH, Urt. v. 06.04.2005 – XII ZR 158/01.

29 Lindner-Figura/Oprée/Stellmann - Hübner, Geschäftsraummiets, 4. Aufl., Kap. 13, Rn. 163; Langenberg Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl. Kap. B IV Rn. 95; Bieber/Ingendoh - Ingendoh § 5 Rn. 22.

Mieter dadurch der weitaus überwiegende Teil der Erhaltungslast übertragen wird. Dies widerspricht dem gesetzlichen Leitbild in § 535 Abs. 1 BGB.³⁰

12.1.2.7 Mietsicherheiten

Der Vermieter hat grundsätzlich ein Interesse daran, für den Sicherungsfall einen schnell und auf einfache Weise zu realisierenden Vermögenswert zu erhalten. Allerdings hat er bei der Vermietung von Gewerberaum keinen gesetzlichen Anspruch darauf, dass ihm der Mieter eine Mietsicherheit stellt. Dazu bedarf es einer **gesonderten Vereinbarung** zwischen den Parteien. Daher muss der Facility Manager darauf achten, dass eine Mietsicherheit vereinbart wird. Im Gewerberaummietrecht können Sicherheitsleistungen nahezu ohne höhenmäßige **Beschränkung** vereinbart werden. Die Grenze stellt die Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB dar. In der Praxis werden überwiegend Barkautionen sowie Bankbürgschaften oder auch anderweitige Bürgschaften vereinbart. Die termingerechte Leistung der vereinbarten Sicherheit kann auch als Bedingung für das Zustandekommen des Mietvertrages vereinbart werden. 46

Zahlt der Mieter die vereinbarte Sicherheit nicht, so kann der Vermieter: 47

- Erfüllung verlangen und die Sicherheit auf dem Klageweg geltend machen,
- ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB geltend machen und die Herausgabe der Gewerberäume so lange verweigern, wie der Mieter die Kautionsleistung nicht geleistet hat oder
- das Mietverhältnis ggf. gem. § 543 Abs. 1 BGB außerordentlich fristlos kündigen.

Der Anspruch des Vermieters auf Stellung der vereinbarten Kautionsleistung **verjährt** gem. §§ 195, 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit Ablauf des dritten Jahres nach Eintritt der Fälligkeit. Der Facility Manager hat auf die Wahrung dieser Ausschlussfrist zu achten. Ein Vermieter ist grds. erst dann berechtigt, die gewährte Sicherheit zu verwerten, wenn der Mieter mit der Erfüllung einer Zahlungspflicht aus dem Mietverhältnis in Verzug gerät. Nach einer berechtigten Verwertung der Sicherheit ist der Mieter gem. § 240 BGB (ggf. in analoger Anwendung) verpflichtet, die Mietkaution **wieder aufzufüllen**. 48

Nach Beendigung des Mietverhältnisses wird der **Anspruch des Mieters auf Rückgewähr** der geleisteten Mietsicherheit fällig. Dem Vermieter steht jedoch eine angemessene Frist zur Prüfung zu, ob ihm Ansprüche zustehen, für welche die Kautionsleistung verwertet werden kann. Die Dauer der Prüfungs- und Überlegungsfrist ist gesetzlich nicht geregelt und bestimmt sich nach dem Einzelfall. Ein Zeitraum **zwischen 3–6 Monaten** wird im Allgemeinen als angemessen erachtet. Für etwaige Forderungen aus zukünftigen **Nebenkostenabrechnungen** kann ein **angemessener Betrag** zurückbehalten werden. Nach § 566a S. 1 BGB haftet ein Vermieter grds. auch dann für die Rückgewähr der Kautionsleistung, wenn er die Mietsache veräußert hat. Es kann jedoch formularvertraglich vereinbart werden, dass Veräußerer von seiner Rückzahlungspflicht befreit wird, wenn die Kautionsleistung insolvenzfest angelegt ist und die Rechte daraus auf den Erwerber übergegangen sind bzw. wenn die Kautionsleistung dem Erwerber ausgehändigt worden ist.³¹

30 BGH, Urt. v. 26.09.2012 – XII ZR 112/10; Urt. v. 06.04.2005 – XII ZR 158/01.

31 Bub/Treier – Bub, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. Kap. II Rn. 1271 f.

12.1.2.8 Betriebspflicht

- 49 Der Vermieter kann dem Mieter die Pflicht auferlegen, die Mieträume während bestimmter Öffnungszeiten zu dem vertraglich vereinbarten Zweck zu betreiben und für Kunden offen zu halten. Gerade in Ladenpassagen und Einkaufszentren ist dies für den Gesamteindruck und den wirtschaftlichen Erfolg des Objekts häufig entscheidend. **Individualvertraglich** ist die Vereinbarung einer Betriebspflicht uneingeschränkt möglich. Auch **formularvertraglich** kann eine Betriebspflicht vereinbart werden. Ein Verstoß gegen § 307 BGB stellt jedoch die Grenze dar. Ein solcher liegt vor, wenn kein sachlicher Grund für die getroffene Regelung mehr ersichtlich ist. Eine Bestimmung, nach der „**das Ladengeschäft während der gesetzlichen Öffnungszeiten betrieben werden muss**“, ist zulässig.³² Im Wege der Auslegung gem. § 305c Abs. 2 BGB ist eine solche Klausel jedoch zu Lasten des Vermieters so auszulegen, dass die **bei Vertragsschluss** geltenden Ladenöffnungszeiten maßgeblich sind.³³

50 Praxishinweise

Für den Fall, dass der Mieter gegen die vereinbarte Betriebspflicht verstößt, sollte eine Vertragsstrafe vereinbart werden. Diese sollte geeignet sein, den Mieter zur Öffnung seines Geschäftes anzuhalten. Als vertretbar gilt eine Vertragsstrafe, die für jeden Tag des Verstoßes gegen die Betriebspflicht der Höhe der Miete für einen Tag entspricht.³⁴

12.1.2.9 Untervermietung

- 51 Mieter haben grundsätzlich ein Interesse daran, die Mietsache umfassend untervermieten zu dürfen, um ihr wirtschaftliches Risiko im Falle eines geschäftlichen Misserfolges reduzieren zu können. Für den Vermieter hingegen ist es von Interesse zu wissen, welche Person die Mietsache zu welchem Zweck nutzt. Beide Interessen bringt § 540 BGB in Einklang. Danach ist der Mieter nicht berechtigt, den Gebrauch der Mietsache ohne die Erlaubnis des Vermieters einem Dritten zu überlassen bzw. sie weiter zu vermieten. Bei Versagung der Erlaubnis ist der Mieter jedoch berechtigt, das Mietverhältnis außerordentlich mit gesetzlicher Frist zu kündigen, wenn nicht in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt. Ohne vertragliche Regelung hat der Mieter somit gegen den Vermieter keinen Anspruch auf die Erteilung einer Erlaubnis zur Untervermietung. Ihm steht lediglich das Sonderkündigungsrecht des § 540 BGB zu, sofern nicht in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Vermieter nach den Umständen des Einzelfalls mit Rücksicht auf die Person des Dritten die Überlassung des Gebrauchs der Mietsache an den Dritten nicht zumutbar ist.
- 52 Formularvertraglich kann das Recht des Mieters zur Untervermietung bzw. sein Sonderkündigungsrecht aus § 540 BGB bei einer Verweigerung der Untervermietung nicht ausgeschlossen werden.³⁵ Individualvertraglich ist ein solcher Ausschluss möglich.

32 BGH, Urt. v. 29.04.1992 – XII ZR 221/90.

33 BGH, Beschl. v. 29.11.2006 – XII ZR 121/04.

34 Lindner-Figura/Oprée/Stellmann - Hübner, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 13, Rn. 123.

35 Bub/Treier – Bub, Handbuch der Geschäfts und Wohnraummiete, 4. Aufl. Kap. II Rn. 1573.

Sowohl der Antrag auf Erlaubniserteilung als auch die Erklärung des Vermieters bedürfen keiner gesetzlich vorgeschriebenen Form. Mietvertraglich können die Parteien jedoch die Einhaltung einer bestimmten Form, wie beispielsweise der Schriftform, vereinbaren. Zur besseren Nachweisbarkeit kann die Vereinbarung der Schriftform im Interesse beider Parteien sein. Die Erlaubnis zur Untervermietung berechtigt den Untermieter zu einer **Nutzung im Rahmen des im Hauptmietvertrages vereinbarten Nutzungszwecks**.³⁶ Der Vermieter kann die Erlaubnis zur Untervermietung (auch formularvertraglich) von der Zahlung eines **Untermietzuschlages** abhängig machen. Im Allgemeinen wird davon ausgegangen, dass ein Zuschlag von bis zu 20 % noch als angemessen anzusehen ist.³⁷ Die erteilte Erlaubnis darf nur widerrufen werden, wenn dies im Mietvertrag bzw. der Untervermieterlaubnis ausdrücklich vorbehalten ist oder ein wichtiger Grund vorliegt. Als solcher gilt beispielsweise jeder Versagungsgrund gem. § 540 BGB.

53

Praxishinweise

54

Grundsätzlich bietet es sich an, bereits im Rahmen des Mietvertrages zu regeln, in welchem Umfang der Mieter zur Untervermietung berechtigt ist. Eine Regelung sollte beinhalten:

- den erlaubten Untervermietungszweck (übl. im Rahmen des Mietzwecks),
- ob der Untermieter ggf. zu einer steuerschädlichen Nutzung berechtigt ist, vgl. Ziff. 5 Lit. f.,
- die Höhe eines etwaigen Untermietzuschlages,
- ob und ggf. unter welchen Bedingungen die erteilte Zustimmung widerrufen werden kann.

Für den Facility Manager ist zu beachten, dass er bei einer **Versagung der Erlaubnis zur Untervermietung unbeabsichtigt das Sonderkündigungsrecht des Mieters gem. § 540 Abs. 1 BGB auslösen** kann. Bei dem Begehren eines Mieters zur Untervermietung kann es sich im Einzelfall um eine vom Mieter **absichtlich gestellte „Falle“** handeln, die den Mieter bei Versagung einseitig berechtigen soll, sich aus einem unerwünschten Mietverhältnis zu lösen.

12.1.2.10 Konkurrenzschutz

Der Facility Manager sollte beachten, dass dem Mieter **auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung ein Konkurrenzschutz** zugute kommt. Dieser vertragsimmanenter Konkurrenzschutz ist eine Ausprägung der Regelung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach der Vermieter verpflichtet ist, dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen. Danach ist der Vermieter gegenüber dem zuerst einziehenden Mieter verpflichtet es zu unterlassen, in dem Mietobjekt selbst oder in einem unmittelbar benachbarten Objekt (auch auf unmittelbar benachbarten Grundstücken) Räumlichkeiten zu einem identischen Mietzweck zu vermieten. Der Konkurrenzschutz besteht also **im Rahmen des vereinbarten Mietzwecks**. Der vertragsimmanente Konkurrenzschutz besteht grundsätzlich nur für Hauptartikel. Für **Einkaufszentren** wird zunehmend davon ausgegangen, dass ein vertragsimmanenter Konkurrenzschutz nicht besteht, weil Einkaufszentren gerade von der Konkurrenzsituation profitieren.³⁸

55

36 Bub/Treier – Bub, Handbuch der Geschäfts und Wohnraummiete, 4. Aufl. Kap. III.A Rn. 2507.

37 Lindner-Figura/Oprée/Stellmann - Hübner, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 18, Rn. 84.

38 Lindner-Figura/Oprée/Stellmann - Hübner, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 14, Rn. 144;

- 56 Neben dem vertragsimmanenten Konkurrenzschutz besteht ein weitergehender Konkurrenzschutz nur dann, wenn er zwischen den Parteien **vertraglich vereinbart** ist. Eine solche konkrete Vereinbarung sollte in der Praxis des Facility Managers die Regel darstellen. Im Rahmen des Mietvertrages kann ein Konkurrenzschutz erweitert oder auch – ggf. formularvertraglich – wirksam **ausgeschlossen** werden. Der Umfang des vertraglich eingeräumten Konkurrenzschutzes ist **präzise zu formulieren**. Im Zweifel gehen Gerichte davon aus, dass die vertragliche Regelung abschließend ist und ein darüber hinausgehender – vertragsimmanenter – Konkurrenzschutz nicht gewollt ist.

57 Praxishinweise

Im Rahmen des mietvertraglich vereinbarten Mietzwecks besteht **auch ohne ausdrückliche Regelung ein vertragsimmanenter Konkurrenzschutz**. Auch aus diesem Grund sollte der Facility Manager den **Mietzweck** möglichst **konkret und eng** vereinbaren. Dafür sollte sich der Facility Manager umfassend mit der Branche des Mieters inklusive der Leistungen und Angebote beschäftigen. Nur so ist eine differenzierte und genaue Beschreibung möglich.

12.1.2.11 Werbekosten und Werbegemeinschaft

- 58 Für den wirtschaftlichen Erfolg von **Einkaufszentren** ist effektive und **einheitliche Werbung** von entscheidender Bedeutung. Daher sollte der Facility Manager sämtliche Mieter wirksam verpflichten, sich einer Werbegemeinschaft anzuschließen. Diese Verpflichtung kann auch formularvertraglich erfolgen. Jedoch ist die Klausel wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, wenn die **Beitragshöhe** nicht bestimmt oder bestimmbar ist. Zumindest muss eine Höchstgrenze festgeschrieben sein.³⁹ Es bietet sich insoweit eine vertragliche Regelung an, welche festlegt, dass der Beitrag in einem bestimmten Verhältnis zur Miete steht und eine Höchstgrenze beinhaltet.

12.1.2.12 Verkehrssicherungspflichten

- 59 Grundsätzlich **trifft den Vermieter** und damit schlussendlich auch den Facility Manager **die Verpflichtung**, im Zusammenhang mit seiner Immobilie alle Maßnahmen zu ergreifen, die eine umsichtige und verständige Person für notwendig und ausreichend hält, um andere Personen vor Schäden zu bewahren (beispielsweise: Räum- und Streupflicht). Die Verkehrssicherungspflichten beziehen sich auf Gefahren, die bei bestimmungsgemäßer oder auch bei - nicht ganz fernliegender - bestimmungswidriger Nutzung der Immobilie drohen. Den **Mieter** treffen lediglich die Verkehrssicherungspflichten, die erst durch den Betrieb seines Gewerbes in den Räumlichkeiten entstehen.
- 60 **Individualvertraglich** ist eine Übertragung der Verkehrssicherungspflichten auf den Mieter möglich. Hierbei ist auf eine konkrete und individuelle vertragliche Regelung zu achten sowie darauf, dass der Mieter die zur Erfüllung erforderliche persönliche und fachliche Eignung besitzt. In diesem Fall trifft den Vermieter bzw. den Facility Manager nur noch die

Hübner, Vertragsimmanenter Konkurrenzschutz im Einkaufszentrum?, ZfR 2015, 781 ff.

39 BGH, Urt. v. 12.07.2006 – XII ZR 39/04.

Pflicht, den Mieter im Hinblick auf die Erfüllung der übertragenen Verkehrssicherungspflicht zu **kontrollieren und** zu überwachen. Ob eine Übertragung auch **formularvertraglich** möglich ist, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden. Möglich dürfte dies für Grundstücke bzw. Gebäude sein, die lediglich an einen Mieter vermietet sind oder wenn sich die Übertragung lediglich auf das Innere der ausschließlich vom Mieter genutzten Räume bezieht.⁴⁰ Gerade bei Immobilien, die von einer Vielzahl an Mietern genutzt werden, dürfte es sich anbieten, die Verkehrssicherungspflichten auf einen **Dienstleister zu übertragen** und die Kosten im Rahmen der **Betriebskosten** auf die Mieter umzulegen. In diesem Fall gibt es einen festen Ansprechpartner für die ordnungsgemäße Erfüllung der Verkehrssicherungspflichten.

12.1.2.13 Bauliche Maßnahmen

Sowohl der Vermieter als auch der Mieter können während der Mietzeit aus verschiedenen Gründen ein Interesse daran haben, die Mietsache baulich zu verändern. Der Vermieter ist nach § 535 Abs. 1 BGB verpflichtet, die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Üblicherweise hat der Vermieter ein Interesse daran, die dazu erforderlichen **Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen** ohne größere zeitliche oder finanzielle Einbußen durchführen zu können. Zudem stellt sich unter Berücksichtigung der zum Teil erheblichen Kosten dieser Baumaßnahmen die Frage, in welchem Umfang die Pflicht zur Durchführung dieser Arbeiten wirksam auf den Mieter übertragen werden können. Der Mieter hingegen hat ein Interesse an überschaubaren Kosten. Zudem möchte er die Mietsache oftmals seinen individuellen Bedürfnissen anpassen.

a) Instandhaltung und Instandsetzung

Der Gewerberaumieter ist nach §§ 555a, § 578 Abs. 2 BGB verpflichtet, Maßnahmen des Vermieters zu dulden, die für die Instandhaltung und Instandsetzung der Mietsache erforderlich sind. Bei **Instandhaltungsmaßnahmen** handelt es sich um alle (auch vorbeugenden) Arbeiten, mit der auftretende Mängel, die auf Abnutzung, Alterung oder sonstige Umwelteinflüsse zurückzuführen sind, vermieden oder behoben werden.⁴¹ Zu diesen Arbeiten zählt insbesondere auch die Wartung und Pflege der Mietsache. **Instandsetzungsmaßnahmen** sind alle Arbeiten, mit denen auftretende Mängel behoben werden.⁴² Zu den Kosten der Instandsetzung zählen die Kosten der Reparatur inklusive der Ersatzbeschaffung von Teilen, die nicht mehr reparabel sind.⁴³ In beiden Fällen muss es sich um Mängel an der Substanz des Mietobjekts handeln. **Individualvertraglich** ist die Übertragung der Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht auf den Mieter bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit möglich, § 138 BGB.

40 Lindner-Figura/Oprée/Stellmann - Hübner, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 14, Rn. 217; Kap. 13 R. 113.

41 BGH, Urt. v. 12.07.2006 – XII ZR 39/04; Urt. v. 06.04.2005 – XII ZR 158/01.

42 BGH, Urt. v. 07.04.2004 – VIII ZR 167/03.

43 BGH, Urt. v. 07.04.2004 – VIII ZR 167/03; Urt. v. 06.04.2005 – XII ZR 158/01.

- 63 Die Verpflichtung zur Durchführung von **Instandhaltungsmaßnahmen** kann auch **formularvertraglich** auf den Mieter übertragen werden. Zu den Einzelheiten vgl. Rn. 45.
- 64 **Instandsetzungsmaßnahmen** können nicht unbeschränkt formularvertraglich auf den Mieter übertragen werden. Eine solche Übertragung ist nach überwiegender Auffassung mit dem gesetzlichen Grundgedanken in § 535 Abs. 1 BGB nicht zu vereinbaren und belastet den Mieter mit einem nicht kalkulierbaren Kostenrisiko. Die Instandsetzung der Mietsache fällt in den originären Bereich des Vermieters. Daher sind Klauseln, nach welchen die Instandhaltung des gesamten Mietobjekts einschließlich der Schönheitsreparaturen oder die Unterhaltung der gesamten Mietsache nach Dach und Fach dem Mieter obliegt, unwirksam. Lediglich Instandsetzungsmaßnahmen im Innenbereich der Mietsache, die durch den Mietgebrauch selbst verursacht wurden, können unbegrenzt auf den Mieter übertragen werden.⁴⁴

b) Modernisierung

- 65 Die Durchführung von **Modernisierungsmaßnahmen** hat der Mieter nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in §§ 555c und 555d BGB, § 578 Abs. 2 BGB zu dulden. Bei welchen baulichen Maßnahmen es sich um Modernisierungsmaßnahmen handelt, hat der Gesetzgeber in § 555b BGB legaldefiniert. Im Wesentlichen handelt es sich um Maßnahmen zur Energieeinsparung, Wassereinsparung, zur Verbesserung des Gebrauchswertes der Wohnsache oder zur Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse sowie zum Schaffen von neuem Wohnraum, vgl. § 555b BGB. Gemäß § 555c BGB sind Modernisierungsmaßnahmen dem Mieter spätestens **drei Monate vor ihrem Beginn in Textform** anzukündigen. Die **Modernisierungsankündigung** muss folgende Angaben enthalten:

- die **Art und den voraussichtlichen Umfang** der Modernisierungsmaßnahme in wesentlichen Zügen
- den **voraussichtlichen Beginn** und die **voraussichtliche Dauer** der Modernisierungsmaßnahme.

Eine modernisierungsbedingte Mieterhöhung nach § 559 BGB hat der Gesetzgeber für den Bereich der Gewerberaumiete nicht vorgesehen, daher dürfte sich die Angabe der zu erwartenden Mieterhöhung erübrigen. Auch wenn der BGH die zum Teil von den Instanzgerichten herangezogenen sehr hohen Anforderungen an den Inhalt einer Modernisierungsankündigung abgesenkt hat⁴⁵, sollten die einzelnen Modernisierungsmaßnahmen so genau wie möglich erläutert werden. Dies gilt insbesondere für Maßnahmen innerhalb der Mietsache. Bei Modernisierungsmaßnahmen zur Einsparung von Primär- oder Endenergie sind die jeweiligen Energiewerte der Bauteile vor und nach der Modernisierung bereits im Rahmen der Modernisierungsankündigung anzugeben. Der Mieter muss anhand der Modernisierungsankündigung überprüfen können, ob es sich bei den beabsichtigten Maßnahmen tatsächlich um Modernisierungsmaßnahmen handelt.

- 66 Erfüllt eine Modernisierungskündigung die gesetzlichen Anforderungen nicht, so ist der Mieter zu einer Duldung dieser Maßnahmen nicht verpflichtet. Besonders problematisch

44 BGH, Urt. v. 26.09.2012 – XII ZR 112/10.

45 BGH, Urt. v. 28.09.2011 – VIII ZR 242/10.

dürfte es für den Vermieter sein, dass der Mieter die Durchführung der Modernisierungsarbeiten bei nicht ordnungsgemäßer Ankündigung ggf. **per einstweiliger Verfügung stoppen** lassen kann, wenn er in Folge der Durchführung der Maßnahmen in seinem Besitzrecht an der Mietsache beeinträchtigt ist. In diesem Fall drohen erhebliche zeitliche Verzögerungen und Mehrkosten für die Maßnahmen.

Praxishinweise

67

Modernisierungsankündigungen sollten vom Facility Manager mit größter Sorgfalt und ggf. mit anwaltlicher Unterstützung erstellt werden, damit zeitliche Verzögerungen und erhebliche Mehrkosten vermieden werden können. Beides droht, wenn eine Modernisierungsankündigung nicht den gesetzlichen Anforderungen genügt und damit formell unwirksam ist. Für die Ankündigung von Modernisierungsmaßnahmen innerhalb der Mietsache gilt folgende **Faustregel**: Würde die Modernisierungsankündigung dem Mieter vorgelesen, dann müsste er in der Lage sein, sich mit geschlossenen Augen vorstellen zu können, wie seine Mietsache nach Durchführung der Modernisierungsmaßnahmen aussehen wird. Bei Maßnahmen zur Einsparung muss der Mieter anhand der angegebenen Werte für den Zustand vor und nach der Modernisierung in der Lage sein überprüfen zu können, ob eine solche Einsparung tatsächlich gegeben ist und es sich damit tatsächlich um Modernisierungsmaßnahmen i.S.d. § 555 b BGB handelt.

Individualvertraglich können die Anforderungen des § 555c BGB im Bereich der Gewerberaumiete abbedungen werden. Die Grenze der Sittenwidrigkeit gem. §§ 138, 242 BGB ist jedoch zu beachten. Auch **formularvertraglich** sind die Anforderungen des § 555c BGB grundsätzlich abdingbar. Jedoch dürfte eine Klausel, nach welcher der Mieter Modernisierungsmaßnahmen jederzeit und ohne Einschränkung zu dulden hat, unwirksam sein. Die Maßnahmen ist eine angemessene Zeit vorher anzukündigen und darf nicht zur Unzeit erfolgen. Ferner darf es dem Mieter nach der Klausel nicht verwehrt sein, sich auf das Vorliegen einer unzumutbaren Härte nach § 307 BGB zu berufen. Nur innerhalb der Grenzen der Angemessenheit darf es dem Vermieter nach einer formularvertraglichen Klausel gestattet sein, die Mietsache zu verändern.⁴⁶

Nach dem Zugang einer Modernisierungsankündigung steht dem Mieter gem. §§ 555e, 578 Abs. 2 BGB ein **Sonderkündigungsrecht** zu.

c) Sonstige Baumaßnahmen durch den Vermieter

Sonstige grundlegend verändernde **Umbaumaßnahmen**, bei denen es sich weder um Erhaltungsmaßnahmen noch um Modernisierungsmaßnahmen handelt, muss ein Mieter **nicht dulden**. Vielmehr hat der Mieter einen vertraglichen Anspruch darauf, dass ihm der Mietbesitz ungestört eingeräumt wird und die Mietsache vom Vermieter in vertragsgemäßem Zustand erhalten wird, § 535 Abs. 1 BGB. Nur im Einzelfall kann sich für den

⁴⁶ Bub/Treier – Kraemer/Schüller, Handbuch der Geschäfts und Wohnraumiete, 4. Aufl. Kap. III.A Rn. 2716.

Mieter aus den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Duldungspflicht nach § 242 BGB ergeben. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn dem Vermieter die Unterlassung der Baumaßnahme oder deren Verschiebung bis zum Ende der Mietzeit ganz ausnahmsweise nicht zugemutet werden kann. Die Voraussetzungen dafür sind allerdings sehr hoch.⁴⁷

d) Baumaßnahmen durch den Mieter

- 71 Ein Mieter ist lediglich zum vertragsgemäßen Gebrauch berechtigt. Davon sind Umbauten nur in sehr engen Grenzen umfasst, vgl. § 538 BGB. Weitergehende Eingriffe, insbesondere **Eingriffe in die bauliche Substanz**, müssen vom Vermieter genehmigt sein. In engen Grenzen kann ein Vermieter nach Treu und Glauben verpflichtet sein, einen Umbau zu genehmigen, wenn der Mieter ein erhebliches Interesse an der baulichen Änderung hat und keine schutzwürdigen Belange des Vermieters entgegenstehen.

72 Praxishinweise

Soweit möglich, sollte bereits im Rahmen des Mietvertrages detailliert geregelt werden, zu welchen konkreten Umbaumaßnahmen der Mieter berechtigt ist, wer die **Kosten** für die Umbaumaßnahmen trägt und ob der Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses zum **Rückbau** verpflichtet sein soll. Hat der Vermieter ein Interesse daran, dass die Umbaumaßnahmen des Mieters nach Beendigung des Mietverhältnisses verbleiben, so sollte geregelt werden, in welchem Umfang er dem Mieter zur Zahlung einer **Ausgleichszahlung** verpflichtet ist. In Betracht kommt eine Regelung, welche die Dauer des Mietverhältnisses berücksichtigt. So lassen sich bei Beendigung des Mietverhältnisses Streitigkeiten über den **Umfang der Rückbauverpflichtung** des Mieters sowie etwaige Ausgleichs- bzw. Entschädigungszahlungen des Mieters oder Vermieters vermeiden.

Die Erlaubnis von solchen Umbaumaßnahmen, die alleine dem Interesse des Mieters dienen, sollte von der Leistung einer **Sicherheitsleistung** durch den Mieter abhängig gemacht werden, damit die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes bei Vertragsende sichergestellt ist.

12.1.2.14 Schönheitsreparaturen

- 73 Die Durchführung der Schönheitsreparaturen gehört nach dem gesetzlichen Leitbild in § 535 Abs. 1 BGB zu der Erhaltungspflicht des Vermieters. Diese Verpflichtung kann durch **Individualvereinbarung** sowie (mit den nachfolgend geschilderten Einschränkungen) **formularvertraglich** auf den Mieter übertragen werden.
- 74 Der Begriff Schönheitsreparaturen ist in **§ 28 Abs. 4 Satz 3 der Zweiten Berechnungsverordnung (II. BV)** definiert. Danach umfassen Schönheitsreparaturen nur **das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von Innen**.

⁴⁷ Bub/Treier – Kraemer/Schüller, Handbuch der Geschäfts und Wohnraummiete, 4. Aufl. Kap. III.A Rn. 2717.

Für **renoviert übergebene Räume** hielt der BGH bisher Klauseln wie: „**Der Mieter trägt die Schönheitsreparaturen.**“ oder „**Der Mieter hat die Kosten der Schönheitsreparaturen zu tragen.**“ für wirksam.⁴⁸ Zu beachten ist aber die neue Rechtsprechung der ZK 67 des LG Berlin für Wohnraum, nach welcher die Übertragung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter durch Formularvertrag grundsätzlich unwirksam sein soll.⁴⁹ Zur Begründung führt das LG Berlin aus, dass eine uneingeschränkte Vornahmeklausel zum Nachteil des Mieters von der Regelung in § 536 Abs. 1 – 3 BGB abweicht und damit für den Bereich der Wohnraummiete nach § 536 Abs. 4 BGB zwingend unwirksam ist. Die vom LG Berlin ausdrücklich zugelassene Revision wurde nicht eingelegt. Damit bleibt unklar, wie der BGH dies beurteilt. Da zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen gem. § 536 Abs. 4 BGB jedoch nur für Mietverhältnisse über Wohnraum unwirksam sind, dürfte die Übertragung der Schönheitsreparaturen für den Bereich der Gewerberaumiete weiterhin möglich sein.

Für Wohnungen, die **unrenoviert** an den Mieter übergeben worden sind, hat der **Senat** des BGH seine bisherige **Rechtsprechung erheblich verändert**. Schönheitsreparaturen können danach nicht mehr formularvertraglich auf den Mieter übertragen werden, wenn die Wohnung **unrenoviert** an den Mieter übergeben worden ist und der Mieter dafür **keinen angemessenen Ausgleich** erhalten hat. Der Mieter darf nicht verpflichtet werden, Gebrauchsspuren des Vormieters zu beseitigen oder die Wohnung ggf. sogar in einem besseren Zustand zurückzugeben, als er sie erhalten hat. Für die Abgrenzung, ob eine Wohnung bei der Überlassung an den Mieter renoviert oder unrenoviert ist, kommt es darauf an, ob etwaig vorhandene Gebrauchsspuren so unerheblich sind, dass die Mieträume im Zeitpunkt der Überlassung den Gesamteindruck einer renovierten Wohnung vermitteln. Dies ist eine Frage des Einzelfalls.⁵⁰

Auch **Quotenabgeltungsklauseln** sind nach geänderter Auffassung des BGH unwirksam. Für den Mieter ergibt sich eine unangemessene Benachteiligung daraus, dass er den auf ihn entfallenden Kostenanteil nicht verlässlich ermitteln kann. Zudem ist für den Mieter bei Vertragsschluss nicht klar, welche Belastung auf ihn zukommen kann.⁵¹ Dies gilt auch für renoviert überlassene Wohnungen

Im Wesentlichen war die **Rechtsprechung zur Übertragung von Schönheitsreparaturen** auf Mieter **für die Bereiche der Wohnraummiete und Gewerberaumiete** in der Vergangenheit **gleichlaufend**. Weil die tragenden Erwägungen auch bei den zuvor genannten Entscheidungen **gleichfalls für Formularverträge über Gewerberäume** überzeugend sind, ist davon auszugehen, dass sie auf Mietverträge über Gewerberaum zu übertragen sind. Ist die Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen dem Mieter auferlegt, so handelt es sich dabei um eine einheitliche und nicht in Einzelmaßnahmen aufspaltbare Rechtspflicht. Daher hat die Unwirksamkeit eines Einzelaspekts der Schönheitsreparaturklausel deren gesamte Unwirksamkeit zur Folge.⁵²

48 BGH, Urt. v. 14.07.2004 – VIII ZR 339/03.

49 LG Berlin, Urt. v. 09.03.2017 – 67 S 7/717.

50 BGH, Urteil v. 18.03.2015 – VIII ZR 185/14.

51 BGH, Urt. v. 18.03.2015 – VIII ZR 185/14; – VIII ZR 242/13, – VIII ZR 21/13.

52 BGH, Urt. v. 18.03.2015 – VIII ZR 21/13.

- 78 Aktuell wird diskutiert, ob sich der Vermieter durch sog. **Freizeichnungsklauseln** von der Verpflichtung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen freizeichnen kann. Mit Freizeichnungsklauseln wird geregelt, dass der Vermieter die Durchführung von Schönheitsreparaturen nicht schuldet. Dadurch soll vermieden werden, dass der Mieter gegen den Vermieter während der Vertragslaufzeit einen Anspruch darauf hat, dass dieser Schönheitsreparaturen durchführt. Nach einer zahlenmäßig häufig vertretenen Auffassung sind solche Klauseln, wenn sie transparent formuliert sind, grundsätzlich wirksam.⁵³ Es gibt aber auch gewichtige Gegenstimmen, die derartige Klauseln grundsätzlich für unwirksam erachten.⁵⁴ Gesicherte Rechtsprechung gibt es insoweit nicht.

79 Praxishinweise

Die Schönheitsreparaturen sind sowohl für den Vermieter als auch für den Mieter Teil der Mietkalkulation. Unter Berücksichtigung der erheblichen Rechtsprechungsänderungen des BGH zu Gunsten der Mieter kann nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden, ob heute noch für wirksam erachtete Schönheitsreparaturklauseln auch in der Zukunft für den Vermieter belastbar sein werden. Weil derartige Klauseln erst in der Zukunft relevant werden, schwebt dieses z.T. sehr erhebliche Kostenrisiko wie ein Damoklesschwert über dem Mietverhältnis. Den derzeit bestehenden rechtlichen Unsicherheiten kann der Facility Manager auf zwei Wegen begegnen:

- Die Vereinbarung der Übertragung von Schönheitsreparaturen erfolgt nicht durch Formularvertrag, sondern durch **Individualvereinbarung**. Hier sind die hohen Anforderungen an Individualvereinbarung zu beachten. Zudem ist sicherzustellen, dass der Facility Manager das Erfüllen dieser Anforderungen – wie beispielsweise das individuelle Aushandeln – nachweisbar dokumentiert. Etwaiger E-Mail Verkehr sollte sorgsam zur Akte genommen und aufbewahrt werden.
- Der Vermieter preist von Beginn an die Kosten für die Durchführung der Schönheitsreparaturen in die vom Mieter geschuldete Miete mit ein. Weil der Vermieter von Gewerberaum (noch) keiner Mietpreisbremse unterliegt, kann es dafür – je nach Lage des Mietobjekts – einen Verhandlungsspielraum geben.

12.1.2.15 Unterzeichnung des Mietvertrages, Anlagen, Mitwirkung des Facility Managers

- 80 Zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB ist der Mietvertrag von beiden Vertragsparteien zu unterzeichnen. Die **Unterschrift** muss auf **derselben Urkunde** erfolgen, § 126 BGB. Diese Urkunde muss alle wesentlichen, der Schriftform unterliegenden, Vereinbarungen und Nebenabreden enthalten. Seit der „Auflockerungsrechtsprechung“ des BGH müssen die einzelnen Seiten des Mietvertrages nicht mehr körperlich fest miteinander verbunden sein. Es genügt, wenn sich die **Einheit aus fortlaufender Paginierung, fortlaufender Nummerierung der einzelnen Bestimmungen, einheitlicher grafischer Gestaltung und dem inhaltlichen Zusammenhang des Textes oder vergleichbaren äußeren**

53 Arzt NZM 2015, 801; Lehmann-Richter WuM 2016, 529; Streyl NZM 2017, 346.

54 Graf v. Westphalen, Vortrag auf dem Mietgerichtstag 2017, abrufbar unter: www.mietgerichtstag.de.

Merkmale zweifelsfrei ergibt.⁵⁵ Gibt es mehrere Vertragsexemplare für den Vermieter, den Mieter, den Facility Manager usw., so genügt es, wenn nur eine Mietvertragsurkunde die Schriftform wahrt.

Damit auch die **Anlagen** (wie beispielsweise der Grundriss mit Lagebeschreibung der Mietsache) das Schriftformerfordernis wahren, ist es erforderlich, dass im Rahmen des Mietvertrages **auf die Anlagen Bezug genommen** wird und diese so genau bezeichnet sind, dass die Zusammengehörigkeit zwischen Mietvertrag und Anlagen zweifelsfrei feststeht.⁵⁶ Wird eine Anlage erst nachträglich erstellt, so muss diese im Wege eines förmlichen Nachtrages zum Bestandteil des Mietvertrages erklärt werden (vgl. Rn. 87).

Praxishinweise

Der Facility Manager sollte jedes Risiko einer vorzeitigen Kündbarkeit des Mietvertrages in Folge eines Formverstößes ausschließen. Daher empfiehlt es sich weiterhin, zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung alle Seiten des Mietvertrages nebst Anlagen zu einer **festen körperlichen Einheit zu verbinden**. Dazu bietet es sich an, die Seiten wie einen notariellen Vertrag zusammenzuösen und mit einer Schnur zu verbinden. Notfalls können die Seiten auch mit einem Tacker verbunden werden. Umfangreiche Verträge können mit Hilfe einer Notarschnur miteinander verbunden werden.

In der Praxis werden Mietverträge häufig **unter Abwesenden** geschlossen. Damit der Schwebezustand zwischen Abgabe eines Mietvertragsangebotes und der Annahme nicht zu lange andauert, regelt § 147 Abs. 2 BGB, dass ein Angebot unter Abwesenden nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden kann, zu dem der Anbietende mit dem Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen rechnen darf. Nach Ablauf dieser Zeitspanne ist der Anbietende nicht mehr an sein Angebot gebunden. Eine verspätete Annahme stellt gem. § 150 Abs. 1 BGB ein neues Angebot dar. Weil in § 147 Abs. 2 BGB keine konkrete Frist normiert ist, gab es eine Vielzahl an obergerichtlicher Rechtsprechung, nach welcher die **Annahme des Angebots** regelmäßig spätestens innerhalb von zwei bis drei Wochen erklärt werden muss. Der BGH hat diese Rechtsprechung aktuell bestätigt.⁵⁷ Danach steht die Bewertung der genauen **Zeitspanne** zwar in tatrichterlichem Ermessen, sie bewegt sich jedoch regelmäßig **zwischen zwei und drei Wochen**. Für den Beginn der Annahmefrist ist die Abgabe des Angebotes, d.h. die Versendung der einseitig unterschriebenen Mietvertragsexemplare maßgeblich.

Der Facility Manager kann vom Vermieter **bevollmächtigt** sein, in seinem Namen den Mietvertrag abzuschließen, §§ 164 ff. BGB. In diesem Fall gebietet das **Offenkundigkeitsprinzip**, dass der Facility Manager für den Mieter erkennbar macht, dass er für und im Namen des Vermieters handelt. Anderenfalls wirkt sein Handeln gem. § 164 Abs. 2 BGB für ihn selbst, d.h. er wird selbst zur Vertragspartei. Jeder **Nichtberechtigte**, der im **eigenen Namen als Vermieter** einen Mietvertrag schließt, wird **Vermieter**. Der Facility Manager

⁵⁵ BGH, Urt. v. 07.05.2008 – XII ZR 69/06.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 20.04.2005 – XII ZR 29/02; Urt. v. 18.12.2002 – XII ZR 253/01.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 24.02.2016 – XII ZR 5/15.

muss den Vermieter auch im Falle einer Bevollmächtigung benennen und klarstellen, dass er nicht selbst Vertragspartei werden soll.

12.2 Übergabe der Mietsache

85 Der Vermieter bzw. der Facility Manager hat die Mietsache an den Mieter zum vertraglich vereinbarten Termin zu übergeben. Dazu hat er dem Mieter u.a. sämtliche Schlüssel der Mietsache zu übergeben. Bei Übergabe der Mieträume sollte der Facility Manager ein Übergabeprotokoll erstellen, in welchem der Zustand der Mietsache, etwaige Mängel sowie die Zählerstände festgehalten sind. Das Übergabeprotokoll erleichtert im Streitfall die Beweisführung, ob bestimmte Mängel/Schäden bereits bei Vertragsschluss vorhanden waren. Derartige Fragen stellen sich insbesondere:

- wenn die Parteien darüber streiten, ob ein zur Minderung bzw. Schadensersatz berechtigender Mangel der Mietsache vorliegt oder
- ob der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Beseitigung bestimmter Schäden oder Umbauten vom Mieter verlangen kann.

86 Praxishinweise

Bei Übergabe der Mietsache sollte der Facility Manager zwingend ein Übergabeprotokoll erstellen. Das Protokoll ist nur dann geeignet seinen vorrangigen Zweck als Beweismittel zu erfüllen, wenn es den Übergabezustand nicht nur pauschal, sondern **möglichst detailliert** beschreibt. Die zusätzliche Erstellung einer **Fotodokumentation** kann sinnvoll sein.

Keinesfalls sollten in das **Übergabeprotokoll** (vergessene) mietvertragliche Regelungen aufgenommen werden, die zudem schlimmstenfalls auch noch den Regelungen des Mietvertrages widersprechen. Derartige Regelungen führen in der Regel zu einem Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 550 BGB.

12.3 Nachtrag zum Mietvertrag

87 Ein Nachtrag zum Mietvertrag muss die Schriftform des § 550 BGB ebenso einhalten, wie der Ursprungsvertrag, wenn er wesentliche Änderungen des Mietvertrages enthält. Für den Facility Manager empfiehlt es sich dringend, jede Änderung als wesentliche Änderung behandeln, weil die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vertragsänderungen nicht immer zweifelsfrei ist. Jeder Nachtrag ist somit gem. § 126 BGB schriftlich zu verfassen und von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben. Es empfiehlt sich, die einzelnen Seiten des jeweiligen Nachtrages nebst Anlagen körperlich fest miteinander zu verbinden (vgl. Rn. 81 f.). Zudem ist es zur Wahrung der Schriftform zwingend erforderlich, dass jeder Nachtrag sowohl auf den Ursprungsmietvertrag als auch auf jeden

einzelnen vorherigen Nachtrag Bezug nimmt. Es bietet sich an, die einzelnen Nachträge zu nummerieren. Zudem sollte im Rahmen des Nachtrages vereinbart werden, dass es im Übrigen bei den bisherigen – formwirksam getroffenen – Regelungen verbleibt. Ein **formunwirksamer Nachtrag „infiziert“** sämtliche vorausgegangenen Vereinbarungen, sodass der **gesamte Mietvertrag als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen** gilt, § 550 BGB. Damit kann auch ein ursprünglich formwirksam abgeschlossener Mietvertrag unter Einhaltung der Frist des § 580a BGB ordentlich gekündigt werden.

12.4 Mietminderung

Der Vermieter ist gem. § 535 Abs. 1 BGB verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Er hat die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Soweit die Mietsache mit einem Mangel behaftet ist, die ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, ist der Mieter gem. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB für die Zeit, in der die **Tauglichkeit aufgehoben** ist, von der Entrichtung der Miete befreit. Für die Zeit, während der die **Tauglichkeit mehr als unerheblich gemindert** ist, hat der Mieter gem. § 536 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB nur eine herabgesetzte Miete zu entrichten. Dies gilt entsprechend, wenn der Mietsache eine **zugesicherte Eigenschaft fehlt** oder diese **später wegfällt** sowie wenn dem Mieter der **vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache** durch das Recht eines Dritten **ganz oder zum Teil entzogen** wird, § 536 Abs. 2 und 3 BGB. Ein Mangel liegt vor, wenn die „Ist-Beschaffenheit“ der Mietsache nachteilig von der im Rahmen des Mietvertrages vereinbarten „Soll-Beschaffenheit“ abweicht und die Abweichung ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert. Die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch ist nur dann unerheblich gemindert, wenn sie bei objektiver Betrachtungsweise nicht spürbar ins Gewicht fällt.⁵⁸

Sind die objektiven Voraussetzungen der Mietminderung erfüllt, tritt diese kraft Gesetz automatisch ein. Auf eine subjektive Beeinträchtigung des Mieters kommt es nicht an. Die Minderung betrifft „die Miete“, d.h. nicht allein die Nettokaltmiete, sondern **die Bruttomiete inkl. Betriebs- und Nebenkosten**. Gemäß § 536c Abs. 1 BGB ist der Mieter aber verpflichtet, dem Vermieter den **Mangel unverzüglich anzuzeigen**. Unterlässt der Mieter die Anzeige, so ist er dem Vermieter zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Ist der Vermieter in Folge der unterlassenen Mängelanzeige daran gehindert, den Mangel zu beseitigen, ist der Mieter gem. § 536c Abs. 2 BGB nicht berechtigt sein Minderungsrecht aus § 536 BGB geltend zu machen. Der **Mieter verliert** also sein **Minderungsrecht**.

Hat ein Mieter die Miete trotz Minderung weiterhin in voller Höhe gezahlt, kann er die überzahlte Miete nach § 812 BGB zurückfordern, soweit der Anspruch nicht nach § 195 BGB verjährt oder Verwirkung eingetreten ist. Von einer Verwirkung ist nur im Einzelfall

⁵⁸ Schmidt-Futterer/Eisenschmidt, 12. Aufl. 2015, § 536 BGB Rn. 11.

auszugehen, wenn der Vermieter in Folge besonderer Umstände davon ausgehen durfte, dass der Mieter aus den Mängeln keine Rechte mehr herleiten werde.⁵⁹ Ein Minderungsrecht besteht ferner dann nicht, wenn dem Mieter der Mangel bei Vertragsschluss bekannt war bzw. in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist und er die Mietsache in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos entgegengenommen hat.

- 90** Eine vollständige **Minderung der Miete zu 100 %** kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn auch die Gebrauchsfähigkeit der Mietsache vollständig aufgehoben ist. Daher wird die Miete bei Vorliegen von Mietmängeln **in der Regel nur herabgesetzt** sein.

Die jeweilige Höhe der Mietminderung ist nach den **Gesamtumständen des jeweiligen Einzelfalls** anhand der nachfolgend benannten Kriterien zu bewerten:

- wie stark wirkt sich der Mangel auf den Mietgebrauch aus,
- Häufigkeit und Dauer,
- in welchem Umfang ist die Gesamtmietfläche betroffen,
- ist die Beeinträchtigung abhängig von der Jahreszeit (z.B. bei Mängeln der Heizungsanlage) oder
- welche Qualität der Mietsache kann der Mieter unter Berücksichtigung der Miethöhe erwarten.

Bei der Ermittlung der Minderungsquote kommt der richterlichen Schätzung gem. § 287 ZPO große Bedeutung zu. Zur Höhe von angemessenen Mietminderungen gibt es eine nahezu unüberschaubare Anzahl an gerichtlichen Urteilen. Eine ausführliche Übersicht befindet sich in dem Werk: Mietminderungstabelle, Entscheidungssammlung in Tabellenform.⁶⁰ Im Rahmen dieser Darstellung kann lediglich ein grober Überblick zur Orientierung gegeben werden.

- 91** Ein zur Minderung berechtigender **Substanzmangel** liegt vor:

- bei Gefahr durch **Asbestkontamination** der Mieträume: Minderungsquote **50 %**⁶¹,
- bei **Abweichen der tatsächlichen Mietfläche von der vertraglich vereinbarten Mietfläche um mehr als 10 %**: grundsätzlich **entsprechend der prozentualen Flächenunterschreitung**; sind von der Flächenunterschreitung jedoch nur Nebenräume betroffen, so muss eine angemessene Herabsetzung der Miete den geringeren Gebrauchswert dieser Räume in Rechnung stellen⁶²,
- wenn die Temperaturen bei einer Kaffee- und Bierbar in den Wintermonaten regelmäßig deutlich unter 20 Grad liegen: Minderungsquote **35 %**⁶³,
- bei einem Bleigehalt von 0,23 mg im Trinkwasser von Büro- und Lagerräumen: Minderungsquote **5 %**⁶⁴,

59 BGH, Urt. v. 17.11.2010 – XII ZR 124/09; Urt. v. 13.10.2010 – XII ZR 129/09.

60 Börstinghaus, Mietminderungstabelle, Entscheidungssammlung in Tabellenform, 4. Aufl. 2017.

61 OLG Hamm, Urt. v. 13.02.2002 – 30 U 20/01.

62 BGH, Urt. v. 18.07.2012 – XII ZR 97/09.

63 KG, Urt. v. 11.03.2002 – 8 U 9211/00.

64 OLG Köln, Urt. v. 30.04.1991 – 22 U 277/90.

- **Schimmelpilz** stellt in Gewerberäumen nur dann einen Mangel dar, wenn eine Gesundheitsgefahr für alle Nutzer bzw. einzelne Gruppen von ihnen durch toxinbildende Pilzstämme vorliegen⁶⁵,
- bei überstarkem **Sonneneinfall** durch die Fensterflächen in gemieteten Büroräumen, der zu einer erheblichen Überschreitung der Raumlufttemperatur während mehrerer Monate führt und die Arbeitsbedingungen in den Räumen unzuträglich beeinträchtigt⁶⁶,
- bei einer unzureichend vermauerten Wandöffnung, die den Einbruch in ein vermietetes Ladenlokal erleichtert⁶⁷,
- die Nichteinhaltung technischer Normen, wie beispielsweise der **DIN-Normen**, kann eine zur Minderung berechtigende Gebrauchsbeeinträchtigung indizieren⁶⁸.

Ein zur Minderung berechtigender **Umweltmangel** liegt vor, wenn:

92

- die **Lichtverhältnisse** in gewerblich genutzten Räumen durch die Nachbarbebauung stärker beeinträchtigt werden, als es bei der Einhaltung von öffentlich-rechtlichen Normen zulässig ist⁶⁹,
- **Gehwegsarbeiten** vor einem Ladengeschäft stattfinden: Minderungsquote **15 %**⁷⁰,
- über Jahre hinweg der **Zugang zum Ladenlokal** in Folge umfangreicher Erdaushubarbeiten nur über Bretterstege möglich ist⁷¹,
- das mietvertraglich vereinbarte intakte Umfeld (ausreichende Zugänge, Einbindung in eine funktionierende Infrastruktur, attraktives Erscheinungsbild) fehlt, sodass die Nutzung objektiv erschwert wird und wirtschaftliche Nachteile zur Folge hat⁷².

Öffentlich-rechtliche Beschränkungen, die zu einer Minderung berechtigen liegen vor, wenn

93

- sie auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben⁷³,
- die zuständige Behörde die **Nutzung** der Mietsache **per Bescheid rechtswirksam untersagt** hat; die anlässlich einer Anhörung erfolgte Mitteilung, dass die beantragte Nutzungsänderung nicht genehmigungsfähig sei, vermag allein keinen Mangel zu begründen⁷⁴. Hat die zuständige Behörde die Nutzung noch nicht rechtswirksam und unanfechtbar untersagt, so kann nur im Einzelfall ein Sachmangel darin gesehen werden, dass eine langwährende Unsicherheit über die Zulässigkeit der behördlichen Nut-

65 KG, Urt. v. 26.02.2004 – 12 U 1493/00.

66 OLG Köln, Urt. v. 28.10.1991 – 2 U 185/90.

67 BGH, Urt. v. 07.06.2006 – XII ZR 34/04.

68 BGH, Urt. v. 07.07.2010 – VIII ZR 85/09 (Nichteinhaltung der DIN-Normen für Schallschutz für den Bereich der Wohnraummiete).

69 OLG Hamm, Urt. v. 22.06.1982 – 7 U 13/81.

70 LG Berlin, Urt. v. 13.02.2003 – 67 S 277/02.

71 OLG Dresden, Urt. v. 18.12.1998 – 5 U 1774/98.

72 BGH, Urt. v. 17.10.2003 – V ZR 84/02.

73 BGH, Urt. v. 13.07.2011 – XII ZR 189/09.

74 BGH, Urt. v. 20.11.2013 – XII ZR 77/12.

zungsuntersagung die begründete Besorgnis bewirkt, dass das Grundstück nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch genutzt werden kann.⁷⁵

- die Mietsache als Kaufhaus vermietet wurde und aufgrund der **Warenhausverordnung** nicht als Verkaufsraum genutzt werden kann⁷⁶,
- für **Wohnräume**, die **ohne Genehmigung der Nutzungsänderung als Gewerberäume** vermietet worden sind, die Gefahr besteht, dass eine Nutzungsuntersagung ausgesprochen wird: Minderungsquote **10 %**⁷⁷,
- **brandschutzmäßige Beanstandungen** der Behörde vorliegen, die zur Versagung einer Gaststättenerlaubnis führen und die nicht ohne weiteres behebbar sind⁷⁸,
- infolge behördlicher Auflagen ein Bistro wegen fehlendem **Schallschutz** in gemieteten Räumen nicht mehr nach 22:00 Uhr betrieben werden darf: Minderungsquote **50 %**⁷⁹.

- 94 Auch für die Zeit, während der einer Mietsache eine **zugesicherte Eigenschaft fehlt**, hat der Mieter gem. § 536 Abs. 1 und 2 BGB nur eine herabgesetzte Miete zu entrichten. Um eine zugesicherte Eigenschaft handelt es sich, wenn der Vermieter bindend erklärt hat, für diese Beschaffenheit auch ohne Verschulden einzustehen und Schadensersatz leisten zu wollen.⁸⁰ Eine bloße Festlegung der vom Vermieter geschuldeten Beschaffenheit der Mietsache reicht somit nicht aus. Die Zusicherung bedarf zudem der Form, die auch für den Mietvertrag gilt. Gegenstand der Zusicherung können lediglich **Eigenschaften der Mietsache** sein, d.h. sie müssen ihren Grund in der Beschaffenheit der Mietsache selbst haben, von dieser ausgehen, dieser für eine gewisse Dauer anhaften und nicht lediglich durch Heranziehung von Umständen in Erscheinung treten, die außerhalb der Mietsache liegen.⁸¹ So handelt es sich bei der Vollvermietung eines Einkaufszentrums nicht um eine Eigenschaft eines an den Mieter vermieteten Ladenlokals. Auch die Frage ob und in welchem Umfang potentielle Kunden ein Einkaufszentrum besuchen und damit letztlich zu einem **wirtschaftlichen Erfolg** beitragen, beurteilt sich anhand von Umständen die außerhalb der Mietsache liegen und ihre Ursache nicht in ihrer Beschaffenheit haben.⁸² Das Erzielen von bestimmten Umsätzen fällt grundsätzlich in den Risikobereich des Mieters, einer etwaigen Schätzung von Seiten des Vermieters dürfte grundsätzlich die für eine Eigenschaft notwendige Tatsachengrundlage fehlen.

75 BGH, Urt. v. 20.11.2013 – XII ZR 77/12; Urt. v. 24.10.2007 – XII ZR 24/06; Urt. v. 23.09.1992 – XII ZR 44/91.

76 BGH, Urt. v. 28.11.1979 – VIII ZR 302/78.

77 OLG Hamburg, Urt. v. 27.03.1996 – 4 U 169/95.

78 OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.01.1993 – 10 U 90/92.

79 KG, Urt. v. 10.09.2001 – 8 U 2489/00.

80 BGH, Urt. v. 30.11.1990 – V ZR 91/89.

81 BGH, Urt. v. 16.02.2000 – XII ZR 279/97.

82 BGH, Urt. v. 16.02.2000 – XII ZR 279/97.

Praxishinweise

95

Der Facility Manager sollte in Bezug auf **mögliche Umsätze** gegenüber einem Mietinteressenten **keinerlei spekulativen Einschätzungen** abgeben, damit der Vermieter nicht im Zweifelsfall wegen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft haftet. Damit könnte sich der Facility Manager gegenüber dem Vermieter schadensersatzpflichtig machen. Ob es sich bei einer Eigenschaft um eine zugesicherte Eigenschaft handelt, ist regelmäßig anhand des einzelnen Mietvertrages zu entscheiden. In der Praxis sind Gerichte bei der Annahme einer zugesicherten Eigenschaft eher zurückhaltend.

Schließlich steht dem Mieter ein Minderungsrecht gem. § 536 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 und 2 BGB zu, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache **durch das Recht eines Dritten** ganz oder zum Teil entzogen wird, d.h. ein **Rechtsmangel** vorliegt. Rechte eines Dritten im Sinne des § 536 Abs. 3 sind beispielsweise Eigentum, Erbbaurechte, Nießbrauch, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten sowie auch Besitz oder Räumungs- und Herausgabeansprüche. Um einen klassischen Rechtsmangel handelt es sich bei der sog. **Doppelvermietung**, d.h. der Vermieter bzw. der Facility Manager hat die Mietsache an mehr als einen Mieter vermietet. In einem solchen Fall wird regelmäßig nur der Mieter geschützt, der die Mietsache zeitlich als erster bezogen hat. Alle weiteren Mieter sind von der Entrichtung der Miete befreit, können Schadensersatzansprüche gem. § 536a BGB geltend machen und das Mietverhältnis gem. § 543 BGB außerordentlich fristlos kündigen. 96

Der Mieter trägt die **Beweislast** für die von ihm behaupteten Mängel. Nach der sog. **Symptomrechtsprechung** des BGH genügt der Mieter seiner Darlegungslast schon mit der Darlegung eines konkreten Sachmangels, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt. Das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung oder einen bestimmten Minderungsbetrag braucht er hingegen nicht vorzutragen. Von ihm ist auch nicht zu fordern, dass er über eine hinreichend genaue Beschreibung der Mangelerscheinungen („Mangelsymptome“) hinaus die – ihm häufig nicht bekannte – Ursache dieser Symptome bezeichnet.⁸³ Kann der Vermieter dann beweisen, dass die Ursache des Mangels nicht aus seinem Pflichten- und Verantwortungsbereich stammt, sondern aus dem Herrschafts- und Obhutsbereich des Mieters, so muss der Mieter nachweisen, dass er den Mangel nicht zu vertreten hat.⁸⁴ 97

Im Bereich der Gewerberaummiete handelt es sich bei dem **Minderungsrecht** aus § 536 BGB nicht um zwingendes Recht, vgl. § 536 Abs. 4 BGB. **Individualvertraglich** können die Minderungsrechte bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB, Arglist gem. § 536 c BGB sowie Treu und Glauben gem. § 242 BGB **ausgeschlossen oder beschränkt** werden. **Formularvertraglich** ist es hingegen nicht möglich, Minderungsrechte vollständig auszuschließen.⁸⁵ Das Recht des Mieters kann jedoch dahingehend **beschränkt** werden, dass er die Miete zunächst trotz eines Mangels vollständig zu zahlen hat und erst im 98

83 BGH, Urt. v. 27.07.2016 – XII ZR 59/14.

84 BGH, Urt. v. 01.03.2000 – XII ZR 272/97.

85 BGH, Urt. v. 12.03.2008 – XII ZR 147/05.

Anschluss an eine rechtskräftige Feststellung zurückfordern kann.⁸⁶ Auch kann das Minderungsrecht von einer Vorankündigung abhängig gemacht werden. Die Beschränkung des Minderungsrechts kann mit einem **Aufrechnungsverbot kombiniert** werden, wenn die Aufrechnung mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen möglich bleibt.⁸⁷

12.5 Schadensersatz und Aufwendungsersatz

- 99 Ist ein **Mangel im Sinne des § 536 BGB** (vgl. Rn. 88) bei Vertragsschluss vorhanden oder entsteht ein solcher Mangel später wegen eines Umstandes, den der Vermieter zu vertreten hat, oder kommt der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug, so kann der Mieter unbeschadet seiner Minderungsrechte aus § 536 BGB gem. § 536a BGB **Schadensersatz** verlangen. Gem. § 536a Abs. 2 BGB kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen und **Ersatz der erforderlichen Aufwendungen** verlangen, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist oder die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestandes der Mietsache notwendig ist.
- 100 Ist bereits **bei Vertragsschluss** ein sog. **anfänglicher Mangel** vorhanden, der auch **bei Überlassung** der Mietsache noch existiert, so gilt gem. § 536a BGB die **verschuldensunabhängige Garantiehaftung des Vermieters**. In Abgrenzung zu Verschleißerscheinungen liegt ein anfänglicher Mangel dann nicht vor, wenn er durch rechtzeitige Instandhaltungsmaßnahmen hätte vermieden werden können. War ein Bauteil der Mietsache hingegen aufgrund seiner fehlerhaften Beschaffenheit bei Vertragsschluss für ihren Zweck ungeeignet und damit unzuverlässig, liegt ein anfänglicher Mangel der Mietsache vor.⁸⁸ **Individu- alvertraglich** kann die anfängliche Garantiehaftung bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB, Arglist gem. § 536 c BGB sowie Treu und Glauben gem. § 242 BGB **ausgeschlossen** werden. Für vorsätzliches Handeln kann der Vermieter seine Haftung allerdings nicht ausschließen. Auch **Formularvertraglich** kann die verschuldensabhängige Garantiehaftung des § 536a BGB innerhalb der vorstehend genannten Grenzen wirksam abbedungen werden.⁸⁹

101 Praxishinweise

Der Facility Manager sollte die **anfängliche Garantiehaftung** für bereits **bei Vertragschluss** vorhandene **Mängel dringend ausschließen**. Der BGH⁹⁰ hat beispielsweise folgende Klausel für wirksam erachtet:

86 BGH, Urt. v. 12.03.2008 – XII ZR 147/05; Urt. v. 20.06.1984 – VIII ZR 337/82.

87 Lindner-Figura/Oprée/Stellmann - Hübner, Geschäftsraummieta, 4. Aufl., Kap. 14, Rn. 327.

88 BGH Urt. v. 21.07.2010 – XII ZR 189/08.

89 BGH Urt. v. 21.07.2010 – XII ZR 189/08.

90 BGH Urt. v. 03.07.2002 – XII ZR 327/00.

Formulierungsbeispiel: „Die Mietsache wird in dem Zustand übergeben, in dem sie sich bei Beginn des Vertragsverhältnisses befindet. Der Mieter kennt den Zustand. Etwa vorhandene Mängel sind bei der Bemessung des Entgelts berücksichtigt. Für eine bestimmte Größe und Beschaffenheit sowie für sichtbare oder unsichtbare Mängel des Vertragsobjektes leistet der Vermieter keine Gewähr.“

Entsteht ein Mangel iSv § 536 BGB erst nach Vertragsschluss, so handelt es sich um einen sog. **nachträglichen Mangel**. Für einen solchen nachträglichen Mangel haftet der Vermieter gem. § 536a BGB lediglich dann, wenn der Mangel in Folge eines Umstands entsteht, den der **Vermieter zu vertreten** hat. Insbesondere haftet der Vermieter, wenn er seiner Primärpflicht aus § 535 Abs. 1 BGB - der Pflicht zu Überlassung und Erhaltung der Mietsache - nicht nachkommt. Auch für das vorsätzliche oder fahrlässige Verhalten von **Erfüllungsgehilfen** (wie beispielsweise des beauftragten **Schnee- und Winterdienstes** oder auch des **Facility Managers**) hat der Vermieter einzustehen. Bei der Frage, ob dem Mieter ein Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter zusteht, ist jeweils zu prüfen, inwieweit der Vermieter dafür verantwortlich war, die Mietsache zu erhalten. Ist diese Pflicht wirksam auf den Mieter übertragen worden, kommt eine Haftung des Vermieters nicht in Betracht.

102

Schließlich kann der Mieter gem. § 536a BGB Schadensersatz verlangen, wenn der Vermieter mit der **Beseitigung eines Mangels in Verzug** kommt. Verzug des Vermieters setzt gem. § 286 BGB grundsätzlich voraus, dass der Mieter den Vermieter durch Ausspruch einer **Mahnung** in Verzug gesetzt hat bzw. deren Ausspruch gem. § 286 Abs. 4 BGB entbehrlich war. Eine wirksame Mahnung des Mieters liegt nur dann vor, wenn er den Vermieter unter Bezeichnung eines konkreten Mangels zu dessen Beseitigung bis zum Ablauf einer konkret bestimmten (sowie angemessenen) Frist aufgefordert hat. Der Vermieter kommt gem. § 286 Abs. 4 BGB solange nicht in Verzug, wie die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.

103

Der **Umfang des Schadensersatzes** bestimmt sich nach den §§ 281 ff. BGB. Ersatzberechtigt sind der **Mieter** sowie alle **Personen, die in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogen wurden**. Diese Einbeziehung beruht darauf, dass diese dritte Person wie der Mieter selbst mit der Leistung des Vermieters in Berührung kommt, also eine gewisse Leistungsnähe vorliegt. Erforderlich ist jedoch, dass der Mieter der dritten Person etwa aufgrund eines Arbeitsverhältnisses Schutz und Fürsorge zu gewähren hat, was das Einbeziehungsinteresse des Dritten begründet, und dass dies für den Vermieter erkennbar ist.⁹¹ Den Mieter trifft die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche Voraussetzungen.

104

Der Mieter hat dann einen Anspruch auf **Ersatz von erforderlichen Aufwendungen** (sog. Aufwendungsersatz), wenn der **Vermieter im Verzug mit der Beseitigung des Mangels** ist. Der Mieter muss den Vermieter zunächst gem. § 286 BGB durch Ausspruch einer Mahnung in Verzug gesetzt haben bzw. der Ausspruch einer Mahnung muss gem. § 286 Abs. 4 BGB entbehrlich gewesen sein. In Folge ist der Mieter berechtigt - aber nicht verpflichtet - den Mangel zu beseitigen und vom Vermieter den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen. Gleichfalls hat der Mieter einen Anspruch Ersatz der erforder-

105

⁹¹ BGH Urt. v. 21.07.2010 – XII ZR 189/08.

derlichen Aufwendungen, wenn die **umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Mietsache notwendig** ist, vgl. § 536a Abs. 2 Alt. 1 BGB. Von dieser Alternative sind lediglich **Notmaßnahmen** erfasst, die keinerlei Aufschub dulden und auch dem Vermieter nicht mehr rechtzeitig angezeigt werden können. Der Umfang des Ersatzanspruches bestimmt sich nach §§ 249 ff. BGB und umfasst die notwendigen Aufwendungen. Dabei handelt es sich um solche, die geeignet und notwendig sind, die Mietsache in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, in diesem Zustand zu erhalten oder diesen wiederherzustellen. Aufwendungsersatzansprüche des Mieters können lediglich **individualvertraglich** ausgeschlossen werden. Ein **formularvertraglicher Ausschluss** verstößt gegen § 307 BGB und ist damit **unwirksam**.

12.6 Kündigung des Mietverhältnisses

12.6.1 Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit, § 542 Abs. 1 BGB

- 106 Ist das **Mietverhältnis** (beispielsweise in Folge eines Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis aus § 550 BGB) **auf unbestimmte Zeit** eingegangen, so kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis nach den gesetzlichen Vorschriften ordentlich und unter bestimmten gesetzlich abschließend geregelten Voraussetzungen außerordentlich kündigen.

12.6.1.1 Kündigungserklärung

- 107 Bei der Kündigungserklärung handelt es sich um eine **einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung**. In der Kündigungserklärung müssen der Kündigende sowie der Empfänger der Kündigung konkret bezeichnet sein. Bei einer **Mehrheit** von Mietern oder Vermietern muss die Kündigung grundsätzlich **von und gegenüber allen Personen** erklärt werden. Eine bloße Teilkündigung von oder gegenüber einzelnen Parteien des Mietvertrages ist unwirksam. Mehrere Vertragspartner auf Vermieter- bzw. Mieterseite können sich gegenseitig **für den Empfang** von Kündigungserklärungen sowohl durch Individualvereinbarung als auch formularvertraglich gegenseitig **bevollmächtigen**. Formularvertragliche Vollmacht klauseln **für die Abgabe** von Kündigungserklärungen **durch einen Mitmieter** werden von Teilen der Rechtsprechung für unwirksam erachtet. Daher sollte eine Kündigung, die nicht von sämtlichen Mieter ausgesprochen wurde⁹², in Folge der rechtlichen Unsicherheiten zurückgewiesen werden. Die formularvertragliche wechselseitige Vermieterbevollmächtigung für die Abgabe von Kündigungserklärungen wird hingegen für wirksam erachtet. Soweit es im Rahmen des Mietvertrages keine wirksame Bevollmächtigung für denjenigen geben sollte, der die Kündigung ausspricht, ist der Kündigungserklärung im Vertretungsfall eine schriftliche **Originalvollmacht** oder Einwilligung des Vermieters beizufügen. Dies gilt insbesondere, wenn der **Facility Manager** eine Kündigung im Namen und mit Vollmacht des Vermieters ausspricht. Anderenfalls kann der Kündigungsempfänger **die Kündigung** gem. § 174 S. 1 bzw. §§ 182 Abs. 3, 111 S. 2 BGB

92 BeckOGK/Mehle, Stand: 01.10.2017, BGH § 542 Rn. 37 m.w.N.

zurückweisen. Die Zurückweisung muss in diesem Fall jedoch **unverzüglich** erfolgen. Dem Kündigungsempfänger ist jeweils eine angemessene Prüfungs- und Überlegungsfrist zu gewähren. Auch wenn es insoweit keine starren Grenzen gibt, dürfte eine Zeitdauer von mehr als 2 Wochen nicht mehr als unverzüglich zu bewerten sein. Eine Zurückweisung kann jedoch nach § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn dem Kündigungsempfänger bereits in der Vergangenheit Originalvollmachten vorgelegt worden sind oder wenn die Kündigung im Anschluss an eine Korrespondenz erklärt wird in welcher der Kündigungsempfänger den Bevollmächtigten als Vertreter akzeptiert hat.

Praxishinweise

108

Um der Gefahr einer Zurückweisung der Kündigung zu umgehen, sollte der bevollmächtigte Facility Manager jedem Kündigungsschreiben eine **Originalvollmacht** des Vermieters beifügen.

Die kündigende Partei muss dem Kündigungsempfänger im Rahmen der Kündigung eindeutig und unmissverständlich vermitteln, dass ein konkret bezeichnetes Mietverhältnis beendet werden soll. Zur Wirksamkeit der Kündigung muss **kein bestimmter Kündigungstermin oder eine Kündigungsfrist** angegeben sein. Die Kündigung wird dann zum nächsten zulässigen Termin wirksam. Wird in der Kündigung irrtümlich ein zu früher Termin genannt, so endet das Mietverhältnis jedenfalls bei geringfügigen Abweichung (bis zu 3 Monaten) zum nächstmöglichen Termin, wenn erkennbar ist, dass die kündigende Partei das Mietverhältnis jedenfalls zu diesem Termin beenden will.⁹³ Im Bereich der Gewerberaummieta muss eine ausgesprochene **ordentliche Kündigung** zu ihrer Wirksamkeit **nicht begründet** werden. Zudem gibt es für **Kündigungserklärungen** im Bereich der Gewerberaummieta **kein gesetzliches Schriftformerfordernis**. Soweit im Rahmen des Mietvertrages keine abweichenden Vereinbarungen getroffen sind, kann ein Gewerberaummietverhältnis auch mündlich oder durch schlüssiges Verhalten gekündigt werden. Haben die Parteien vereinbart, dass die Kündigung mittels eingeschriebenem Brief zu erfolgen hat, so hat die Schriftform konstitutive Bedeutung für die Wirksamkeit der Kündigung, deren Zugang kann allerdings auch per Telefax bewirkt werden, solange dieses Kommunikationsmittel tatsächlich zur Verfügung steht.⁹⁴ Die Kündigung wird gem. § 130 BGB mit Zugang beim Empfänger wirksam. Spätestens zu diesem Zeitpunkt müssen alle Voraussetzungen für die Zulässigkeit und die Wirksamkeit der Kündigung erfüllt sein.

109

Praxishinweise

110

Aus Gründen der Beweisbarkeit sollte im Rahmen des Mietvertrages vereinbart werden, in welcher Form eine Kündigungserklärung abzugeben ist. Es bietet sich die **Vereinbarung der Schriftform** i.S.v. § 127 i.V.m. §§126 ff. BGB an.

Zu beachten ist, dass auch eine Kündigungserklärung per **Telefax** die gewillkürte Schriftform

93 BeckOGK/Mehle, Stand: 01.10.2017, BGH § 542 Rn. 13.

94 BGH Urt. v. 21.01.2004 – XII ZR 214/00.

wahrt, vgl. § 127 BGB. Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass ein Sendebericht nach ständiger Rspr. des BGH nur das Zustandekommen einer Verbindung, nicht aber die erfolgreiche Übermittlung der Signale an das Empfangsgerät beweist und daher über ein bloßes Indiz hinaus nicht den Anscheinsbeweis für den tatsächlichen Zugang des Telefaxes beim Empfänger begründet.⁹⁵

12.6.1.2 Ordentliche Kündigung

- 111 Der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung führt dazu, dass das Mietverhältnis nach Ablauf der vereinbarten oder der gesetzlichen Kündigungsfrist endet. Für Mietverhältnisse über Gewerberaum bestimmt sich die gesetzliche **Kündigungsfrist nach § 580a Abs. 2 BGB**. Sie ist spätestens am dritten Werktag eines Kalendervierteljahres zum Ablauf des nächsten Kalendervierteljahres zulässig. Die Parteien können jedoch abweichende Kündigungsfristen vereinbaren.

12.6.1.3 Außerordentliche Kündigung

- 112 Ein Mietverhältnis kann außerordentlich beendet werden, wenn ein Sonderkündigungsrecht besteht oder eine nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses vorliegt.

a) Kündigungsgründe

- 113 Das Gesetz gewährt dem **Mieter** ein außerordentliches Kündigungsrecht **ohne Einhaltung einer Frist**, wenn:
- dem Mieter der **vertragsgemäße Gebrauch** der Mietsache ganz oder zum Teil **nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen** wird, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB oder
 - Räume, die zwar keine Wohnräume sind, die jedoch zum Aufenthalt von Menschen bestimmt sind, so beschaffen sind, dass die Benutzung mit einer **erheblichen Gefährdung der Gesundheit** verbunden sind, § 569 Abs. 1 i.V.m. § 578 Abs. 2 BGB.
- 114 Dem **Vermieter** steht ein außerordentliches Kündigungsrecht **ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist** zu, wenn:
- der Mieter das Recht des Vermieters dadurch in erheblichem Maße verletzt, dass er die Mietsache durch **Vernachlässigung** der ihm obliegenden **Sorgfalt erheblich gefährdet** oder sie **unbefugt einem Dritten überlässt**, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB,
 - der Mieter für **zwei aufeinanderfolgende Termine** mit der **Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug** gerät, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a BGB oder
 - der Mieter in einem Zeitraum, der sich über **mehr als 2 Termine** erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der die **Miete für zwei Monate** erreicht, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. b BGB.
- 115 **Beiden Parteien** gewährt das Gesetz das Recht zu einer außerordentlichen Kündigung **ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist**, wenn:

⁹⁵ BGH Beschl. v. 08.10.2013 – VIII ZB 13/13.

- ein **wichtiger Grund** vorliegt, der nicht in § 543 Abs. 2 BGB ausdrücklich benannt ist § 543 Abs. 1 BGB oder
- eine Vertragspartei den **Hausfrieden nachhaltig stört**, so dass dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann, § 569 Abs. 2 i.V.m. § 578 Abs. 2 BGB.

Zudem wird **den Parteien** das Recht zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung **unter Einhaltung einer Frist** immer dann eingeräumt, wenn sich die tatsächlichen Vertragsverhältnisse gegenüber der Zeit des Vertragsschlusses wesentlich verändert haben. Dies gilt in den nachfolgend benannten Fällen:

- für den Mieter, wenn der Vermieter dem Mieter die **Untervermieterlaubnis verweigert**, § 540 BGB,
- für beide Vertragsparteien, nach **Ablauf von 30 Jahren** nach Überlassung der Mietsache, wenn der Mietvertrag für eine längere Zeit als 30 Jahre geschlossen wurde, § 544 BGB,
- für den Mieter nach dem Zugang einer **Modernisierungsankündigung**, § 555e i.V.m. § 578 Abs. 2 BGB,
- bei **Tod des Mieters**, § 580 BGB,
- **Erlöschen des Nießbrauchs**, § 1056 BGB,
- **Eintritt der Nacherbfolge**, § 2135 BGB,
- für den Insolvenzverwalter in der **Insolvenz des Mieters**, § 109 InsO,
- für den Erwerber bei **Veräußerung** des vom Schuldner **vermieteten/verpachteten Objekts** durch den Insolvenzverwalter, § 111 InsO,
- für den Ersterer eines Miet- oder Pachtobjekts im Rahmen der **Zwangsvollstreckung**, § 57a ZVG sowie
- für den Grundstückseigentümer, wenn ein **Erbbaurecht durch Zeitablauf erlischt**, § 30 Abs. 2 ErbbauRG.

Neben den gesetzlichen Kündigungsrechten können die Mietvertragsparteien zu ihren Gunsten weitere außerordentliche Kündigungsrechte vereinbaren. Wird ein Mietverhältnis außerordentlich gekündigt, so endet es mit dem Zugang der Kündigungserklärung bei dem Vertragspartner mit sofortiger Wirkung oder, im Fall einer Befristung, mit deren Ablauf.

b) **Außerordentliche fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges**, § 542 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB

Wegen seiner in der **Praxis herausragenden Bedeutung** soll der Kündigungsgrund des Zahlungsverzuges an dieser Stelle näher erläutert werden. Nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB kann der Vermieter bzw. der Facility Manager das Mietverhältnis kündigen, wenn der Mieter im Verzug ist mit der Entrichtung:

Kündigungsgrund	Rückstandsberechnung
1. der Miete für zwei aufeinanderfolgende Termine , § 542 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a Alt. 1 BGB	Der Zahlungsrückstand ist bei einer monatlich vereinbarten Zahlung erreicht, wenn der Mieter die Miete für einen Monat nicht zahlt und anschließend auch für den Folgemonat bis zum dritten Werktag nicht entrichtet. Zahlt ein Mieter über mehrere nicht zusammenhängende Monate nur Teile der Miete, so kann sich durch Verrechnung ein entsprechender kündigungsrelevanter Rückstand ergeben.
2. eines nicht unerheblichen Teils der Miete für zwei aufeinanderfolgende Termine , § 542 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB oder	Dies bestimmt sich nach den Gesamtumständen. Im Bereich der Wohnraummiete ist der rückständige Teil der Miete nur dann als nicht unerheblich anzusehen, wenn er die Miete für einen Monat übersteigt, § 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB. Dafür genügt ein Rückstand von einer Monatsmiete plus 1 Cent. Da es sich bei § 569 BGB um eine Schutzvorschrift zu Gunsten des Mieters handelt wird ein solcher Rückstand als recht für erheblich erachtet, wenn er im Rahmen eines gewerblichen Mietverhältnisses entstanden ist. Der Rückstand muss bei einer monatlich vereinbarten Miete in einem Zeitraum von zwei aufeinanderfolgenden Monaten entstanden sein.
3. der Miete für einen Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt und die Höhe von zwei Monatsmieten erreicht, § 542 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. b BGB	Soweit der Zahlungsrückstand nicht in zwei aufeinanderfolgenden Monaten entstanden ist, sondern in einem längeren Zeitraum, muss er die Höhe von zwei Monatsmieten erreichen.

- 119 Nach aktueller Rechtsprechung des BGH ist ein Vermieter nicht verpflichtet, sein Kündigungsrecht innerhalb einer angemessenen Frist nach Eintritt der Kündigungsvoraussetzungen auszuüben. § 314 Abs. 3 BGB soll auf die Kündigung eines Mietverhältnisses keine Anwendung finden. Daher ist der Ausspruch der Kündigung so lange möglich, wie der kündigungsrelevante Rückstand besteht.⁹⁶ Eine Abmahnung ist vor Ausspruch der Kündigung wegen der vorgenannten Zahlungsrückstände nicht erforderlich.

c) Außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigen Grund, § 542 Abs. 1 BGB

- 120 Von besonderer Bedeutung ist in der Praxis auch der sog. Auffangtatbestand - die Kündigung aus wichtigem Grund, § 542 Abs. 1 BGB. Ein solcher liegt **auf Seiten des Vermieters** vor, wenn:

- der Vermieter bei Abschluss des Mietvertrages **falsche Informationen** über das Mietobjekt oder solche Umstände und Rechtsverhältnisse **zugesichert** hat, die für das Mietverhältnis von besonderer Bedeutung sind.⁹⁷

⁹⁶ BGH, Urt. v. 13.07.2016 – VIII ZR 296/15; a.A. ohne weitere Begründung: BGH, Urt. v. 21.03.2007 – XII ZR 36/05.

⁹⁷ BGH, Urt. v. 16.02.2000 – XII ZR 279/97.

- von seiner Seite **Tätlichkeiten oder Beleidigungen** erfolgen.⁹⁸ Stellt der Vermieter beispielsweise gegenüber Dritten **Behauptungen** auf, die geeignet sind, einen Gewerbebetrieb des Mieters nachhaltig zu beeinträchtigen, so liegt ein wichtiger Grund für eine Kündigung vor.⁹⁹ Ein Kündigungsgrund ist ebenfalls gegeben, wenn sich der Vermieter **Zutritt zu den Räumen einer Arztpraxis** verschafft und auf die Namen von Patienten zugreift.¹⁰⁰
- der Vermieter **Vermögensdelikte** zum Nachteil des Mieters begeht.¹⁰¹
- sich der Vermieter nachhaltig weigert, Mängel an der Mietsache zu beseitigen.¹⁰²

Ein wichtiger Grund **auf Seiten des Mieters** liegt vor:

121

- wenn der Mieter gegen die ihm obliegende Auskunftspflicht verstößt; beispielsweise indem er auf zulässige Fragen des Vermieters wahrheitswidrig antwortet¹⁰³.
- wenn der Mieter die geschuldete Miete fortdauernd und gegen den Willen des Vermieters nicht zum Fälligkeitszeitpunkt zahlt.¹⁰⁴ Es bedarf jedoch gem. § 543 Abs. 3 zwingend einer (erfolglosen) Abmahnung.
- wenn der Mieter die geschuldete Kaution nicht zahlt¹⁰⁵.
- abhängig vom jeweiligen Einzelfall¹⁰⁶ bei Tätlichkeiten¹⁰⁷ oder Beleidigungen¹⁰⁸ gegenüber dem Vermieter, dessen Angehörigen, Stellvertretern oder gegenüber dem Hausverwalter¹⁰⁹ sowie gegenüber anderen Hausbewohnern¹¹⁰.
- im Einzelfall, wenn ein Gewerberaummietter die Räume über den vertraglich vereinbarten Zweck hinaus nutzt¹¹¹.
- bei einem (versuchten) Prozessbetrug zu Lasten des Vermieters¹¹².
- wenn der Mieter leichtfertig oder mit der Absicht, dem Vermieter Schaden zuzufügen, Strafanzeigen gegen den Vermieter stellt¹¹³.
- wenn der Mieter eine vertraglich übernommene Pflicht zum Umbau der Mietsache nicht erfüllt¹¹⁴.

98 BeckOGK/Mehle, Stand: 01.10.2017, BGH § 543 Rn. 26 ff.

99 BGH, Urt. v. 15.09.2010 – XII ZR 188/08.

100 Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Urt. v. 05.12.2007 – 1 U 65/07.

101 BeckOGK/Mehle, Stand: 01.10.2017, BGH § 543 Rn. 28.

102 BeckOGK/Mehle, Stand: 01.10.2017, BGH § 543 Rn. 29.

103 BeckOGK/Mehle, Stand: 01.10.2017, BGH § 543 Rn. 32 ff.

104 BGH, Urt. v. 14.09.2011 – VIII ZR 301/10.

105 BGH, Urt. v. 21.03.2007 – XII ZR 255/04.

106 BeckOGK/Mehle, Stand: 01.10.2017, BGH § 543 Rn. 48 ff. m.w.N.

107 LG Hannover, Urt. v. 14.03.2000 – 18 S 665/99; LG Karlsruhe, Urt. v. 30.07.2013 – 9 S 57/13.

108 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.03.2005 – 10 U 32/05; LG Berlin, Beschl. v. 18.11.2008 – 134/08.

109 LG Köln, Urt. v. 01.02.1980 – 12 S 316/79.

110 BGH, Urt. v. 15.09.2010 – XII ZR 188/08.

111 LG Bonn, Urt. v. 12.04.2010 – 9 O 440/09.

112 OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.12.2009 – 21 U 14/09.

113 BVerfG, Beschl. v. 02.10.2001 – 1 BvR 1372/01; BGH, Urt. v. 21.12.1960 – VIII ZR 50/60.

114 BGH, Urt. v. 10.07.1968 – VIII ZR 120/66.

- wenn der Mieter die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht verletzt¹¹⁵ oder die vertraglich vereinbarte Einsicht in die Geschäftsunterlagen verweigert¹¹⁶.

12.6.1.4 Umdeutung der Kündigung

- 122 Eine **unwirksame außerordentliche** Kündigung kann in begrenzten **Einzelfällen** in eine **ordentliche Kündigung** umgedeutet werden. Dafür muss der Kündigungsempfänger zweifelsfrei erkennen können, dass der Vertrag nach dem eindeutigen Willen des Kündigenden jedenfalls zum nächstmöglichen Termin enden soll. Eine solche Erkennbarkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn in der Kündigung ausdrücklich formuliert ist, dass die außerordentliche Kündigung hilfsweise als ordentliche Kündigung gelten soll. Die Umdeutung einer **unwirksamen ordentlichen Kündigung** in eine **außerordentliche Kündigung** kommt schon wegen der unterschiedlichen Kündigungsvoraussetzungen sowie der unterschiedlichen Rechtsfolgen grundsätzlich nicht in Betracht. Eine **unwirksame Kündigung** beinhaltet jedoch grundsätzlich eine Abmahnung, sodass eine **Umdeutung in eine wirksame Abmahnung** grundsätzlich möglich ist.¹¹⁷

123

Praxishinweise

Der Facility Manager sollte neben einer fristlosen Kündigung immer auch hilfsweise eine ordentliche Kündigung erklären.

Formulierungsbeispiel: „(...) ...hiermit kündige ich (ggf. namens und in Vollmacht des ...) das Mietverhältnis über (die Räumlichkeiten genau bezeichnen) fristlos mit sofortiger Wirkung und hilfsweise ordentlich zum nächst möglichen Zeitpunkt. (...)“

12.6.1.5 Folgen einer unwirksamen Kündigung

- 124 Spricht der **Vermieter** eine **unwirksame Kündigung** aus, so verletzt er seine vertragliche Pflicht, dem Mieter die Mietsache zum Gebrauch zu überlassen. Geschieht dies schuldhaft, wobei Fahrlässigkeit genügt, und entsteht dem Mieter daraus ein Schaden, so ist der Vermieter verpflichtet, **dem Mieter** den entstandenen **Schaden zu ersetzen**. Der Vermieter trägt grundsätzlich das Risiko, eine Rechtslage falsch zu beurteilen, d.h. er hat die Vertragsverletzung in aller Regel auch dann zu vertreten, wenn er sich über die Rechtslage geirrt hat.¹¹⁸ Als ersatzfähiger Schaden kommt in Betracht:

- die Kosten einer Rechtsberatung zur Abwehr der Kündigung,
- die Kosten eines Umzuges,
- die Kosten für die Suche neuer Räumlichkeiten, beispielsweise Maklerkosten,
- Umbaukosten für Einbaumöbel,

¹¹⁵ BGH, Urt. v. 29.04.1992 – XII ZR 221/90.

¹¹⁶ KG, Urt. v. 21.11.2011 – 8 U 77/11.

¹¹⁷ BGH, Urt. v. 22.09.1971 – VIII ZR 135/70; BeckOGK/Mehle, Stand: 01.10.2017, BGH § 542 Rn. 105.

¹¹⁸ BGH, Urt. v. 28.11.2001 – XII ZR 197/99.

- Kosten für die Ummeldung der Telefone,
- eine eventuelle Mehrmiete sowie
- Finanzierungskosten für die Anschaffung vom Einrichtungsgegenständen, die durch den Umzug erforderlich werden¹¹⁹.

Der Facility Manager sollte das Vorliegen der Kündigungsvoraussetzungen vor dem Ausspruch einer Kündigung daher unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung sorgsam prüfen.

12.6.2 Mietverhältnis auf bestimmte Zeit, § 542 Abs. 2 BGB

Mietverhältnisse über Gewerberäume werden üblicherweise auf bestimmte Zeit abgeschlossen, d.h. sie enden nach Ablauf eines bestimmten Endtermins, ohne dass es einer Kündigung bedarf (vgl. Rn. 24 ff.). Ein Mietverhältnis, das auf bestimmte Zeit eingegangen ist, endet grundsätzlich mit dem Ablauf der vertraglich vereinbarten Laufzeit, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Während der Laufzeit kann ein befristetes Mietverhältnis **lediglich außerordentlich gekündigt** werden. Insoweit ergeben sich gegenüber dem unbefristeten Mietverhältnis keine Besonderheiten (vgl. Rn. 112 - 121). Im Rahmen der nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB erforderlichen Abwägung (außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund) ist jedoch die verbleibende Restlaufzeit des Mietverhältnisses als Abwägungskriterium mit zu berücksichtigen.¹²⁰ Die **ordentliche Kündigung** ist vor dem Ablauf der bestimmten Zeit **ausgeschlossen**.

125

12.7 Weitere Beendigungsgründe

Neben der Kündigung gibt es eine Vielzahl an weiteren Beendigungsgründen für ein Mietverhältnis:

126

- Die Parteien können ihr Vertragsverhältnis jederzeit beenden, indem sie einen **Mietaufhebungsvertrag** schließen.
- Beide Parteien können das Mietverhältnis nach überwiegender Rechtsauffassung sowohl vor als auch nach Überlassung der Mietsache **anfechten**, soweit ein Anfechtungsgrund gegeben ist. Anfechtungsgründe ergeben sich aus §§ 119 ff, 123 f. BGB.
- **Vor Überlassung der Mietsache** können beide Parteien von einem Mietvertrag **zurücktreten**, soweit ein vertraglich vereinbarter oder ein gesetzlicher Rücktrittsgrund vorliegt. **Nach Überlassung der Mietsache** ist das gesetzliche Rücktrittsrecht für den Vermieter insoweit ausgeschlossen, als er den Mietvertrag fristlos kündigen kann.¹²¹

119 BeckOGK/Mehle, Stand: 01.10.2017, BGH § 542 Rn. 106.

120 BeckOGK/Mehle, Stand: 01.10.2017, BGH § 542 Rn. 119.

121 BGH, Urt. v. 10.07.1968 – VIII ZR 120/66.

- Wird es dem Vermieter unmöglich, den Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch zu gewähren, gelten die §§ 275 Abs.1, 326 Abs. 1 BGB. Tritt die **Unmöglichkeit** ohne Verschulden ein, endet das Mietverhältnis automatisch.¹²²
- Ist ein Mietvertrag unter einer **auflösenden Bedingung** gem. § 158 Abs. 2 BGB geschlossen, so endet es mit Eintritt dieser Bedingung.
- Haben sich Umstände, die **Geschäftsgrundlage** des Mietvertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und ist in Folge dieser Veränderung einem Vertragspartner das Festhalten an dem unveränderten Vertrag nicht (mehr) zumutbar, kommt in Ausnahmefällen eine Kündigung des Mietvertrages in Betracht, § 313 Abs. 3 BGB.
- Erwirbt ein Mieter Eigentum oder ein Nießbrauch an der Mietsache, so erlischt das Mietverhältnis durch **Vereinigung der Vermieter- mit der Mieterstellung**.

12.8 Rückgabe der Mietsache

- 127 Nach Beendigung des Mietverhältnisses ist der Mieter gem. § 546 BGB verpflichtet, die Mietsache zurückzugeben. Der Mieter hat die Mietsache in dem Zustand zurückzugeben, der demjenigen bei Vertragsbeginn entspricht. Etwaige **Ein- und Umbauten sowie Einrichtungen** sind zu **entfernen**, soweit die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben (vgl. Rn. 61 - 72). Dies gilt auch für Ein- und Umbauten sowie Einrichtungen, die der Mieter vom Vormieter übernommen hat. Zu prüfen ist, in welchem Umfang der Mieter zur Durchführung von **Schönheitsreparaturen** verpflichtet war (vgl. Rn. 73 - 79) und ob der Mieter diesen Verpflichtungen nachgekommen ist. Die Rückgabe hat **am letzten Tag des Mietverhältnisses** zu erfolgen.¹²³ Zum Zwecke der Rückgabe hat der Mieter dem Vermieter bzw. dem bevollmächtigten Facility Manager sämtliche Schlüssel zu überlassen. Im Einzelfall kann die Rückgabe eines Teils der Schlüssel genügen, wenn der Mieter mit der Rückgabe zweifelsfrei den Besitz an der Mietsache aufgibt und der Vermieter mit den überlassenen Schlüsseln über die Mietsache verfügen kann.

128 Praxishinweise

Wie bei Übergabe der Mietsache sollte der Facility Manager auch bei Rückgabe der Mietsache ein **Protokoll** erstellen. Das Protokoll sollte den Übergabezustand möglichst detailliert beschreiben. Die zusätzliche Erstellung einer Fotodokumentation kann auch bei der Rückgabe der Mietsache sinnvoll sein.

Weil der BGH in einem beiderseitig unterzeichneten Übergabeprotokoll ein negatives Schuldanerkenntnis im Hinblick auf weitere, im Protokoll nicht aufgeführte, Schäden sieht¹²⁴, sollten das Protokoll den folgenden Satz beinhalten:

¹²² BeckOGK/Mehle, Stand: 01.10.2017, BGH § 542 Rn. 141.

¹²³ BGH, Urt. v. 19.10.1988 – VIII ZR 22/88.

¹²⁴ BGH, Urt. v. 10.11.1982 – VIII ZR 252/81.

„Dieses Protokoll ist nicht abschließend. Die Geltendmachung von Schäden und Mängeln, die nicht in diesem Protokoll aufgeführt sind, bleibt ausdrücklich vorbehalten.“

Sollte der **Mieter die Mietsache** nach Beendigung des Mietverhältnisses **nicht übergeben**, so ist der Facility Manager in keinem Fall berechtigt, die Mietsache eigenmächtig zu übernehmen. Abweichende Formulklauseln in einem Mietvertrag sind unwirksam. Die eigenmächtige Übernahme der Mietsache stellt eine **verbotene Eigenmacht** dar. Der Mieter kann im Wege einer einseitigen Verfügung die Wiedereinräumung des Besitzes verlangen und zudem Schadensersatzansprüche geltend machen, die erheblich sein können. Auch strafrechtliche Konsequenzen kommen in Betracht. Der Facility Manager hat gegen den säumigen Mieter zunächst einen Räumungstitel zu erwirken und diesen im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen. 128

Der Vermieter hat für die Dauer der unberechtigten Nutzung gegen den Mieter einen Anspruch auf **Nutzungsentschädigung** gem. § 546a Abs. 1 BGB. Der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung besteht zumindest in Höhe der vertraglich vereinbarten Miete. Ist die **ortsübliche Miete** für vergleichbare Objekte höher als die vertraglich vereinbarte Miete, so ist der Vermieter berechtigt, die höhere ortsübliche Miete zu verlangen. Zudem kommen weitere Schadensersatzansprüche des Vermieters in Betracht. 129

12.9 Verjährung

Dringend zu beachten ist die Vorschrift des § 548 Abs. 1 BGB. Danach **verjähren** Ersatzansprüche des Vermieters gegen den Mieter wegen **Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache** in **sechs Monaten**. Die Verjährung **beginnt** mit dem **Zeitpunkt**, in dem der **Vermieter die Mietsache zurück erhält**. Die originären Zahlungs- bzw. Erfüllungsansprüche des Vermieters (beispielsweise auf Zahlung der vereinbarten Miete oder auch der Anspruch auf Nutzungsentschädigung wegen verspäteter Rückgabe der Mietsache) sind von der kurzen Verjährungsfrist nicht erfasst. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, dass eine schnelle und abschließende Klärung gegenseitiger Ansprüche erzielt werden soll. Bei der Verjährung handelt es sich um **eine Einrede** gegen den geltend gemachten Anspruch, die vom Schuldner erhoben werden kann, aber nicht muss. Eine formularvertragliche Verlängerung dieser Frist auf insgesamt 12 Monate wird als wirksam erachtet.¹²⁵ 130

Praxishinweise

Sämtliche Ansprüche des Vermieters, die daraus resultieren, dass der **Mieter die Mietsache nicht in vertragsgemäßen Zustand zurückgibt**, unterliegen der **kurzen Verjährungsfrist von 6 Monaten**. Dies umfasst nach dem Wortlaut des Gesetzes sämtliche Ansprüche auf Durchführung von beispielsweise **Schönheitsreparaturen und Instandhaltungs-** sowie

¹²⁵ Lindner-Figura/Oprée/Stellmann - Fuerst, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 17, Rn. 78.

Instandsetzungsmaßnahmen, ferner Schadensersatzforderungen in Folge von Substanzbeeinträchtigungen (beispielsweise die Kosten zur Wiederherstellung der Mietsache einschließlich vorbereitender Kosten und der Kosten der Schadensfeststellung). Um rechtliche Risiken zu vermeiden, sollte der Facility Manager sämtliche Schadensersatzansprüche innerhalb der 6-monatigen Frist geltend machen.

- 132 Die **Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen** oder auf **Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung** verjähren **sechs Monate nach Beendigung des Mietverhältnisses**. Alle weiteren Ansprüche **beider Parteien** verjähren grundsätzlich in der **Regelverjährungsfrist von drei Jahren**, § 193 BGB. Schadensersatzansprüche, die auf der **Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit** beruhen, verjähren ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis **in 30 Jahren** von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis, § 199 Abs. 2 BGB.

12.10 Vermieterpfandrecht

- 133 Im Gewerberaummietrecht hat der Vermieter für seine **Forderungen aus dem Mietverhältnis** ein **Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters**, §§ 578 Abs. 1 und 2, 562 BGB. Ausgenommen sind Sachen, die der Pfändung nicht unterliegen, §§ 811, 812 ZPO. Sachen sind immer dann vom Mieter eingebracht, wenn sie während der Mietzeit gewollt in die Mietsache verbracht worden sind und dort dem Mietzweck bestimmungsgemäß dienen oder gewollt dort erzeugt worden sind. Die Sachen müssen im Eigentum des Mieters stehen.

134 **Praxishinweise**

Die Geltendmachung des Vermieterpfandrechts bietet sich insbesondere auch im Rahmen einer **Räumungsvollstreckung** an. Die **Kosten der Zwangsvollstreckung** können **erheblich reduziert** werden, wenn der Facility Manager die **Räumung nach dem sog. „Berliner Modell“** beantragt und den Vermieter lediglich in den Besitz der Mietsache einweisen lässt und **an den eingebrachten Sachen des Mieters das Vermieterpfandrecht geltend macht**. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte der Mieter bereits im Rahmen des Mietvertrages dazu verpflichtet werden, dem Vermieter eine Pfändung von eingebrachten Sachen anzuzeigen.

12.11 Wegnahmerecht des Mieters

- 135 Der **Mieter** ist nach § 539 Abs. 2 BGB **berechtigt Einrichtungen wegzunehmen**, mit denen er die Mietsache versehen hat. Nach allgemeiner Auffassung umfasst dies **alle mit**

der Mietsache verbundenen beweglichen Sachen, die den **Zweck verfolgen, der Mietsache zu dienen** (beispielsweise Sanitär- und Badeinrichtungen, Bodenbeläge, Heizungen, Ladentresen und Raumteiler, Klimaanlage, Telefonanlage sowie EDV-Verkabelung). Die beweglichen Sachen müssen mit der Mietsache **körperlich fest verbunden und wieder abtrennbar** sein. Bei Einrichtungsgegenständen und Mobiliar handelt es sich nicht um Sachen i.S.v. § 539 Abs. 2 BGB. Diese Gegenstände kann ein Mieter jederzeit entfernen, soweit der Vermieter nicht wirksam sein Vermieterpfandrecht geltend gemacht hat.

Das Wegnahmerecht des Mieters beinhaltet, dass er seine Sachen aus der Mietsache entfernen darf. Im Anschluss hat er die Mietsache jedoch wieder in den ursprünglichen Zustand zu versetzen, ihn trifft insoweit eine **umfassende Beseitigungspflicht**. Hat der Mieter beispielsweise die Armaturen des Vermieters durch eigene Armaturen ersetzt, so muss er nach dem Entfernen seiner Armaturen die Armaturen des Vermieters (bzw. gleichwertige Armaturen) wieder ordnungsgemäß installieren.

Nach §§ 578 Abs. 2, 552 Abs. 1 BGB **kann der Vermieter die Ausübung des Wegnahmerechts durch Zahlung einer angemessenen Entschädigung abwenden**, wenn nicht der Mieter ein berechtigtes Interesse an der Wegnahme hat. Der Mieter hat jedoch keinen Anspruch darauf, dass der Vermieter seine Einrichtungen übernimmt und zudem eine angemessene Entschädigung zahlt. Die Angemessenheit der Entschädigung orientiert sich am Zeitwert abzüglich der ersparten Aufwendungen des Mieters für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes. Stehen dem Mieter sachlich nachvollziehbare Gründe für die Wegnahme der Einrichtung zur Seite, so **kann das Abwendungsrecht des Vermieters im Einzelfall ausgeschlossen sein**. Die Regelung in § 539 Abs. 2 BGB, nach welcher eine Vereinbarung, durch die das Wegnahmerecht ausgeschlossen wird, nur wirksam ist, wenn ein angemessener Ausgleich vorgesehen ist, gilt im Bereich der Gewerberaummieta nicht. Auch ein formularvertraglicher entschädigungsloser Verzicht auf das Wegnahmerecht des Mieters ist möglich. Macht der Vermieter sein Pfandrecht geltend, so ist das Wegnahmerecht des Mieters ebenfalls ausgeschlossen.

136



Betriebskosten, Mietnebenkosten

13.1 Mietnebenkosten – 639

13.1.1 Betriebskosten – 639

13.1.2 Heizkosten – 642

13.1.3 Verwaltungskosten – 643

13.2 Vertragsgestaltung – 645

13.2.1 Vertragsstruktur – 646

13.2.2 Umlageschlüssel – 651

13.3 Abrechnung der Betriebskosten – 657

13.3.1 Inhalt und Form – 657

13.3.2 Fristen – 666

13.3.3 Einzelne Betriebskostenarten – 673

13.3.4 Besonderheiten – 693

13.3.5 Anpassung der Vorauszahlungen – 696

13.3.6 Inkasso und Forderungsmanagement – 699

13.3.7 Verjährung und Verwirkung – 701

13.4 Muster Betriebskostenabrechnung – 702

13.1 Mietnebenkosten

Mit dem Begriff der Mietnebenkosten wird eine Vielzahl von Kosten bezeichnet, die neben der **Grundmiete** (Nettokaltmiete) vom Mieter zu tragen sind, wenn eine entsprechende vertragliche Vereinbarung besteht. Der Begriff **Mietnebenkosten** kann als Sammelbegriff sowohl die Betriebskosten im Sinne der Betriebskostenverordnung (BetrKV) und die darin bereits enthaltenen Heiz- und Warmwasserkosten umfassen, als auch Kosten, die im Rahmen eines Mietverhältnisses auf den Mieter umgelegt werden können ohne Betriebskosten im Sinne der BetrKV zu sein. Im Folgenden wird der Begriff der Mietnebenkosten synonym mit dem der Betriebskosten gebraucht. Grundsätzlich hat nach dem gesetzlichen Leitbild gem. § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB der Vermieter die „auf der Mietsache ruhenden Lasten“, sprich die Betriebskosten, zu tragen. Allerdings sieht § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB ausdrücklich vor, dass die Mietvertragsparteien vereinbaren können, dass der Mieter die Betriebskosten trägt. § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt jedoch mangels Verweisung in § 578 Abs. 1, 2 BGB nur für Mietverhältnisse über Wohnraum. Die Überbürdung der Betriebskosten auf den Mieter entspricht sowohl in der Wohnraum- als auch in der Gewerberaummiete der weit überwiegenden Anzahl der tatsächlich gelebten Mietverhältnisse. 1

13.1.1 Betriebskosten

Gem. § 556 Abs. 1 Satz 3 BGB ist „für die Aufstellung der Betriebskosten“, also die Abrechnung der Betriebskosten, die Betriebskostenverordnung maßgeblich. Zwar gilt dies nicht unmittelbar für die Gewerberaummiete. Jedoch werden die Vorgaben der Betriebskostenverordnung auch in der Gewerberaummiete zumindest zur Auslegung entsprechender Vereinbarungen herangezogen.¹ 2

Betriebskosten sind gemäß der Legaldefinition in § 1 Absatz 1 BetrKV „die Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder Erbbaurecht am Grundstück oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen.“ Unabhängig von dieser zunächst nur für die Wohnraummieter verbindlichen Definition können in der Gewerberaummiete zusätzliche Kosten wie beispielsweise auch Verwaltungskosten mit entsprechender vertraglicher Vereinbarung auf den Mieter umgelegt werden.² Aber auch diese Kosten müssen die beiden Mindestkriterien der Entstehung durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch und die laufende Entstehung erfüllen. 3

Nicht unter diese Bedingungen sind daher zum Beispiel Schadensbeseitigungskosten einzuordnen, da diese gerade durch über den üblichen, bestimmungsgemäßen Mietgebrauch hinausgehendes Verhalten notwendig werden.³ 4

1 KG, Beschl. v. 12.02.2007 – 12 U 117/06.

2 Ausführlich zu Verwaltungskosten unter Rdn. 17 ff.

3 Blank/Börstinghaus, § 556, Rdn. 7.

- 5 **Sach- und Arbeitsleistungen** des Eigentümers oder Erbbauberechtigten dürfen gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV mit dem Betrag angesetzt werden, der für eine gleichwertige Leistung eines Dritten, insbesondere eines Unternehmers, angesetzt werden könnte; die Umsatzsteuer des Dritten darf nicht angesetzt werden. Diese Möglichkeit steht nicht nur dem privaten Vermieter zur Verfügung, der seine eigene Arbeitskraft einsetzt; vielmehr können auch institutionelle Eigentümer, die diese Leistungen durch ihre Arbeitnehmer oder durch unselbständige Einheiten erbringen, nach den Kosten abrechnen, die bei **Beauftragung eines Dritten** entstanden wären.⁴

6 Beispiel

Exkurs: Eigenleistung des Vermieters

§ 1 Abs. 1 BetrKV sieht vor, dass „Sach- und Arbeitsleistungen des Eigentümers ...(...)... mit dem Betrag angesetzt werden dürfen, der für eine gleichwertige Leistung eines Dritten, insbesondere eines Unternehmers, angesetzt werden könnte; die Umsatzsteuer des Dritten darf nicht angesetzt werden.“ Dies bedeutet zum einen, dass es grundsätzlich zulässig ist, auch Kosten der **Eigenleistung** als Betriebskosten umzulegen. Zum anderen begrenzt § 1 Abs. 1 BetrKV insbesondere die Höhe des Ansatzes dieser Kosten. Relevant ist der Ansatz von Kosten der Eigenleistung insbesondere bei den Gartenpflegekosten⁵, den Hauswartkosten⁶ sowie den Kosten der Straßenreinigung bzw. des Winterdienstes⁷.

- 7 Der Vermieter kann nun zum einen seine tatsächlich in Person aufgewendete Arbeitszeit erfassen und diese dann z.B. mit einem angemessenen Stundensatz⁸ vergüten bzw. als Betriebskosten umlegen. Ebenso können die tatsächlich entstandenen Kosten eigener Mitarbeiter, z.B. einer Hausverwaltung, die auf die jeweilige umlagefähige Tätigkeit entfallen, angesetzt und umgelegt werden.⁹
- 8 Zum anderen ist es uneingeschränkt zulässig, unabhängig von dem tatsächlich entstandenen Aufwand, die von Vermieter durch eigenes Personal Leistungen nach den **fiktiven Kosten** abzurechnen, die bei Erbringung der Leistungen durch einen Dritten entstanden wären. Hierzu kann der Vermieter die anzusetzenden fiktiven Kosten dadurch ermitteln, dass er ein auf einem detaillierten Leistungsverzeichnis über die anfallenden Arbeiten beruhenden Kostenvoranschlag eines Unternehmens einholt. Die Umsatzsteuer muss gem. § 1 Abs. 1 BetrKV in Abzug gebracht werden.¹⁰

4 BGH, Urt. v. 14.11.2012 - VIII ZR 41/12.

5 Vgl. Rdn. 174 ff.

6 Vgl. Rdn. 192 ff.

7 Vgl. Rdn. 166 f.

8 AG Berlin-Mitte, Urt. v. 11.02.2003 – 25 C 362/01 (DM 15,00); AG Kassel, Urt. v. 19.07.2012 – 452 C 5148/11 (€ 10,00).

9 LG Berlin, Urt. v. 21.08.2001 – 64 S 476/00.

10 BGH, Urt. v. 14.11.2012 – VIII ZR 41/12.

Die „**laufende Entstehung**“ ist ebenfalls wesentlichen Voraussetzungen, und bedeutet dass die Kosten regelmäßig, sprich wiederkehrend entstehen müssen.¹¹ Dies bedeutet nicht zwingend, dass die Kosten jährlich neu entstehen müssen. So wird beispielsweise bei nur alle sechs Jahre anfallenden Kosten der Öltankreinigung noch das Kriterium des regelmäßigen Wiederkehrens angenommen.¹² Weitere **aperiodisch entstehende Betriebskosten** stellen beispielsweise die nur alle sechs bzw. fünf Jahre anfallenden Kosten der Eichung von Kalt- und Warmwasserzählern¹³ dar oder die Kosten der Beseitigung von Bäumen und Sträuchern.¹⁴ Allerdings ist es bei den sogenannten aperiodisch anfallenden Betriebskosten auch zulässig die Kosten vollständig in dem Jahr anzusetzen in dem sie entstanden sind.¹⁵ Die in mehreren Bundesländern vorgeschriebene **Dichtheitsprüfung** bzgl. der privaten Abwasserkanäle muss in Abständen von 15 bis 20 Jahren wiederholt werden. Bei einem solchen unüberschaubaren Zeitraum wird man wohl nicht mehr von einer „laufenden Entstehung“ ausgehen können.¹⁶

13.1.1.1 Katalog der Betriebskostenverordnung

In § 2 Nr. 1 bis 16 der BetrKV findet sich eine Aufzählung von einzelnen Betriebskostenarten, die grundsätzlich umlagefähig sind, wenn eine entsprechende vertragliche Umlagevereinbarung getroffen wurde.

13.1.1.2 Sonstige Betriebskosten gem. § 2 Nr. 17 BetrKV

Neben dem vorgegebenen Katalog von einzelnen Betriebskostenarten gem. § 2 Nr. 1 bis 16 BetrKV enthält § 2 Nr. 17 BetrKV eine Öffnungsklausel dahingehend, dass auch „*sonstige Betriebskostenarten*“ umlagefähig sind.¹⁷

a) Wohnraummiete

In der Wohnraummiete geht die Rechtsprechung sehr viel restriktiver mit dem Begriff der sonstigen Betriebskosten um, als in der Gewerberaummiete. **Verwaltungskosten** sind hier beispielsweise nie, auch nicht mit entsprechender ausdrücklicher Vereinbarung, umlagefähig.¹⁸

b) Gewerberaummiete

Für die Gewerberaummiete sind neben einer Vielzahl von verschiedenen Kostenarten als sonstige Betriebskosten ausnahmsweise auch **Verwaltungskosten** umlagefähig.¹⁹

11 BGH, Urt. v. 14.02.2007 – VIII ZR 123/06.

12 BGH, Urt. v. 11.11.2009 – VIII ZR 221/08.

13 Vgl. Rdn. 98, 136, 158, 167.

14 Vgl. Rdn. 175.

15 BGH, Urt. v. 11.11.2009 – VIII ZR 221/08.

16 BGH, Urt. v. 11.11.2009 – VIII ZR 221/08.

17 Ausführlich dazu unter Rdn. 202 ff.

18 OLG Koblenz RE 07.01.1986 – 4 W RE 720/85; OLG Karlsruhe, RE 06.05.1988 – 9 ReMiet 1/88.

19 Vgl. Rdn. 17 ff.

13.1.2 Heizkosten

- 14 Unter dem Begriff der Heizkosten werden die Kosten sowohl der Beheizung der Mieträume als auch der Warmwassererzeugung zusammengefasst. Heiz- und Warmwasserkosten sind ein Teil der umlagefähigen Betriebskosten gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 4–6 BetrKV. Diese Kosten machen oft bis zu 50 % der Betriebskosten insgesamt aus. Wegen dieses hohen Anteils an den Nebenkosten insgesamt haben die Heiz- und Warmwasserkosten eine eigenständige Bedeutung außerhalb der sogenannten **kalten Betriebskosten** erlangt. Nicht zuletzt auch, weil für die Berechnung und Umlage besondere Regelungen gelten, die mittlerweile in der Heizkostenverordnung (HeizkostenV) normiert wurden. Die Anwendung der Regelungen der HeizkostenV ist sowohl in der Gewerberaum- wie auch in der Wohnraummiete zwingend. Die Parteien können keine wirksamen, den Regelungen der HeizkostenV entgegenstehenden, Regelungen vertraglich vereinbaren.²⁰
- 15 Allerdings beschränkt sich der Anwendungsbereich der HeizkostenV wiederum auf „die Verteilung der Kosten des Betriebs zentraler Heizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen sowie der eigenständigen gewerblichen Lieferung von Wärme und Warmwasser auch aus zentralen Warmwasserversorgungsanlagen durch den Gebäudeeigentümer auf die Nutzer der mit Wärme oder Warmwasser versorgten Räume“. Sie ist somit nicht anwendbar bei Versorgung von Räumen mit Einzelöfen, Etagenheizungen oder sonstigen dezentralen Heizungen. Ebenso, wenn eine Anlage nur eine Einheit, z.B. ein Einfamilienhaus versorgt. Die HeizkostenV dient also dem Ziel, überall da, wo Kosten der Wärme bzw. der Warmwassererzeugung entstehen, die Erfassung und Verteilung dieser Kosten zu regeln. Durch konkrete Verbrauchserfassung des einzelnen Nutzers soll dieser zur Sparsamkeit angehalten werden.²¹
- 16 Daher ist beispielsweise die Vereinbarung einer **Bruttowarmmiete** zumindest insoweit unwirksam, wie aufgrund der vertraglichen Vereinbarung keine gesonderte Erfassung und Zuordnung des konkreten Verbrauches des Mieters erfolgen soll.²²
- 17 Ferner steht dem Mieter grundsätzlich immer dann gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV ein **Kürzungsrecht** in Höhe von 15 % der Heizkosten zu, wenn keine ordnungsgemäße Verbrauchserfassung erfolgt. Allerdings sind dann die Heizkosten nicht insgesamt nach dem Verhältnis der Flächen unter Berücksichtigung des 15%igen **Abzugs** zu verteilen, sondern es bleibt grundsätzlich bei den Kosten des – fehlerhaft – ermittelten Verbrauchs, die dann um 15 % zu kürzen sind.²³

13.1.2.1 Ausnahmen

- 18 In wenigen Ausnahmefällen ist eine abweichende Parteivereinbarung möglich. Zum einen kann gem. § 6 Abs. 3 S. 2 HeizkostenV durch Parteivereinbarung bei Gemeinschaftsräumen wie Schwimmbädern oder Saunen die Verteilung der Kostenanteile geregelt wer-

20 LG Chemnitz, Urt. v. 04.04.2003 – 6 S 2691/02.

21 Lammel, in: Schmidt-Futterer HeizkostenV § 4, Rdn. 2, 3.

22 BGH, Urt. v. 19.07.2006 – VIII ZR 212/05; vgl. auch Rdn. 11 ff.

23 BGH, Urt. v. 20.01.2016 – VIII ZR 329/14.

den. Zum anderen bei der Kostenaufteilung im Falle eines **Nutzerwechsels** gem. § 9b Abs. 1–3 HeizkostenV und hinsichtlich der Vereinbarung eines höheren verbrauchsabhängigen Kostenanteils als 70 % gem. §§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 1 HeizkostenV.

13.1.2.2 Besonderheiten in der Wohnraummiete

Gemäß § 2 HeizkostenV kann in der Wohnraummiete darüber hinaus von den Vorgaben der HeizkostenV abgewichen werden, wenn ein Gebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen vorliegt und der Vermieter eine der beiden Wohnungen selbst bewohnt. Meist wird in diesem Ausnahmefall auf eine Verbrauchserfassung verzichtet und die Kosten nach dem Flächenschlüssel umgelegt. 19

13.1.3 Verwaltungskosten

Verwaltungskosten sind nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV „die Kosten der zur Verwaltung des Gebäudes erforderlichen Arbeitskräfte und Einrichtungen, die Kosten der Aufsicht, der Wert der vom Vermieter persönlich geleisteten Verwaltungsarbeit, die Kosten für die gesetzlichen oder freiwilligen Prüfungen des Jahresabschlusses und die Kosten für die Geschäftsführung (Verwaltungskosten).“ Der Grundgedanke des Gesetzgebers war es, dass diese Kosten bereits mit der Grundmiete abgegolten seien. 20

13.1.3.1 Umlage in der Wohnraummiete

Verwaltungskosten können in der Wohnraummiete grundsätzlich nicht, auch nicht im Rahmen einer **individualvertraglichen Vereinbarung**, auf den Mieter umgelegt werden. Ausnahmen von diesem Grundsatz sieht jedoch die Betriebskostenverordnung bzgl. der Kosten für die Berechnung und Aufteilung der Wasserkosten (§ 2 Nr. 2 BetrKV), die verbrauchsabhängige Betriebskostenabrechnung von Heiz- und Warmwasserkosten (§ 2 Nr. 4a, 5a BetrKV) sowie der Kosten des sogenannten **Müllmanagements** vor (§ 2 Nr. 8 BetrKV) vor. 21

Diese Regelungen haben hohe praktische Relevanz, da die Erfassung und Verteilung, sprich Abrechnung, gerade der Heiz- und Warmwasserkosten meist durch einen externen Dienstleister gegen Entgelt erfolgt. Diese Kosten können dann, obwohl sie klassische Verwaltungskosten darstellen, entgegen der grundsätzlichen Regelung im Rahmen der Heizkostenabrechnung auf die Mieter umgelegt werden. Kosten der Berechnung und Aufteilung der Wasserkosten sind die Kosten, die bei Einsatz von Kaltwasserzählern entstehen, beispielsweise für die Anmietung der Kaltwasserzähler, die Ablesung und die Erstellung der Wasserkostenabrechnung. Auch hier bieten externe Dienstleister diese Leistung für Eigentümer gegen Entgelt an, meist kombiniert mit der Erfassung der Heiz- und Warmwasserkosten und deren Abrechnung. 22

- 23 Noch nicht höchstrichterlich entschieden, ist die Frage, ob die **Kosten der Zwischenablesung** umlagefähig sind.²⁴ Diese Kosten können entstehen, wenn unterjährig, inmitten eines Betriebskostenabrechnungszeitraums, ein **Nutzerwechsel** stattfindet und somit die Heiz- und Warmwasserkostenerfassungsgeräte abgelesen werden müssen. In der Instanzrechtsprechung wird die Frage, ob diese Kosten dem ausziehenden Mieter zumindest dann belastet werden können, wenn eine entsprechende vertragliche, auch formularvertragliche, Regelung getroffen wurde völlig unterschiedlich beurteilt.²⁵ Als Rechtfertigung wird für beide vertretenen Ansichten ein Urteil des BGH angeführt, welches diese Frage ausdrücklich offen ließ.²⁶ So hat der BGH lediglich entschieden, dass ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung die Kosten der **Zwischenablesung** jedenfalls nicht umlagefähig sind.

13.1.3.2 Umlage in der Gewerberaummiete

- 24 Bei der Vermietung von Gewerberaum ist die Umlage von Verwaltungskosten grundsätzlich möglich. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass eine entsprechend eindeutige Umlagevereinbarung getroffen wurde. So muss der Mieter Art und voraussichtlichen Umfang der Kosten bestimmen können.²⁷ Der Begriff „**Verwaltungskosten**“ reicht zwar dem Grunde nach für eine wirksame Umlagevereinbarung aus, da dieser Begriff gesetzlich definiert ist.²⁸ Eine Regelung, nach der zusätzlich zu Verwaltungskosten jedoch noch „**Kosten des Centermanagements**“ umgelegt werden sollen, ist jedoch wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam.²⁹ Unklare Begriffe wie „Raumkosten“, „Kosten des Centermanagers“ oder „Allgemeiner Service“ sollten ebenfalls vermieden werden.³⁰ Um eine wirksame **Umlagevereinbarung** zu erreichen, sollte zum einen die Art der Kosten bzw. aus welchen Kosten sich beispielsweise die Kosten des **Centermanagements** zusammensetzen exakt bezeichnet werden und zum anderen eine **Höchstgrenze** der umzulegenden **Verwaltungskosten** in finanzieller Hinsicht vereinbart werden, wenn dies auch keine zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung einer entsprechenden Klausel ist.³¹ Üblich sind Größenordnungen von zwei bis fünf Prozent der Jahresnettomiete.³²
- 25 Bedeutsam in der Gewerberaummiete, insbesondere für Einzelhandelsflächen in Einkaufszentren ist die grundsätzliche Umlagefähigkeit von Beiträgen zu einer **Werbebegegnungsgemeinschaft**.³³ Dogmatisch stellen sie wohl einen Sonderfall der Verwaltungskosten dar. Daher stellt die Rechtsprechung insbesondere im Hinblick auf das Transparenzgebot des

24 AG Schöneberg, Urt. v. 07.07.2010 – 103 C 59/10; AG Rheine, Urt. v. 04.02.2009 – 14 C 445/08; AG Hohenschönhausen, Urt. v. 31.03.2008 – 16 C 205/07.

25 S.o. Fn. 18.

26 BGH, Urt. v. 14.11.2007 – VIII ZR 19/07.

27 BGH, Urt. v. 21.07.2010 – XII ZR 189/08.

28 OLG Hamburg, Urt. v. 06.02.2002 – 4 U 32/00.

29 BGH, Urt. v. 03.08.2011 – XII ZR 205/09.

30 KG, Urt. v. 08.10.2001 – 8 U 6267/00; OLG Rostock, Urt. v. 13.12.2004 – 3 U 56/04.

31 BGH, Urt. v. 10.09.2014 – XII ZR 56/11.

32 Langenberg, B. Rdn. 59.

33 BGH, Urt. v. 12.07.2006 – XII ZR 39/04; LG Berlin, Urt. v. 05.05.2000 – 64 S 509/99.

§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB hohe Anforderungen an die Wirksamkeit einer entsprechenden Umlagevereinbarung. So muss die Höhe der Beiträge feststehen oder zumindest bestimmbar sein.³⁴ Wobei die Angabe der Beiträge in der Satzung einer als Verein strukturierten Werbegemeinschaft ausreichen soll.³⁵ Der vertraglich vereinbarte Zwang zum Beitritt zu einer als Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisierten Werbegemeinschaft soll wegen des damit verbundenen Haftungsrisikos unwirksam sein.³⁶ Eine Vertragsklausel, die einen Beitritt zu einer Werbegemeinschaft in Form eines Vereins vorsieht soll wirksam sein.³⁷

Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten

26

Dies sind gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV die Kosten, die während der Nutzungsdauer zur Erhaltung des bestimmungsmäßigen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen.

Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten stellen grundsätzlich keine Betriebskosten dar und sind daher im Rahmen der Betriebskostenabrechnung nicht umlegbar. Zwar können beispielsweise über eine sogenannte **Kleinreparaturklausel** in geringfügigen Umfang Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten auf den Mieter abgewälzt werden. Jedoch eben gerade nicht als Betriebskosten.

27

13.2 Vertragsgestaltung

Zunächst einmal ist eine vertragliche **Umlagevereinbarung** grundsätzliche Voraussetzung dafür, dass überhaupt Betriebskosten vom Mieter zu tragen sind. In der Wohnraummiete geschieht dies meist durch Inbezugnahme oder aber wörtlicher Wiedergabe des Inhaltes der Betriebskostenverordnung. Ausreichend ist allerdings bereits eine reine Bezugnahme auf die entsprechenden Vorschriften wie die Anlage 3 zu § 27 II. **Berechnungsverordnung** oder aber die **Betriebskostenverordnung**.³⁸ Auch eine Klausel wie „Der Mieter trägt die Nebenkosten“ soll zumindest in der Geschäftsraummiete eine wirksame Überbürdung der Betriebskosten auf den Mieter darstellen.³⁹

28

Soweit neben dem Katalog der Betriebskostenarten gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1–16 BetrKV auch weitere sonstige Betriebskosten umgelegt werden sollen ist eine ausdrückliche und spezifizierte Nennung dieser Kostenarten im Vertrag notwendig. Neben der Vereinbarung, welche Betriebskostenarten überhaupt umgelegt werden sollen, ist in der Wohnraummiete kaum weiterer Gestaltungsspielraum über die gesetzlichen Vorgaben hinaus. Weder kann im Regelfall von dem in § 556 Abs. 3 BGB normierten Betriebskostenabrechnungszeit-

29

34 BGH, Urt. v. 12.07.2006 - XII ZR 39/04.

35 BGH, Urt. v. 13.04.2016 - XII ZR 146/14.

36 BGH, Urt. v. 12.07.2006 - XII ZR 39/04.

37 BGH, Urt. v. 13.04.2016 - XII ZR 146/14.

38 BGH, Urt. v. 10.02.2016 - VIII ZR 137/15.

39 OLG Hamburg, Urt. v. 06.02.2002 - 4 U 32/00.

raum von zwölf Monaten abgewichen werden⁴⁰ noch können die **formellen und materiellen Anforderungen** an eine Betriebskostenabrechnung selbst gravierend geändert werden. Gestaltungsspielraum bleibt lediglich noch in gewissen Grenzen bei der Vereinbarung der Verteilerschlüssel.

- 30 Im Gewerberaum sind die Vertragsparteien etwas freier in der **Vertragsgestaltung**.⁴¹

13.2.1 Vertragsstruktur

- 31 Die wohl am häufigsten anzutreffende vertragliche Struktur in Bezug auf die Betriebskosten ist die der Vereinbarung einer **Nettokaltmiete** zzgl. abrechenbarer Vorauszahlungen auf die Betriebskosten. Dies ist jedoch nicht zwingend. Folgende Variationen sind grundsätzlich denkbar:

13.2.1.1 Inklusivmiete oder Bruttowarmmiete

- 32 In Altverträgen durchaus noch relativ häufig anzutreffen sind sogenannte **Inklusiv-** oder **Bruttowarmmieten**. Dies bedeutet, dass alle Betriebskosten inklusive der Heizkosten in der vereinbarten Miete enthalten sein sollen und somit eine Betriebskostenabrechnung weder geschuldet ist noch der Vermieter gegebenenfalls sich ergebende Nachzahlungen vom Mieter verlangen kann. Eine solche Vereinbarung ist bzgl. der Heiz- und Warmwasserkosten unwirksam.⁴² Hinsichtlich aller weiteren Betriebskostenarten ist sie zulässig. Es obliegt daher in einem solchen Fall dem Vermieter, eine der HeizkostenV entsprechende Heiz- und Warmwasserkostenabrechnung zu erstellen. Anhand der Betriebskostenabrechnung kann dann der Anteil der Miete herausgerechnet werden, der zukünftig als abrechenbare Vorauszahlung auf die Heiz- und Warmwasserkosten zu entrichten ist. Der entsprechende Anteil muss zwingend aufgrund einer konkreten Betriebskostenabrechnung ermittelt werden. Der Vermieter darf nicht auf Durchschnitts- oder Vergleichswerte abstellen.⁴³

13.2.1.2 Teilinklusivmiete

- 33 Eine **Teilinklusivmiete** liegt dann vor, wenn die Parteien vereinbart haben, dass der Mieter neben den Heiz- und Warmwasserkosten auch einen Teil der weiteren Betriebskosten trägt. Entweder als **Pauschale** oder aber als abzurechnende Vorauszahlung. Die übrigen Betriebskosten sind bei dieser Variante in der Grundmiete enthalten.

40 In diesem Ausnahmefall wurde eine einmalige, einvernehmliche Verlängerung des Abrechnungszeitraums auf 19 Monate für wirksam erachtet: BGH, Urt. v. 27.07.2011 – VIII ZR 316/10.

41 Vgl. Rdn. 50 ff.

42 BGH, Urt. v. 19.07.2006 – VIII ZR 212/05; vgl. Rdn. 13 ff.

43 BGH, Urt. v. 26.10.2005 – VIII ZR 41/05.

13.2.1.3 Bruttokaltmiete

Bei Vereinbarung einer **Bruttokaltmiete** wird eine abrechenbare Vorauszahlung auf die Heiz- und Warmwasserkosten vereinbart über die nach den Vorgaben der HeizkostenV abzurechnen ist. Alle weiteren Betriebskostenarten sind in der Miete enthalten. Eine Betriebskostenabrechnung über die weiteren Betriebskosten ist nicht geschuldet und findet demgemäß auch nicht statt. 34

13.2.1.4 Nettokaltmiete

Die Vereinbarung einer **Nettokaltmiete** zzgl. Vorauszahlungen auf die Betriebskosten stellt den wohl häufigsten Fall der mietvertraglichen Vereinbarung in der Praxis dar. Soweit eine Nettokaltmiete vereinbart wurde, sind darin weder Heiz- und Warmwasserkosten noch sonstige Betriebskosten enthalten. Soweit die grundsätzliche Kostentragungspflicht des Mieters wirksam vereinbart wurde sind die anfallenden Betriebskosten vom Mieter zu tragen. 35

Praxistipp

36

Wenn auch das größte Kostenrisiko in den vom Mieterverhalten abhängigen Verbrauchskosten wie Heiz- und Warmwasserkosten, liegt, ist generell davon abzuraten, überhaupt Teilinklusionmieten oder auch Betriebskostenpauschalen zu vereinbaren. Es sei denn, der kalkulatorische Anteil der Betriebskosten an der Miete ist so hoch, dass die tatsächlich entstehenden Kosten darunter liegen. Selbst wenn dies jedoch zu Beginn der Laufzeit des Vertrages noch der Fall sein sollte ist damit zu rechnen, dass aufgrund der allgemeinen Kostensteigerungen der ehemals auskömmliche Anteil zur Deckung der tatsächlichen Kosten nicht mehr ausreicht und der Vermieter somit nicht die volle Kostenbelastung auf den Mieter abwälzen kann. Dies kann gerade im Wohnraum mit den sehr eingeschränkten Kündigungsmöglichkeiten zu einer nicht zu kalkulierenden Kostenlast des Vermieters führen.

13.2.1.5 Direktabrechnung

Alternativ kann auch zwischen den Parteien vereinbart werden, dass einzelne Kostenarten, insbesondere Versorgungsleistungen direkt zwischen Mieter und dem Dritten (Lieferanten wie beispielsweise Energieversorger) abgerechnet werden. In diesem Fall schuldet der Vermieter nicht die Zurverfügungstellung der entsprechenden Leistung. Üblich ist dies bereits bzgl. des in den Mieträumen vom Mieter verbrauchten Stroms. Darüber hinaus in der Wohnraummiete bei Vermietung von Einfamilienhäusern auch bzgl. der Lieferung von Frischwasser, Heizenergie und Warmwasser. In der Gewerberaummiete sind je nach Objekt und Art des Gewerbes verschiedene Konstellationen denkbar. 37

a) Kosten der Wärmelieferung - Contracting

Der Gesetzgeber hat die sogenannte eigenständige gewerbliche Lieferung von Heizwärme sowie Warmwasser im Jahr 2013 völlig neu geregelt. Der umgangssprachlich verwendete 38

Begriff des **Contractings** kommt in den gesetzlichen Hauptregelungen nicht vor. Allerdings wird der Begriff des Contractings in einer DIN und einer EU-Richtlinie näher ausgeführt.⁴⁴ Hier ist stets von „**gewerblicher Wärmelieferung**“ die Rede. Gesetzgeberisches Ziel ist es die Energieeffizienz von Heizungsanlagen im Immobilienbestand insgesamt zu verbessern, da die Vorschriften sowohl für die Wohnraummiete als auch für die Gewerberaummiete gelten. Lediglich der preisgebundenen Wohnraum ist ausgenommen. Der Gesetzgeber ging dabei davon aus, dass dieses Ziel durch die Einschaltung Dritter besser gelingen könne, als durch Tätigwerden des Vermieters selbst. Die relevanten Regelungen finden sich in § 556 c BGB sowie in der **Wärmelieferverordnung** (WärmeLV). Nach der Mietrechtsreform des Jahres 2013 dürfte eine Umstellung auf eine Contracting-Lösung im Verhältnis zum Mieter ausschließlich unter Beachtung der Vorgaben des § 556 c BGB möglich sein.⁴⁵

- 39 Die **Umstellung** muss den Mietern angekündigt werden. Da der Vermieter das Risiko des Zugangs beim Mieter trägt ist von einem allgemeinen Aushang im Treppenhaus abzuraten. Die vom Gesetz vorgesehene Textform ist daher in ihrer elektronischen Form nur dann zulässig, wenn die Mieter bekanntermaßen entsprechende technische Empfangsvorrichtung besitzen. Ansonsten müssen die papiermäßigen Formen verwendet werden. Die Umstellung muss gemäß §11 Abs.1 WärmeLV drei Monate vorher dem Mieter angekündigt werden. „Umstellung“ bedeutet hier die Abrechnung des Wärmepreises in die Heizkostenabrechnung und nicht die technische Umgestaltung der Wärme-/Warmwasserversorgung. Ferner unterliegt die Umstellung den allgemeinen Regelungen für Änderungen der Abrechnungsmodalitäten einer Betriebs- bzw. Heizkostenabrechnung. Denn mit der Umstellung ist auch eine Änderung der Abrechnungsweise verbunden; anstelle der Einzelkostenabrechnung nach § 7 Abs.2 HeizKV erfolgt nunmehr eine Gesamtkostenabrechnung nach dem Wärmepreis gemäß § 7 Abs. 4 HeizKV. Eine derartige Änderung ist gemäß § 6 Abs. 4 Satz 3 HeizKV nur zu Beginn eines Abrechnungszeitraumes zulässig, so dass eine Umstellung auf den Wärmepreis während des Laufes einer Abrechnungsperiode unzulässig ist.
- 40 Der Inhalt der Ankündigung ist in § 11 Abs. 2 WärmeLV normiert. So ist die Art der zukünftigen Wärmelieferung anzugeben, Angaben über die **Energieeinsparung**, ein **Kostenvergleich** ist vorzunehmen und **Zeitpunkt** der Umstellung mitzuteilen.
- 41 Grundsätzlich sind drei unterschiedliche Energiedienstleistungen zu unterscheiden, die wiederum mehrere technisch bedingte Unterfälle vorweisen: Das Erstellen einer neuen Anlage zur Wärmeerzeugung (eigentliches **Contracting-Modell**), die Lieferung von Wärme in ein Wärmenetz (**Fernwärme**) sowie das **Betriebsführungscontracting**. Während bei den beiden ersten Formen die vorhandene Altanlage entfernt wird, bleibt sie beim dritten Modell bestehen und soll durch spezialisierte Bedienung effizienter gemacht werden.

44 DIN 8930-5 von 2003; Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG [ABl. L315 S. 1] Art. 2 Nr. 7; Art. 18.

45 Lammel, in: Schmidt-Futterer § 556 c BGB, Rdn. 9.

aa) Energieliefercontracting

Der Dienstleister (= **Contractor**) plant, finanziert und erstellt im Falle des **Energieliefercontractings** die Energieerzeugungsanlage oder er übernimmt eine bestehende Anlage und trägt die volle Anlagenverantwortung, d. h. Einkauf der einzusetzenden Energie, Aufrechterhaltung des Betriebs durch Instandhaltung/Instandsetzung und Wartung. Die erzeugte Wärme wird dann an den Gebäudeeigentümer zum **Wärmepreis** verkauft; dieser Preis setzt sich zusammen aus einem fixen Grundpreis und einem variablen **Arbeitspreis**. Der **Grundpreis** stellt allein auf die Vorhaltung der Anlage (ohne Wärmeabnahme) ab und soll die Kapitalkosten für die Investition (also auch die Verzinsung des eingesetzten Kapitals), ferner die Personal- und Sachkosten für Pflege, Überwachung, Wartung, Reparatur der Anlage, Versicherungskosten, Unternehmergewinn (und mangels gesonderter Vereinbarung auch die Messkosten) abdecken. Der Arbeitspreis berechnet sich nach der Wärmeabnahme und setzt sich zusammen aus den Kosten für die Brennstoffbeschaffung, Anlagenstrom (z. B. Pumpen), Wirkungsverluste. Diese betriebswirtschaftliche Aufteilung ändert aber nichts daran, dass nach § 7 Abs. 3, 4 HeizKV der Wärmepreis unaufgespalten verteilt werden muss. Dies bedeutet allerdings, dass durch die Verbrauchserfassungseinrichtungen ermittelte Verbrauch lediglich dazu dient ein Verhältnis der Aufteilung der Wärmekosten zu erreichen und nicht eine beispielsweise mit Wärmemengenzähler erfasste Energiemenge als solche auf den Mieter umgelegt wird.

Insbesondere beim Energieliefercontracting sind wiederum zwei Varianten häufig anzutreffen:

aaa) Fernwärme

In dem einen Fall produziert der Dritte Wärme extern, sprich mit einer außerhalb des geheizten Gebäudes liegenden Anlage. Dies ist klassischerweise bei der sogenannten **Fernwärme** der Fall. Oft entsteht Fernwärme quasi als Abfallprodukt von kommunalen Müllverbrennungsanlagen und wird demgemäß über die kommunalen Stadtwerke vertrieben. Ein weiteres Beispiel sind **Blockheizkraftwerke**. Da gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4c, 5c BetrKV „die Kosten der eigenständigen, gewerblichen Lieferung von Wärme und Warmwasser“ umlagefähig sind können alle vom Fernwärmeversorger in Ansatz gebrachten Kosten als Betriebskosten auf den Mieter umgelegt werden. In diesem Fall sind ausnahmsweise auch die vom Lieferanten in Ansatz gebrachten Investitionen, Finanzierungskosten, Amortisationen, Reparaturen, Pacht von Räumlichkeiten und sowie der Gewinn des Unternehmens umlegbar.⁴⁶

bbb) Nahwärme

Um **Nahwärme** als zweite Variante des Contractings handelt es sich, wenn ein Dritter mit einer im beheizten Gebäude selbst befindlichen Anlage die Wärmeversorgung betreibt. Dabei sind wiederum zwei Varianten zu unterscheiden. Eher selten anzutreffen sind die Fälle in denen der Mieter durch den Vermieter vertraglich verpflichtet wird einen Wär-

46 BGH, Urt. v. – VIII ZR 286/02; 37; BGH, Urt. v.16.07.2003 – VIII ZR 286/02; LG München II, Urt. v. 19.09.2000 – 12 S 3192/00.

melieferungsvertrag direkt mit dem Contractor abzuschließen, sog. **Fullcontracting**. Der häufigste Fall ist jedoch, dass der Wärmelieferungsvertrag nach wie vor zwischen Eigentümer bzw. Vermieter des Objektes und dem Contractor geschlossen wird. Hintergrund des Wärmecontractings ist meist der anstehende Austausch bzw. die notwendig gewordene Erneuerung der bestehen Heiz- und Warmwasseraufbereitungsanlage, die mit hohen Investitionskosten verbunden ist. Diese Investitionen übernimmt der Contractor, dem dann gleichzeitig das Recht eingeräumt wird, auf eine fest vereinbarte Vertragslaufzeit exklusiv das Mietobjekt mit Heizenergie und Warmwasser zu beliefern. Ein solches Contracting rentiert sich jedoch für den **Contractor** nach derzeitigem Stand meist erst ab vier bis sechs Einheiten.⁴⁷

- 45 Der Contractor darf gegenüber dem Vermieter seine gesamten Kosten in den **Lieferpreis** einpreisen.⁴⁸ Ob der Vermieter diese Kosten allerdings in voller Höhe auf die Mieter abwälzen kann ist höchstumstritten.⁴⁹ Jedenfalls umlegbar sollen sie jedoch sein, wenn eine entsprechende vertragliche Vereinbarung vorliegt oder nachträglich getroffen wird.⁵⁰ Das Contracting, insbesondere das **Fullcontracting**, hat für den Vermieter den großen Vorteil, dass er sich des Inkassos der Heiz- und Warmwassererzeugungskosten gegenüber dem Mieter entledigt und somit auch nicht das Insolvenzrisiko des Mieters trägt. Zum anderen kann er sich von der Investitionslast für eine Erneuerung der Heizanlage befreien kann und zudem von jeglichen Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten befreien, da diese nun ausschließlich den Contractor treffen.
- 46 Im Verhältnis zum Mieter ist der Vermieter jedoch bei Störungen der Heizungsanlage nach wie vor zur Mängelbeseitigung verpflichtet und ist ebenfalls Adressat einer Mietminderung durch den Mieter.⁵¹ Der Vermieter hat daher darauf zu achten, dass der Vertrag mit dem Contractor entsprechende kurzfristige Mangelbeseitigungspflichten des Contractors vorsieht und bestenfalls sogar bei längerfristigen Ausfällen eine Regressmöglichkeit des Vermieters bzgl. etwaiger Minderungsansprüche des Mieters vorsieht. Idealerweise profitiert auch der Mieter vom Contracting durch sinkende Heiz- und Warmwassererzeugungskosten aufgrund von einer verbesserten und damit sparsameren Anlagentechnik.

bb) Betriebsführungscontracting

- 47 Im **Betriebsführungscontracting** ist der Contractor hauptsächlich für den Betrieb und die Überwachung der Wärmeerzeugungsanlage verantwortlich, während die Lieferung der Wärmeenergie auch durch Dritte erfolgen kann.

47 Pfeifer, in: DMT-Bilanz 2011, S. 555.

48 BGH, Urt. v. 16.07.2003 – VIII ZR 286/02.

49 LG Osnabrück, Urt. v. 14.03.2002 – 9 S 1273/01; LG München II, Urt. v. 28.12.1999 – 12 S 1168/99; LG Chemnitz, Urt. v. 01.11.1999 – 12 S 2013/99; LG Frankfurt, Urt. v. 10.12.2002 – 2/11 S 194/02, 2-11 S 194/02.

50 BGH, Urt. v. 06.04.2005 – VIII ZR 54/04; Urt. v. 01.06.2005 – VIII ZR 84/04; LG Braunschweig, Urt. v. 11.07.2000 – 6 S 40/00; LG Essen, Urt. v. 30.05.2000 – 15 S 279/99; AG Düsseldorf; Urt v. 18.04.2005 58 C 18187/04.

51 Derleder, NZM 2003, 737, 744, WuM 2000, 3, 4.

b) Sonstige Versorgungsleistungen bzw. Kostenarten

Eine **Direktversorgung** des Mieters, also der Zwang bzw. die Möglichkeit einen Versorgungsvertrag direkt zwischen Mieter und dem jeweiligen Dienstleister abzuschließen, ist auch bei den Kosten der Gemeinschafts-Antennenanlage bzw. dem Betrieb einer mit einem Breitbandnetz verbundenen privaten Verteilanlage sowie der Lieferung von Wohnungstrom möglich und wird regelmäßig praktiziert. Bei allen weiteren Versorgungsleistungen, wie Frischwasser oder Gas, scheitert der Abschluss eines Direktversorgungsvertrages meist an der fehlenden Möglichkeit durch individuelle Zähler oder getrennte Versorgungsleistungen den individuellen Verbrauch zu erfassen. 48

Zulässig ist zudem in der Gewerberaummieta eine vertragliche Verpflichtung des Mieters zum Abschluss einer Glasversicherung.⁵² Allerdings besteht in diesem Fall das Risiko, dass der Mieter die entsprechenden Versicherungsprämien nicht zahlt und somit im Schadensfall keine Einstandspflicht der Versicherung besteht. Ob dann ein Schadensersatzanspruch gegen den Mieter besteht und dieser zudem durchsetzbar ist kann zweifelhaft sein, so dass es ratsam ist, in diesem Fall den Abschluss des Versicherungsvertrages nicht aus der Hand zu geben. 49

13.2.2 Umlageschlüssel

Sobald mehrere Parteien ein Hausgrundstück nutzen und zur Tragung von Betriebskosten verpflichtet sind, muss der Vermieter für eine gerechte Verteilung der Betriebskosten Sorge tragen. Dies geschieht durch die Vereinbarung entsprechender Umlageschlüssel, soweit konkrete Verbräuche nicht erfasst oder zugeordnet werden können. Möglich ist dies zum einen, wenn eine direkte **Verbrauchserfassung** erfolgt, wie z.B. bei vorhandenen Kaltwasserzählern. Ebenso bei einer direkten Kostenzuordnung beispielsweise bzgl. der Kosten der Messungen nach dem Bundes-Immisionsschutzgesetz, wenn die Einheiten mit Einzelfeuerstätten ausgestattet sind wie z.B. Gasetagenheizungen. Soweit keine direkte Kostenzuordnung erfolgen kann, muss eine Verteilung über einen entsprechenden Umlageschlüssel erfolgen. 50

Da durch die Auswahl des Umlageschlüssels der Kostenanteil des jeweiligen Mieters sich stark verändern kann, liegt hierin ein besonders hohes Streitpotential. Der Vermieter hat darauf zu achten, dass er eine **angemessene Kostenverteilung** durch die Wahl des entsprechenden Umlageschlüssels gewährleistet.⁵³ 51

Seit der Mietrechtsreform vom 01.09.2001 ist bei fehlender entgegenstehender vertraglicher Vereinbarung im preisfreien Wohnraum die Umlage der Betriebskosten gem. § 556a Abs. 1 BGB nach dem Anteil der Wohnflächen vorzunehmen. Eine anderweitige Vereinbarung ist jedoch grundsätzlich möglich. Ebenso ist es zulässig anstelle eines konkreten Umlageschlüssels ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen des Vermieters zu vereinbaren, da die Regelung in § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB abdingbar ist.⁵⁴ 52

⁵² LG Wuppertal, Urt. v. 24.05.2016 – 16 S 104/15.

⁵³ LG Bonn, Urt. v. 17.05.2010 – 6 S 75/08.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 05.11.2014 – VIII ZR 257/13.

- 53 Für Gewerberaummiete gilt § 556a Abs. 1 BGB nicht, so dass die Mietvertragsparteien eine Vereinbarung über die Umlageschlüssel treffen sollten. Auch hier ist die Vereinbarung eines anderen Umlageschlüssels als des Flächenschlüssels möglich. Falls keinerlei vertragliche Vereinbarung getroffen wurde, gilt im preisfreien Wohnraum der Auffangtatbestand des § 556a BGB, so dass alle nicht durch Verbrauchserfassung zuzuordnenden Betriebskosten nach dem Anteil der Wohnflächen zu verteilen sind. In der Gewerberaummiete existiert kein gesetzlich vorgegebener Umlageschlüssel. Hier wird dem Vermieter gestattet die ursprünglich nicht vereinbarten Umlageschlüssel durch die Erstellung der ersten Betriebskostenabrechnung nach billigem Ermessen festzulegen.⁵⁵ An der damit vorgenommen Festlegung muss der Vermieter sich dann jedoch festhalten lassen.

13.2.2.1 Anfängliche vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

- 54 Die Vertragsparteien sind relativ frei, beliebige Umlageschlüssel vertraglich zu vereinbaren. Allerdings hat die Rechtsprechung einige zu beachtende Grundsätze aufgestellt. So soll die Vereinbarung eines nutzerbezogenen Umlageschlüssels bei Betriebskostenarten, deren Entstehung und vor allem Höhe nicht von der Anzahl der Nutzer bzw. dem Nutzerverhalten abhängt, unzulässig sein.⁵⁶ Dies ist beispielsweise bei Kostenarten wie der Grundsteuer, den Sachversicherungen oder auch dem Niederschlagswasser der Fall. Völlig sachfremde Erwägungen dürfen bei der Auswahl des Umlageschlüssels ebenfalls keine Rolle spielen. So ist beispielsweise die Umlage nach dem Alter der Nutzer unzulässig. Es ist auch ohne weiteres zulässig für verschiedene Betriebskostenarten unterschiedliche Umlageschlüssel zu vereinbaren. Dies kann im Extremfall dazu führen, dass für jede Betriebskostenart ein anderer Umlageschlüssel vereinbart wird. Zusätzlich verkompliziert wird dies in der Praxis oft dadurch, dass in den Mietverträgen der verschiedenen Mieter eines Objektes für dieselben Betriebskostenarten unterschiedliche Umlageschlüssel vereinbart werden, die dann grundsätzlich auch Beachtung finden müssen. Dies hat zur Folge, dass für jeden Mieter eine individuelle Betriebskostenabrechnung erstellt werden muss.

13.2.2.2 Nachträgliche vertragliche Änderungsmöglichkeiten

- 55 Nachträglicher Änderungsbedarf bzgl. der Umlagevereinbarung besteht meist entweder hinsichtlich einer **Vereinheitlichung der Umlageschlüssel** der Mieter einer Betriebskostenabrechnungseinheit, im Falle der nachträglich installierten Verbrauchserfassungseinrichtungen oder aber bei nachträglich eingeführten Betriebskosten.
- 56 Die nachträgliche Änderung eines vertraglich vereinbarten Umlageschlüssels stellt jedoch in jedem Fall eine Vertragsänderung dar, die einseitig grundsätzlich nicht möglich ist, sofern vertraglich kein entsprechender Vorbehalt vereinbart wurde. Ohne Vereinbarung eines entsprechenden vertraglichen Vorbehaltes ist eine Änderung letztlich nur im Falle der **Störung der Geschäftsgrundlage** gem. § 313 BGB möglich. Dafür muss jedoch eine krasse Unbilligkeit vorliegen, die nur in absoluten Ausnahmefällen angenommen wird.⁵⁷

55 BGH, Urt. v. 21.01.2004 – VIII ZR 137/03, OLG Hamm, RE v. 27.09.1983 – 4 ReMiet 14/82.

56 OLG Hamburg, Urt. v. 31.10.1986 14 U 129/85; Blank, in: Blank/Börstinghaus § 556a, Rdn. 9, 9c.

57 BGH, Urt. v. 31.05.2006 – VIII ZR 159/05.

Allein die Vereinheitlichung von unterschiedlichen Umlageschlüsseln zur Vereinfachung der Erstellung der Betriebskostenabrechnung ist nicht zulässig. Andererseits kann eine Vereinheitlichung der Umlageschlüssel notwendig werden, wenn ansonsten einzelne Mieter unangemessen benachteiligt würden.

Soweit ein entsprechender vertraglicher, auch formularvertraglicher Vorbehalt vereinbart wurde, ist eine einseitige Änderung der Umlageschlüssel unter den folgenden von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen möglich. Es müssen zum einen sachliche Gründe hierfür vorliegen. Zum anderen muss die Bestimmung des neuen Umlageschlüssels an **billiges Ermessen** gem. § 315 BGB gebunden sein, die Umstellung muss vor der neuen Betriebskostenabrechnungsperiode erfolgen und die Heizkosten müssen ausgenommen sein.⁵⁸

Gesetzlich normiert in § 556a Abs. 2 BGB ist die Möglichkeit, entgegen einer **vertraglichen Vereinbarung** auf einen Umlagemaßstab umzustellen, der dem unterschiedlichen Verbrauch oder Verursachung Rechnung trägt. Diese Vorschrift gilt allerdings nur in der Wohnraummiete. Dies ist de facto jedoch nur bei der Installation von Verbrauchserfassungseinrichtungen der Fall wie dem Einbau von Kaltwasserzählern oder aber bei der Anschaffung bzw. Zuordnung von Müllgefäßen zu einzelnen Mietern. Entgegen dem nicht eindeutigen Wortlaut der Vorschrift kann das Änderungsbegehren auch mehrfach ausgeübt werden.⁵⁹ Allerdings ist es in diesem Fall zulässig auch verursachungsabhängige Betriebskosten nicht zu 100 % nach erfasster Verursachung umzulegen, sondern in gewissem Umfang verursachungsunabhängige Kostenbestandteile in die Umlage der Betriebskosten einzubeziehen. So zum Beispiel **Fixkosten** wie **Grundgebühren** oder **Zählermiete**.⁶⁰

Eine Umstellung des Umlageschlüssels der Abrechnung von verbrauchsabhängigen Betriebskosten auf das **Kopfprinzip** soll ausdrücklich keinen Fall von § 556a BGB darstellen.⁶¹

Weitere Voraussetzungen für die Umstellung sind jedoch, dass sie zum einen nur für zukünftige Betriebskostenabrechnungsperioden erfolgen kann und zudem durch Erklärung in Textform angekündigt werden muss.⁵⁹

Bei der Einführung von neuen Betriebskosten ist eine Festlegung des Umlageschlüssels für diese Betriebskostenart dem Vermieter nach **billigem Ermessen** § 315 BGB freigestellt. Soweit keine Vereinbarung getroffen wird, gilt der gesetzliche Maßstab des § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB, zumindest in der Wohnraummiete. Die gesetzliche Wertung des § 556a BGB, spricht dem Flächenschlüssel, im Zweifel den Vorrang einzuräumen, kann entsprechend für die Gewerberaummiete übernommen werden.⁶²

⁵⁸ BGH, Urt. v. 20.01.1993 – VIII ZR 10/92.

⁵⁹ BGH, Urt. v. 06.04.2016 – VIII ZR 78/15.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 06.04.2016 – VIII ZR 78/15.

⁶¹ LG Essen, Urt. v. 01.09.2005 – 10 S 145/05.

⁶² Langenberg F. Rdn. 29.

61 **Praxistipp**

Soweit in einem Objekt mehrere Einheiten vorhanden sind werden diese im Laufe der Zeit meist unabhängig voneinander neu vermietet. Dabei werden in den seltensten Fällen übereinstimmende Mietvertragsformulare verwendet, so dass im Laufe der Zeit in jedem Mietverhältnis abweichende Regelungen zur Umlage der Betriebskosten gelten. Eine einseitig erzwungene Umstellung der Umlageschlüssel zwecks **Vereinheitlichung** ist nicht zulässig. Möglich ist jedoch selbstverständlich eine einvernehmliche Änderung, so dass es durchaus sinnvoll sein kann, eine Musterbetriebskostenabrechnung mit den zukünftig angestrebten Umlageschlüsseln an alle Mieter mit der Bitte zu versenden, einer Änderung der Umlageschlüssel zu den in der Musterbetriebskostenabrechnung enthaltenen zuzustimmen.

13.2.2.3 Einzelne Umlageschlüssel

- 62 Es ist eine Vielzahl von möglichen Umlageschlüsseln denkbar. Die Zulässigkeit der Umlageschlüssel ist immer in Relation zu der zu verteilenden Kostenart zu sehen. Neben dem Flächenschlüssel stellen die am häufigsten verwendeten Umlageschlüssel die **Zahl der Nutzer**, die **Anzahl der Einheiten**, der **Umfang der Nutzung** oder die Verteilung nach dem **unterschiedlichen Gebrauch** dar.

a) Verhältnis der Flächen

- 63 Ein Flächenschlüssel zur Verteilung der Betriebskosten wird aufgrund der Wertung des Gesetzgebers in § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB für alle Betriebskostenarten als zulässig erachtet, obwohl auch dieser Umlageschlüssel in Einzelfällen zu vermeintlichen Ungerechtigkeiten führen kann. So beispielsweise für den Fall der Umlage und Verteilung von Kosten, deren Entstehung in keiner Relation zu der Fläche der Wohnung steht oder aber darüber hinaus sogar anhand eines anderen Umlageschlüssels wie der Anzahl der Einheiten im Haus berechnet wird. Dies ist meist bei den Kosten des Kabelfernsehens gem. § 2 Abs. 1 Nr. 15b BetrKV der Fall.
- 64 Allerdings wird **absolute Einzelfallgerechtigkeit** von der Rechtsprechung bei der Umlage der Betriebskosten nicht verlangt, da auch der Vermieter eine Betriebskostenabrechnung mit zumutbarem Aufwand erstellen können soll.⁶³
- 65 Problematisch kann im Einzelfall die Art der Fläche bzw. deren Berechnung sein. Bei Verwendung des Begriffes der **Wohnfläche** kann in den meisten Fällen noch auf die Vorgaben der Wohnflächenverordnung (WoFlV) abgestellt werden. Im preisgebundenen Wohnraum ist dies ab dem 01.01.2004 sogar zwingend. Davor ist die Anwendung der §§ 42 bis 44 II. Berechnungsverordnung (II. BV) zwingend.
- 66 Im Gewerberaum existiert keine einheitliche Berechnungsmethode zur Ermittlung von Flächen.⁶⁴ Von der Berechnung nach der **DIN 277** bis hin zur Vereinbarung einer Flä-

63 BGH, Urt. v. 06.10.2010 – VIII ZR 183/09; Urt. v. 25.11.2009 – VIII ZR 69/09; Urt. v. 20.09.2006 – VIII ZR 103/06.

64 Langenberg, in: Schmidt-Futterer Anhang zu § 556a, Rdn. 24.

chenberechnung nach der „**Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für gewerblichen Raum (MF-G)**“ sind hier viele Varianten denkbar, so dass es auf die jeweilige konkrete Parteivereinbarung ankommt. Falls der vertraglichen Vereinbarung nichts zu entnehmen ist, soll das jeweilige ortsübliche Verfahren als stillschweigend vereinbart gelten.⁶⁵

Falls die Größe der im Vertrag **vereinbarten Fläche** von der **tatsächlichen Fläche** voneinander abweicht stellt sich die Frage, welche Fläche der Abrechnung zugrunde zu legen ist. Grundsätzlich gilt die im Vertrag vereinbarte Fläche als verbindlich.⁶⁶ Lediglich dann, wenn die Differenz zwischen vereinbarter und tatsächlicher Fläche mehr als 10 % beträgt, ist die tatsächliche Fläche anzusetzen.⁶⁷ Die Einzelfläche erlangt immer nur im Verhältnis zu der Gesamtfläche des Objektes Bedeutung. Maßgebliche Gesamtfläche ist die jedes einzelnen Mieters und zwar je nachdem, ob im Einzelfall eine mietvertragliche **Flächenvereinbarung** vorliegt und diese Fläche dann gegebenenfalls mehr als 10 % von der tatsächlichen abweicht. Dass dabei je nach gewähltem Fallbeispiel insgesamt mehr Kosten auf die Mieter umgelegt werden, als überhaupt entstanden sind oder auch der Vermieter auf Kosten sitzen bleiben kann ist aus Praktikabilitätsgründen bei Anwendung der starren 10 % Grenze hinzunehmen.

67

Fallbeispiel

68

Tatsächliche Fläche:	200 m ² bei zwei Wohnungen á 100 m ²
Vereinbarte Fläche:	Mieter A 109 m ² , Mieter B 95 m ²
Bei Mieter A anzusetzende Gesamtfläche:	209 m ² , bei Mieter B: 195 m ²
Kosten gesamt:	€ 2.000,00; Kosten für A € 1.043,06, Kosten für B € 974,36
Gesamtkostenbelastung Mieter:	€ 2.017,42

b) Zahl der Nutzer

Dieser Umlageschlüssel ist zumindest für alle **verbrauchsabhängigen Betriebskostenarten** grundsätzlich zulässig.⁶⁸ Landläufig wird dieser Umlageschlüssel als besonders gerecht angesehen. Zwei erhebliche Argumente sprechen jedoch gegen die Verwendung dieses Schlüssels. Zum einen ist ausschließlich das jeweilige Nutzerverhalten für die Frage des Verbrauches von Betriebskosten ausschlaggebend und nicht die bloße Anzahl der Nutzer. So mag man nur verschiedene Zwei-Personen Haushalte miteinander vergleichen und man wird schnell feststellen, dass bei gleicher Personen- bzw. Nutzerzahl ein völlig unterschiedliches Verbrauchsverhalten vorliegt, welches die Zahl der Nutzer als völlig ungeeignetes Kriterium für eine gerechte Kostenumlage erscheinen lässt. So wird ein alleinerziehender Mieter mit Kind mit häufigem Duschen, Waschen und Kochen zu Hause sicherlich einen

69

⁶⁵ BGH, Urt. v. 23.05.2007 – VIII ZR 231/06.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 31.10.2007 – VIII ZR 261/06.

⁶⁷ AG Lüdenscheid, Urt. v. 10.03.2009 – 15 C 318/08.

⁶⁸ Langenberg F. Rn. 53; Blank/Börstinghaus § 556a, Rdn. 10.

höheren Wasserverbrauch haben als zwei berufstätige Mieter, die täglich außerhäusig Essen, die Wäsche in die Reinigung bringen und im Fitnessstudio duschen. In beiden Fällen würde jedoch eine Kostenumlage für jeweils zwei Köpfe erfolgen. Ein offensichtlich nicht zufriedenstellendes Ergebnis.

- 70 Zum anderen ist die Zahl der Nutzer als Umlageschlüssel für den Vermieter äußerst unpraktikabel. Denn der Vermieter muss in diesem Fall zumindest stichtagsgenau, gegebenenfalls sogar monatsgenau ermitteln, wie viele Nutzer für welche Einheit tatsächlich anzusetzen sind. Hierbei darf nicht allein auf die Daten des Einwohnermeldeamtes zurückgegriffen werden, da es auf die tatsächliche Nutzung ankommt.⁶⁹ Eine Abgrenzung von **Besuchern** zu **Bewohnern** ist ebenfalls im Einzelfall kaum möglich. Die Fragen, ob und falls ja, wie viele fiktive Personen für leerstehende Wohnung anzusetzen sind, und mit wie vielen Personen in einem gemischt-genutzten Objekt die Gewerbeeinheiten berechnet werden, legen nahe, besser von vornherein auf einen entsprechenden Umlageschlüssel zu verzichten, da hier zudem die Rechtsprechung uneinheitlich ist.⁷⁰

c) Einheiten

- 71 Eine Kostenverteilung nach der Anzahl der Einheiten ist nicht als grundsätzlicher Umlageschlüssel für alle Kostenarten gestattet.⁷¹ Zulässig und sinnvoll ist er jedoch, wenn die Berechnung der jeweiligen Betriebskostenart dem Vermieter gegenüber sich ebenfalls nach Einheiten richtet.

d) Umfang der Nutzung

- 72 Zulässig, wenn auch selten gebraucht, ist die Möglichkeit der Umlage einiger Betriebskosten nach dem Umfang der Nutzung durch den einzelnen Mieter im Verhältnis zu den anderen Mietern. Vorstellbar ist dies hauptsächlich bei den Kosten eines Aufzugs gem. § 2 Abs. 1 Nr. 7 BetrKV oder aber den Kosten des Betriebs der Einrichtungen für die Wäschepflege gem. § 2 Abs. 1 Nr. 16 BetrKV, da hier eine unterschiedlich intensive Nutzung durch die Mieter überhaupt vorstellbar und gegebenenfalls nachvollziehbar ist. So wäre denkbar, den Mieter der Erdgeschoseinheit nicht oder nur in sehr geringem Umfang an den Kosten eines Aufzugs zu beteiligen und die Mieter der höher gelegenen Einheiten entsprechend stärker. Zu empfehlen ist ein solcher Umlageschlüssel aus **Praktikabilitäts Erwägungen** allerdings nicht.

e) Unterschiedlicher Gebrauch

- 73 Die Kostenverteilung anhand des unterschiedlichen Gebrauchs der Mieter ist jedem anderen Umlageschlüssel vorzuziehen. Zum einen wegen der hohen **Verteilungsgerechtigkeit** und zum anderen wegen der erhofften Lenkungswirkung hin zu einem geringeren Ver-

69 BGH, Urt. v. 23.01.2008 – VIII ZR 82/07.

70 LG Berlin, Urt. v. 12.03.2001 – 62 S 459/00; AG Köln, Urt. v. 07.03.1997 – 201 C 609/96; LG Krefeld, Urt. v. 17.03.2010 – 2 S 56/09.

71 LG Berlin, Urt. v. 23.05.2002 – 67 S 296/01.

brauch von Ressourcen. Anwendbar ist dieser Schlüssel jedoch nur, wenn entsprechende Verbrauchserfassungseinrichtungen vorhanden sind. Häufigster Anwendungsfall ist die Betriebskostenabrechnung des Frischwassers anhand der Messergebnisse von **Kaltwasserzählern**. Hier ist jedoch zu beachten, dass erst dann eine Kostenverteilung anhand der erfassten Verbräuche möglich ist, wenn alle Einheiten mit Kaltwasserzählern ausgestattet sind.⁷² Sollte nur eine Einheit oder jedenfalls nicht alle Einheiten mit Kaltwasserzählern ausgestattet sein, darf keine Differenzberechnung dahingehend vorgenommen werden, dass die Ergebnisse der Kaltwasserzähler addiert und von den Gesamtkosten abgezogen werden. Eine Ausnahme wird für den Fall gemacht, dass in einem **gemischt-genutzten Objekt** zumindest die Gewerbeeinheit über einen eigenen Zwischenzähler verfügt. Dann darf der erfasste Verbrauch der Gewerbeeinheit vom Gesamtverbrauch abgezogen und die Differenz beispielsweise nach dem Verhältnis der Wohnflächen auf die Wohnraummietler verteilt werden.⁷³

Neben den Frischwasserkosten ist eine Kostenverteilung nach unterschiedlichem Gebrauch höchstens noch bei den Kosten der Müllbeseitigung denkbar, wenn einzelne Müllgefäße direkt zugeordnet werden können.

74

13.3 Abrechnung der Betriebskosten

13.3.1 Inhalt und Form

Jede Betriebskostenabrechnung muss gewissen **formellen und materiellen**, d.h. inhaltlichen, **Anforderungen** genügen. Dabei kommt gerade in der Wohnraummiete den formellen Anforderungen besondere Bedeutung zu, da damit erhebliche Konsequenzen in wirtschaftlicher Hinsicht verbunden sein können. So muss in der Wohnraummiete dem Mieter binnen zwölf Monaten nach Ende des Betriebskostenabrechnungszeitraums eine zumindest formell wirksame Betriebskostenabrechnung zugehen, um eine gegebenenfalls entstandene Nachforderung noch geltend machen zu können. Materielle Fehler können in gewissem Umfang auch noch nach Ablauf der **Ausschlussfrist** des § 556 Abs. 3 Satz 2, 3 BGB korrigiert und geheilt werden. Ferner kann der Mieter bei Vorliegen einer formell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung grundsätzlich nicht die Neuerstellung der Betriebskostenabrechnung mit dem Hinweis auf materielle Fehler verlangen. Es obliegt dann dem Mieter die Betriebskostenabrechnung selber inhaltlich zutreffend zu korrigieren.⁷⁴

75

72 BGH, Urt. v. 12.03.2008 – VIII ZR 188/07.

73 BGH, Urt. v. 25.11.2009 – VIII ZR 69/09.

74 LG Itzehoe, Urt. v. 28.04.2015 – 1 S 99/14.

13.3.1.1 Formelle Anforderungen

- 76 Die Betriebskostenabrechnung muss in Inhalt und Umfang den Voraussetzungen des § 259 BGB genügen. Dies bedeutet, dass sie unter formellen Gesichtspunkten nur wirksam ist, wenn sie die folgenden vier Mindestvoraussetzungen erfüllt⁷⁵:
- **Geordnete Zusammenstellung der Gesamtkosten**
 - **Angabe und Erläuterung des Verteilerschlüssels**, soweit sie dem Mieter nicht bekannt sind
 - **Berechnung des Mieteranteils** und
 - **Abzug der vom Mieter tatsächlich geleisteten Vorauszahlungen.**
- 77 Die elektronische Form gem. § 126a BGB, Textform gem. § 126b BGB oder gar Schriftform gem. § 126 BGB ist für die Betriebskostenabrechnung nicht vorgeschrieben. Dies würde bedeuten, dass die Betriebskostenabrechnung dem Mieter grundsätzlich auch mündlich erteilt werden könnte.⁷⁶ Dies wird jedoch unter Verweis auf die Anforderungen des § 259 BGB ganz überwiegend abgelehnt⁷⁷ und ist auch unter Beweisgesichtspunkten keinesfalls empfehlenswert. Eine Unterschrift unter der Betriebskostenabrechnung ist jedoch in jedem Fall entbehrlich.⁷⁸ Dies bedeutet, dass eine Übersendung der Betriebskostenabrechnung unter Formgesichtspunkten auch per Telefax oder E-Mail möglich ist.⁷⁹
- 78 Entgegen einer teilweise sehr restriktiven Auslegung der formellen Anforderungen durch die Instanzgerichte⁸⁰ hat der BGH die Anforderungen in mehreren Entscheidungen deutlich gelockert und auf ein vernünftiges Maß zurückgeführt. Zu beachten ist dennoch, dass die Betriebskostenabrechnung grundsätzlich für einen **durchschnittlich gebildeten, sowie juristisch und betriebswirtschaftlich nicht vorgebildeten Durchschnittsmieter** nachvollziehbar sein muss.⁸¹
- 79 Bzgl. der Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten ist dieser Grundsatz durch die Rechtsprechung des BGH sogar noch weiter abgeschwächt worden. So hat es der BGH in diesem Zusammenhang genügen lassen, dass ein mit den **einschlägigen Rechtsvorschriften vertrauter Mieter** anhand der mitgeteilten Faktoren die vorgenommene Betriebskostenabrechnung überprüfen kann.⁸² Dies kann bedeuten, dass gegebenenfalls die verwendeten Verteilerschlüssel nicht nur angegeben werden müssen, sondern auch zu erläutern sind. Dies allerdings nur bei zum Beispiel aus sich heraus unverständlichen Verteilerschlüsseln. Eine Kostenumlage beispielsweise nach Miteigentums- oder Flächenanteil

75 BGH, Urt. v. 17.11.2004 VIII ZR 115/04; Urt. v. 27.11.2002 – VIII ZR 108/02.

76 Both, in: Herrlein/Kandelhard § 556 Rdn. 94.

77 Kinne in Kinne/Schach/Bieber § 556 Rdn. 68a, Langenberg H, Rdn. 109; Seldeneck Rdn. 3400; Sternel III Rdn. 341, Staudinger/Weitemeyer § 556 Rdn. 103, Wall, in: Eischenschmid/Wall Rdn. 1734.

78 Blank/Börstinghaus § 556, Rdn. 159.

79 Zur Zustellungsproblematik vgl. Rdn. 120 ff.

80 LG Berlin, Urt. v. 04.05.1995, 67 S 32/95, Urt. v. 11.08.1995, 65 S 94/95.

81 BGH, Urt. v. 09.04.2008 – VIII ZR 84/07.

82 BGH, Urt. v. 26.10.2011 – VIII ZR 268/10.

gilt auch ohne Erläuterungen als verständlich.⁸³ Ebenso ist die Angabe der Gesamtpersonenzahl und der Gesamtwohnfläche als Bruchteil ausreichend.⁸⁴ Auch die Verwendung des Begriffes „**Personenmonate**“ oder die fehlende Angabe wie viele Personen in welchem Monat zugrunde gelegt wurden ist nicht zu beanstanden.⁸⁵ Auch bei der Ermittlung der auf das abzurechnende Kalenderjahr entfallenden Betriebskosten aus kalenderübergreifenden Rechnungen des Versorgers, ist die Abrechnung nicht deshalb aus formellen Gründen unwirksam, weil der Vermieter die insoweit erforderlichen Zwischenschritte nicht offen gelegt hat.⁸⁶ Das Wissen eines Mieters aus einer Vorjahresabrechnung muss dieser sich allerdings anrechnen lassen.⁸⁷ Dabei sind grundsätzlich für Gewerbe- und Wohnraum dieselben Maßstäbe anzusetzen.

Die Abgrenzung zwischen **formellen und materiellen Fehlern** eine Betriebskostenabrechnung ist nicht ganz einfach nachzuvollziehen, für die Praxis jedoch äußerst relevant.⁸⁸ Wenn eine Betriebskostenabrechnung die vier vorbenannten Kriterien erfüllt, soll die Frage, ob die einzelnen Kostenpositionen dem Ansatz und der Höhe nach zu Recht bestehen nicht die formelle Wirksamkeit der Betriebskostenabrechnung betreffen, sondern lediglich die inhaltliche Richtigkeit.⁸⁹

13.3.1.2 Materielle Anforderungen

Im Wesentlichen bestehen die materiellen Anforderungen an eine Betriebskostenabrechnung darin, die inhaltliche und rechnerische Richtigkeit der nachfolgenden Punkte sicherzustellen:

- die **Auswahl** der im Einzelfall **umlagefähigen Kostenarten**
- die **Höhe** der **umlagefähigen Kosten** je Kostenart
- der **vereinbarte** bzw. **anzuwendende Umlageschlüssel** je Kostenart
- die **Höhe** der auf den einzelnen Mieter **umlagefähigen Kostenanteils**
- die **Höhe** der **Soll- bzw. Ist-Vorauszahlungen** des Mieters

a) Umlagefähige Kostenarten

Die Prüfung, ob eine angefallene Kostenart grundsätzlich als Betriebskosten umgelegt werden kann, erfolgt in zwei Stufen. Zunächst muss festgestellt werden, ob es sich bei der Kostenart überhaupt um Betriebskosten handelt.⁹⁰ Falls dies bejaht werden kann, muss geprüft werden, ob die vertragliche Vereinbarung der Parteien eine Umlage dieser Kostenart zulässt.

⁸³ BGH, Beschl. 23.09.2009 – VIII ZA 2/08.

⁸⁴ BGH, Urt. v. 18.01.2011 – VIII ZR 89/10.

⁸⁵ BGH, Urt. v. 22.10.2014 – VIII ZR 97/14.

⁸⁶ BGH, Urt. v. 02.04.2014 – VIII ZR 201/13.

⁸⁷ BGH, Urt. v. 28.04.2004 – XII ZR 21/02.

⁸⁸ Vgl. Rdn. 114 ff.

⁸⁹ BGH, Urt. v. 23.11.1981 – VIII ZR 298/80; Urt. v. 25.11.2009 – VIII ZR 322/08; Urt. v. 17.11.2004 – VIII ZR 115/04.

⁹⁰ Vgl. Rdn. 2 ff.

b) Höhe der Kosten je Kostenart

- 83 Auch wenn eine Kostenart grundsätzlich umlagefähig ist, muss zudem geprüft werden, ob gegebenenfalls ein Teil eines Kostenansatzes als nicht umlagefähig herausgerechnet werden muss. Häufige Beispiele sind die in vielen Heizkostenabrechnungen oder Rechnungen von Versorgungsunternehmen enthaltenen Verwaltungskosten für eine Umstellung eines Betriebskostenabrechnungszeitraums oder aber Zwischenablesung. Auch bei sogenannten **Vollwartungsverträgen** z.B. für Personen- oder Lastenaufzüge sind teilweise pauschalierte Abschläge vorzunehmen, da dort anteilige Reparaturkosten kalkulatorisch berücksichtigt wurden.⁹¹
- 84 Ferner können die anzusetzenden Kosten entweder nach dem **Leistungsprinzip** oder aber nach dem **Abflussprinzip** abgerechnet werden.⁹² Leistungsprinzip bedeutet, dass eine zeitliche Abgrenzung der Kosten auf den jeweiligen Abrechnungszeitraum vorgenommen wird. Bei Anwendung des Abflussprinzips werden alle in dem jeweiligen Abrechnungszeitraum gezahlten Kosten eingestellt, unabhängig davon, wann oder für welchen Zeitraum die Leistung erbracht wurde.
- 85 Grundsätzlich nicht anwendbar ist das Abflussprinzip bei Heiz- und Warmwasserkostenabrechnungen.⁹³ Bei allen anderen Kostenarten kann das Abflussprinzip angewandt werden. Entscheidend ist mietvertragliche Vereinbarung. Allerdings müssen dann im Einzelfall auftretende Ungerechtigkeiten bei Ein- und Auszügen von Mietern ausgeglichen werden. Ganz überwiegend wird jedoch in der Praxis eine zeitliche Kostenabgrenzung vorgenommen.

c) Vereinbarter bzw. anzuwendender Umlageschlüssel

- 86 Bzgl. des im Einzelfall verwendeten Umlageschlüssels ist zu beachten, dass dieser der vertraglichen Vereinbarung oder aber den gesetzlichen Vorgaben entspricht und auch entsprechend deutlich kenntlich gemacht ist.

d) Höhe des umlagefähigen Kostenanteils je Mieter

- 87 Hier ist lediglich die rechnerische Richtigkeit des ermittelten Mieteranteils sicherzustellen.

e) Höhe der Vorauszahlungen

- 88 Üblicherweise werden in Betriebskostenabrechnungen die tatsächlich vom Mieter geleisteten Vorauszahlungen auf die Betriebskosten eingestellt. Dies kann jedoch bei Teilzahlungen eines Mieters zu Schwierigkeiten führen, da oftmals mangels Tilgungsbestimmung des Mieters nicht klar ist, ob die geleistete Zahlung zuerst auf die Nettokaltmiete oder aber die Betriebskostenvorauszahlung angerechnet werden soll. Soweit der Mieter keine Anrechnungsbestimmung trifft, ist die gesetzlich vorgegebenen Reihenfolge der §§ 366 f. BGB zu beachten. Unter dem Aspekt der geringeren Sicherheit und der Lästigkeit wird ganz über-

91 Ausführlich unter Rdn. 161 ff.

92 BGH, Urt. v. 20.02.2008 – VIII ZR 27/07.

93 BGH, Urt. v. 01.02.2012 – VIII ZR 156/11.

wiegend in der Rechtsprechung vertreten, dass die Anrechnung einer Teilzahlung immer zunächst auf die Betriebskostenvorauszahlung erfolgen soll.⁹⁴ Somit wäre in den Fällen der zumindest für die Betriebskostenvorauszahlung ausreichenden Teilzahlung die volle geschuldete und in diesem Fall auch gezahlte Betriebskostenvorauszahlung in die Betriebskostenabrechnung einzustellen. Lediglich für den Fall, dass die Teilzahlung nicht einmal die Betriebskostenvorauszahlung deckt, ist zu entscheiden, ob auf Basis der tatsächlich geleisteten Zahlungen oder aber der Soll-Vorauszahlungen abgerechnet werden soll.

aa) Abrechnung auf Basis der Sollvorauszahlungen

Die eigentlich geschuldeten Soll-Voraussetzungen des Mieters anstatt der geleisteten Ist-Voraussetzungen in die Betriebskostenabrechnung einzustellen ist grundsätzlich nur dann zulässig, wenn die Vorauszahlungen für den betreffenden Zeitraum zuvor eingeklagt oder titulierte worden sind.⁹⁵ Dies muss jedoch in der Betriebskostenabrechnung hinreichend deutlich gemacht werden, da ansonsten die Differenz zwischen den Soll- und Ist-Vorauszahlungen nach Ablauf der Betriebskostenabrechnungsfrist nicht mehr geltend gemacht werden, sondern gegebenenfalls die auf Soll-Vorauszahlungsbasis ermittelte Betriebskostenabrechnungsspitze allein verlangt werden kann.⁹⁶ Da dies zudem an weitere Voraussetzungen des Einzelfalls geknüpft ist, kann von einem entsprechenden Vorgehen in der Praxis nur abgeraten werden. 89

bb) Minderung

Wenn das Mietobjekt einen Mangel aufweist, der die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch ganz oder nicht nur unerheblich aufhebt, ist der Mieter gem. § 536 BGB von der Entrichtung der Miete in angemessener Höhe befreit. Bemessungsgrundlage der Minderung ist die Bruttomiete, also die Grundmiete zzgl. aller Nebenkosten.⁹⁷ Damit bei einer berechtigten Minderung dem Vermieter der zu Recht geminderte Betrag nicht über die Betriebskostenabrechnung wieder zugutekommt, muss die Minderung auch bei der Betriebskostenabrechnung Berücksichtigung finden. Am einfachsten ist es eine etwaige Nachforderung des Vermieters durch eine Gegenüberstellung der vom Mieter im Abrechnungszeitraum insgesamt geleisteten Zahlungen einerseits und der von ihm insgesamt geschuldeten Jahresbruttomiete abzüglich des Minderungsbetrages zu errechnen.⁹⁸ 90

13.3.1.3 Sonderfall Vorwegabzug

Wird eine Betriebskostenabrechnung für ein **gemischt-genutztes Objekt** erstellt, kann ein Vorwegabzug der auf den jeweiligen nicht als Wohnraum genutzten Teil entfallenden 91

94 OLG Rostock, Urt. v. 18.12.2000 – 3 U 153/99; OLG Brandenburg, Urt. v. 03.02.2010 – 3 U 108/08, AG Frankfurt, Urt. v. 11.02.2010 – 33 C 3987/09; LG Berlin, Urt. v. 22.05.2001 – 29 O 259/99; LG Berlin, Urt. v. 10.12.1999 – 64 S 208/99.

95 BGH, Urt. v. 27.11.2002 – VIII ZR 108/02; KG, Beschl. v. 16.06.2014 – 8 U 29/14.

96 LG Krefeld, Urt. v. 10.11.2010 – 2 S 34/10.

97 BGH, Urt. v. 13.10.2010 – VIII ZR 46/10.

98 BGH, Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 223/10.

Kosten notwendig werden. Eine Mischnutzung in diesem Sinne liegt dann vor, wenn ein Gebäude teilweise als Wohnraum und gleichzeitig teilweise als Gewerberaum genutzt wird oder aber Stellplätze oder Garagen nicht ausschließlich von den Wohnraummieter genutzt werden.⁹⁹ Die Notwendigkeit einen Vorwegabzug von Kosten vorzunehmen ist zumindest für den preisfreien Wohnraum und die Gewerberaummiete nicht aus dem Gesetz zu entnehmen.¹⁰⁰ Begründet wird die Notwendigkeit im Einzelfall aus einer **Billigkeitsüberlegung** heraus aus den §§ 315 ff. BGB.¹⁰¹

- 92 Ein entsprechender Abzug ist jedoch lediglich dann vorzunehmen, wenn die Gewerbenutzung bei der Betriebskostenabrechnung nach Flächenmaßstab zu einer erheblichen Mehrbelastung der Wohnraummieter führt¹⁰² bzw. ist er gerade nicht geboten, wenn diese Kosten nicht zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter führen.¹⁰³ Wann dies der Fall ist kann nur eine Beurteilung im Einzelfall ergeben. Überwiegend wird auf Werte zwischen 3 % Abweichung und bis hin zu 10 % abgestellt, die noch hinzunehmen seien bzw. eben bereits einen Vorwegabzug notwendig machen sollen.¹⁰⁴ Um zu praxisgerechten Ergebnissen zu gelangen und Streitigkeiten zu vermeiden, sollte ab ca. 5 % Abweichung ein Vorwegabzug in jedem Fall vorgenommen werden. Die Beweislast für die Verpflichtung, einen Vorwegabzug überhaupt durchführen zu müssen liegt allerdings beim Mieter.¹⁰⁵
- 93 Hinsichtlich der **Grundsteuer** ist nach neuester Rechtsprechung ein **Vorwegabzug** für die **gewerblich genutzten Flächen** grundsätzlich nicht mehr erforderlich, da die bisher praktizierte Berechnung des Vorwegabzuges anhand der Rohmietenberechnung zum Einheitswertbescheid kein tauglicher Maßstab sei.¹⁰⁶ Da der Bundesgerichtshof einen Vorwegabzug bei der Grundsteuer nach den zuvor dargestellten Grundsätzen nicht mehr für notwendig erachtet ist folgerichtig davon auszugehen, dass ein entsprechender Vorwegabzug gegebenenfalls sogar als Fehler der Abrechnung betrachtet werden könnte. Dies könnte jedenfalls der Mieter einwenden, der durch einen solchen Vorwegabzug benachteiligt würde, sprich im Zweifel der Gewerberaummieter. Daher sollte zumindest bei der Umlage der Grundsteuer grundsätzlich auf einen Vorwegabzug verzichtet werden und stattdessen der – zumindest in der Wohnraummiete – gesetzliche Verteilerschlüssel Verhältnis der Flächen verwendet werden.
- 94 Nach neuester Rechtsprechung sind als Gesamtkosten der jeweiligen Kostenart lediglich noch die tatsächlich zu verteilenden Kosten anzugeben. Auch wenn der Gesamtbetrag vorab um nicht auf den Mieter umlagefähige Kostenanteile bereinigt wurde; einer Angabe

99 Pfeiffer, in: DMT-Bilanz 2011, S. 564, Gather, DWW 2002, 54.

100 BGH, Urt. v. 08.03.2006 – VIII ZR 78/05; Urt. v. 25.10.2006 – VIII ZR 251/05.

101 BGH, Urt. v. 11.08.2010 – VIII ZR 45/10; Urt. v. 08.03.2006 – VIII ZR 78/05.

102 BGH, Urt. v. 11.08.2010 – VIII ZR 45/10.

103 BGH, Urt. v. 08.03.2006 – VIII ZR 78/05; Urt. v. 25.10.2006 – VIII ZR 251/05.

104 BGH, Urt. v. 11.08.2010 – VIII ZR 45/10; LG Aachen, Urt. v. 11.08.2006 – 5 S 68/06; Pfeiffer, in: DMT-Bilanz 2011, S. 570; Wall, in: Eisenschmid/Wall Rdn. 2775; Schmid, in: MüKo § 556a, Rdn. 10; Langenberg F. Rdn. 65.

105 BGH, Urt. v. 11.08.2010 – VIII ZR 45/10.

106 BGH, Urt. v. 10.05.2017 – VIII ZR 79/16.

und Erläuterung der zum angesetzten Gesamtbetrag führenden Rechenschritte bedarf es nicht.¹⁰⁷

Soweit der Vorwegabzug nicht oder in falscher Höhe vorgenommen wurde, betrifft dies die materielle Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung.¹⁰⁸

13.3.1.4 Leerstand

Grundsätzlich hat der Vermieter das **Leerstandsrisiko** zu tragen.¹⁰⁹ Allerdings besteht die Möglichkeit einen **Grundsteuererlass** in Höhe von 25 % zu erlangen, wenn bei bebauten Grundstücken der normale Rohertrag um mehr als 50 % gemindert ist. Beträgt die Minderung des normalen Rohertrags 100 %, ist die Grundsteuer in Höhe von 50 % zu erlassen. Dies ergibt sich aus § 33 Abs. 1 GrStG. Voraussetzung für einen Grundsteuererlass ist neben der **Ertragsminderung**, dass der Vermieter die Minderung des Rohertrags nicht zu vertreten hat. Hier werden seitens der Finanzbehörden allerdings strenge Anforderungen an den Eigentümer gestellt, der neben intensiven Vermietungsbemühungen auch beispielsweise bauliche Veränderungen zur Steigerung der Attraktivität der Immobilie anstrengen muss.¹¹⁰ 95

Das vom Vermieter im Übrigen zu tragende **Leerstandsrisiko** wirkt sich allerdings je nach vereinbartem Umlageschlüssel unterschiedlich aus.

a) Flächenschlüssel

Bei der Wahl eines **Flächenschlüssels** zur Verteilung der Betriebskosten ist nicht nur die vermietete Fläche anzusetzen, sondern die vorhandene Gesamtfläche. Somit trägt dann der Vermieter auch einen Teil der Betriebskosten, nämlich für die leerstehenden Bereiche. Einen Anspruch auf Änderung des Umlageschlüssels unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage i.S.v. § 313 BGB wird dem Vermieter erst bei einer völlig unzumutbaren Belastung zugestanden.¹¹¹ 96

b) Personenschlüssel

Auch bei Wahl des Personenschlüssels muss der Vermieter das Leerstandsrisiko tragen. Hier ist fiktiv ein Kopf pro leerstehende Wohnung anzusetzen.¹¹² 97

c) Umlage nach erfasstem Verbrauch/erfasster Verursachung

Für den Fall, dass Verbrauchserfassungseinrichtungen vorhanden sind, z.B. Kaltwasserzähler, kann der Vermieter zumindest die reinen Verbrauchskosten ausschließlich auf 98

¹⁰⁷ BGH, Urt. v. 20.01.2016 - VIII ZR 93/15.

¹⁰⁸ BGH, Urt. v. 13.10.2010 - VIII ZR 46/10.

¹⁰⁹ BGH, Urt. v. 31.05.2006 - VIII ZR 159/05.

¹¹⁰ OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 02.05.2016, 6 A 10971/15.

¹¹¹ BGH, Urt. v. 31.05.2006 - VIII ZR 159/05 - 8 % nicht ausreichend; BGH, Urt. v. 11.06.2010 - V ZR 174/09 - ab 25 % für WEG.

¹¹² AG Köln, Urt. v. 07.03.1997 - 201 C 609/96; LG Krefeld, Urt. v. 17.03.2010 - 2 S 56/09.

die tatsächlich vorhandenen Mieter aufteilen. **Fixkosten** wie Grundgebühren, Kosten der Zählermiete und Eichung sind jedoch auf alle, also auch auf die leerstehenden Wohnungen, nach dem Flächenschlüssel zu verteilen.¹¹³ Im Einzelfall kann der Vermieter im Rahmen der Heizkostenabrechnung nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet sein, dem Verlangen des Mieters auf eine Vertragsänderung dahingehend zuzustimmen, den nach Verbrauch zu berechnenden Teil der Warmwasserkosten auf das gesetzliche Mindestmaß von 50 % der Gesamtkosten abzusenken, um die **Fixkosten** bei **hohen Leerständen** angemessen zu verteilen.¹¹⁴

13.3.1.5 Umsatzsteuer

- 99** Wenn Gewerberaum an einen Unternehmer vermietet wird, kann der Vermieter gem. § 9 Abs. 1 Umsatzsteuergesetz(UStG) zur **Umsatzsteuer optieren**, also auf die Befreiung der Miete von der Umsatzsteuer verzichten. Da es sich bei den Betriebskosten um ein Entgelt i.S.d. des § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG handelt, sind in diesem Fall alle Betriebskosten einheitlich mit der Umsatzsteuer in der jeweiligen gesetzlichen Höhe zu belegen. Unabhängig davon, ob die Kostenrechnung dem Vermieter gegenüber Umsatzsteuer beinhaltet oder nicht. So ist in der Betriebskostenabrechnung beispielsweise zum jeweiligen Betrag der Grundsteuer ebenfalls die Umsatzsteuer hinzuzurechnen. Wenn bei einzelnen Kostenarten nur eine **ermäßigte Umsatzsteuer** anfällt, ist diese herauszurechnen und der jeweilige Nettobetrag einheitlich mit der Umsatzsteuer in voller Höhe zu belegen. Dies ist beispielsweise bei den Frischwasserkosten der Fall.
- 100** Zwar dient bereits der Mietvertrag für die Grundmiete und die Betriebskostenvorauszahlungen als **Dauerrechnung**. Trotzdem sind die Anforderungen des § 14 UStG an eine Rechnung bei der Betriebs- und Heizkostenabrechnung ebenfalls zu beachten. Gem. § 14 Abs. 4 UStG hat die Rechnung die Namen der Mietvertragsparteien, die dem Vermieter vom Finanzamt erteilte Steuernummer oder die vom Bundeszentralamt für Steuern erteilte Umsatzsteuer-Identifikationsnummer, Ausstellungsdatum, Beschreibung der Leistung nach Menge, Art und Zeitpunkt sowie den Steuersatz anzuführen.

13.3.1.6 Ausweis haushaltsnaher Dienst- und Handwerkerleistungen gem. § 35a Abs. 1 Einkommenssteuergesetz(ESTG)

- 101** Der Vermieter hat dem Mieter einen Nachweis der Kosten gem. § 35a Abs. 2 Satz 5 EStG auszustellen. Dies kann entweder direkt in der Betriebs- und Heizkostenabrechnung oder aber durch eine separate Bescheinigung erfolgen, da der Vermieter nicht verpflichtet ist, eine getrennte Bescheinigung auszustellen. Aufgrund der Haftungsrisiken sollte hiervon Abstand genommen werden.¹¹⁵ Zu den **begünstigten Aufwendungen** des Steuerpflichtigen, die auszuweisen sind, gehört der in Betriebskosten enthaltene **Bruttoarbeitslohn** einschließlich eventueller Maschinen- und Fahrkosten. **Materialkosten** zählen nicht dazu.

¹¹³ BGH, Urt. v. 06.10.2010 – VIII ZR 183/09.

¹¹⁴ BGH, Urt. v. 10.12.2014 – VIII ZR 9/14.

¹¹⁵ Beck, GE 2007, 1540 (1542).

Bei folgenden Betriebskostenarten fallen die entsprechenden Kosten hauptsächlich an: **102**
Ungezieferbekämpfung, Kosten der **Gartenpflege**; Kosten der Inanspruchnahme eines Unternehmens für **Hausmeisterarbeiten**, Kosten der **Dachrinnenreinigung**; Kosten der Überprüfung von **Feuerlösch-, Blitzschutz- und Elektroanlagen**, Kosten der **Heiz-, Frisch- und Abwasserkostenabrechnung**.

13.3.1.7 Wirtschaftlichkeitsgebot

Der Vermieter darf nur Betriebskosten umlegen, die sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach vertretbar sind. „Dem Grunde nach vertretbar“ bedeutet, dass die Verursachung der Kosten bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände und ordentlicher Geschäftsführung grundsätzlich notwendig bzw. sinnvoll ist. Dabei wird als **Maßstab** auf einen **vernünftig handelnden Vermieter** abgestellt.¹¹⁶ **103**

Ob die Höhe der Kosten angemessen ist, kann nur anhand eines Vergleiches verschiedener Anbieter der entsprechenden Leistung am Markt beurteilt werden. Bei Kostenarten auf deren Höhe der Vermieter keinen Einfluss hat, wie beispielsweise die Grundsteuer, oder es keine Wettbewerbssituation gibt wie oftmals bei der Frischwasserversorgung bzw. Abwasserentsorgung, hat das Wirtschaftlichkeitsgebot wenig Anwendungsspielraum. Bei Versorgungsleistungen, wie Heizenergie, oder aber Dienstleistungen, wie Hauswarttätigkeiten, Gartenpflege oder auch Versicherungen, kann der Vermieter aus einer Vielzahl von Anbietern und damit auch Wettbewerbern auswählen.¹¹⁷ Damit geht einher, dass der Vermieter bei der Auswahl des Anbieters umso mehr die Wirtschaftlichkeit seiner Entscheidung im Blick behalten muss. Neben den reinen Kosten darf der Vermieter seine Auswahlentscheidung jedoch auch auf weitere Aspekte stützen. So kann der Vermieter durchaus an **bewährten Lieferanten** festhalten, auch wenn diese etwas teurer sind als ein Wettbewerber.¹¹⁸ Daher ist auch der Vergleich der Kosten mit den Durchschnittswerten von sog. Heiz- oder **Betriebskostenspiegeln** zumindest nicht ausreichend, um ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot aufgrund von angeblich überhöhter Kosten zu rechtfertigen.¹¹⁹ Hier muss im Einzelfall, beispielsweise durch Vorlage von vergleichbaren Angeboten Dritter, eine unangemessene Mehrbelastung seitens des Mieters dargelegt werden, der die volle **Darlegungs- und Beweislast** für einen Verstoß gegen das **Wirtschaftlichkeitsgebot** trägt.¹²⁰ **104**

13.3.1.8 Darstellung; Aufbau

Zwar sind die zuvor dargestellten Mindestvoraussetzungen für die **formelle Wirksamkeit** **105**

¹¹⁶ Blank/Börstinghaus § 556, Rdn. 7.

¹¹⁷ Ausführlich zur Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes vgl. auch die Ausführungen bei den einzelnen Kostenarten Rdn. 134 ff.

¹¹⁸ BGH, Urt. v. 13.10.2010 – XII ZR 129/09; LG Hannover, Urt. v. 31.01.2002 – 3 S 1268/01 – 81, 3 S 1268/01.

¹¹⁹ BGH, Urt. v. 06.07.2011 – VIII ZR 340/10; Ludley, NZM 2011, 417.

¹²⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.03.2013 – I-24 U 115/12; OLG Rostock, Urt. v. 17.10.2013 – 3 U 158/06; OLG Rostock, Urt. v. 27.09.2012 – 3 U 65/11.

einer Betriebskostenabrechnung zwingend zu beachten. Allerdings sollte die Überfrachtung der Betriebskostenabrechnung mit eigentlich nicht geschuldeten Informationen und Erläuterungen vermieden werden. So sind Betriebskostenabrechnungen mit 15 oder mehr Seiten keine Seltenheit mehr. Hier läuft der Vermieter Gefahr, dass die Betriebskostenabrechnung allein bereits aufgrund des Umfangs nicht mehr übersichtlich ist und damit nicht mehr als geordnete Zusammenstellung der Kosten i.S.d. § 259 Abs. 1 BGB betrachtet werden kann. Dies hätte dann gegebenenfalls bereits die formelle Unwirksamkeit der Betriebskostenabrechnung zur Folge. Soweit möglich, sollte der Mieter für weitergehende Informationen auf die Einsicht in die zugrunde gelegten Belege verwiesen werden. Dies kann und sollte insbesondere die Prüfung der Richtigkeit der eingestellten Beträge anhand von Belegen betreffen.

Im Idealfall umfasst die eigentliche Betriebskostenabrechnung daher eine DIN A4 Seite, auf der alle wesentlichen Informationen zu entnehmen sind. Weitere Erläuterungen können dann auf einer oder notfalls zwei weiteren Folgeseiten aufgeführt werden. Zusatzinformationen wie z.B. Personen/Monatsübersichtslisten, aus denen sich die Zusammensetzung der zugrunde gelegten Personenzahl ergibt, sind kein zwingender Bestandteil der Betriebskostenabrechnung selbst. Hier ist im Einzelfall abzuwägen, welche Informationen der Betriebskostenabrechnung selbst beigelegt werden müssen, um sie als nachvollziehbar einzuordnen und welche nicht zwingend erforderlich sind.

13.3.2 Fristen

- 106 Im Zusammenhang mit der Betriebskostenabrechnung ist auch eine Vielzahl von Fristen zu beachten, deren Versäumnis teils gravierende finanzielle Folgen für den Vermieter bedeuten kann. Damit einher geht ein entsprechendes Haftungsrisiko des Facility-Managers, der dem Vermieter bzw. Eigentümer gegenüber haftet. Ein effektives Fristenmanagement ist daher für jeden Facility-Manager unverzichtbar.

13.3.2.1 Betriebskostenabrechnungsfristen

- 107 Die **Betriebskostenabrechnungsfrist** oder auch **Ausschlussfrist** bezeichnet die Frist, innerhalb derer der Vermieter über die Vorauszahlungen des Mieters abrechnen muss. Darüber hinaus muss die Betriebskostenabrechnung nicht nur binnen dieser Frist erstellt, sondern dem Mieter auch zugestellt werden. Die Beweislast für den Zugang selbst sowie darüber hinaus den rechtzeitigen Zugang beim Mieter trägt dabei der Vermieter. Der Hausverwalter und somit wohl auch der Facility-Manager haften dem Vermieter gegenüber jedoch für den beweisbaren Zugang der Betriebskostenabrechnung vor Ablauf einer Ausschlussfrist.¹²¹

¹²¹ Drasdo, NZM 2004, 372.

a) Wohnraummiete

Die Betriebskostenabrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB ist in der Wohnraummiete grundsätzlich zwingend zu beachten und aufgrund der Mieterschutzklausel des § 556 Absatz 4 BGB auch nicht abdingbar. Soweit der BGH ausnahmsweise eine Verlängerung der Frist in einem Fall aufgrund einer **individualvertraglichen Vereinbarung** zugelassen hat, lag dieser Entscheidung eine sehr spezielle Fallgestaltung zugrunde, die sich einer Verallgemeinerung entzieht.¹²²

108

Bei der Betriebskostenabrechnungspflicht handelt es um eine abstrakte Pflicht des Vermieters, unabhängig von der Frage, ob aufgrund der mietvertraglichen Vereinbarung eine Betriebskostenabrechnung praktische Relevanz entfaltet. So z.B. in dem Fall der Überbürdung der Pflicht zur Tragung der Betriebskosten auf den Mieter mit Betriebskostenabrechnungspflicht des Vermieters, jedoch ohne Vorauszahlungspflicht des Mieters.¹²³ Rechtsfolge der Nichteinhaltung der Betriebskostenabrechnungsfrist ist gemäß § 565 Abs. 3, 1. Hs. BGB, dass der Vermieter mit der Geltendmachung einer Nachforderung ausgeschlossen ist. Allerdings kann der Vermieter die geschuldeten Sollvorauszahlungen in voller Höhe verlangen. Dies ist dann bedeutsam, wenn der Mieter sich mit Teilzahlungen auf die Miete in Verzug befindet. Der Mieter schuldet jedoch auch bei einer verspäteten Abrechnung zumindest dann noch immer die vereinbarten Sollvorauszahlungen wie die Höhe der Gesamtkosten die Höhe der geschuldeten Gesamtvorauszahlungen überschreitet.¹²⁴

109

Einzige Ausnahme von der Pflicht zur fristgerechten Betriebskostenabrechnung ist ein unverschuldetes Versäumen der Frist durch den Vermieter gem. § 556 Absatz 3, zweiter Halbsatz 3 BGB. Ein in der Praxis häufig anzutreffender Fall ist der, dass eine Grundsteuernachbelastung durch die Finanzbehörden nach Ablauf der Betriebskostenabrechnungsfrist erfolgt. Hier kann der Vermieter binnen dreier Monate nach Wegfall des Hindernisses die Kosten weiterbelasten.¹²⁵ Dies kann entweder über eine Korrektur der bereits erstellten Betriebskostenabrechnungen der Vergangenheit erfolgen oder aber durch Einstellung der Gesamtkosten nach dem Abflussprinzip im Jahr der Entstehung bzw. Zahlung durch den Vermieter.

110

Praxistipp

Die Betriebskostenabrechnung sollte insbesondere bei Wohnraummietverhältnissen frühzeitig erfolgen und gleichzeitig eine klare und eindeutige Frist zur Leistung der Nachzahlung enthalten. Der Fristablauf bzgl. der Nachzahlung sollte vor Ablauf der Betriebskostenabrechnungsfrist liegen damit, verbunden mit einem Mahnschreiben, gegebenenfalls nochmals eine dann nachweisbare Zustellung der Betriebskostenabrechnung erfolgen kann.¹²⁶

111

¹²² BGH, Urt. v. 27.07.2011 – VIII ZR 316/10.

¹²³ LG Berlin, Urt. v. 29.06.2007 – 63 S 469/06.

¹²⁴ BGH, Urt. v. 31.10.2007 – VIII ZR 261/06; LG Berlin, Urt. v. 01.11.2004 – 34 O 387/04.

¹²⁵ BGH, Urt. v. 05.07.2006 – VIII ZR 220/05.

¹²⁶ Ausführlich zur Zustellung unter Rdn. 120 ff.

b) Gewerberaummiete

- 112 Die Betriebskostenabrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB von zwölf Monaten gilt mangels Verweisung über § 578 BGB nicht für die Gewerberaummiete. Eine analoge Anwendung scheidet ebenfalls aus.¹²⁷ Auch die Vereinbarung eines einjährigen Betriebskostenabrechnungszeitraums in einem Gewerberaummietvertrag soll keine konkludente Vereinbarung einer Ausschlussfrist zu Lasten des Vermieters darstellen, sondern lediglich den Zeitraum bestimmen, über den abzurechnen ist.¹²⁸ Die Vereinbarung einer echten Ausschlussfrist in einem Gewerberaummietvertrag ist jedoch denkbar, wenn auch in der Praxis unüblich. Trotzdem ist der Vermieter verpflichtet, binnen angemessener Frist über die Betriebskosten abzurechnen. Als angemessen wird ein Zeitraum von zwölf Monaten angesehen.¹²⁹ Der Ablauf der Abrechnungsfrist nach § 556 Abs.3 Satz 2 BGB hat lediglich zur Folge, dass der Mieter ab diesem Zeitpunkt den Vermieter auf Erteilung der Nebenkostenabrechnung in Anspruch nehmen kann und keine weiteren Vorauszahlungen auf die Nebenkosten mehr erbringen muss. Ein Ausschluss mit Nachforderungen wie bei der Wohnraummieta ist damit nicht verbunden.¹³⁰

13.3.2.2 Einwendungsfristen

- 113 Als **Einwendungsfrist** wird die Frist des Mieters bezeichnet, innerhalb derer er Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung erheben kann.

a) Wohnraum

- 114 Diese beträgt für die Wohnraummieta gem. § 556 Abs. 3, Satz 5 BGB zwölf Monate nach Zugang der Betriebskostenabrechnung. Sie beginnt allerdings erst mit Zugang einer zumindest formell wirksamen Betriebskostenabrechnung.¹³¹ Soweit dem Mieter also keine **formell wirksame Betriebskostenabrechnung** zugeht ist er mit Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung nicht ausgeschlossen und muss darüber hinaus diese auch vor Zugang einer formell ordnungsmäßigen Betriebskostenabrechnung nicht erheben.

Sofern allerdings eine formell ordnungsmäßige Betriebskostenabrechnung vorliegt ist der Mieter nach Ablauf der Einwendungsfrist mit jeglichen Einwendungen ausgeschlossen. So auch mit der Einwendung, dass Kosten, die gem. § 556 Abs.1 Satz 1 BGB in Verbindung mit der Betriebskostenverordnung in der Wohnraummieta generell nicht auf den Mieter umgelegt werden können umgelegt worden seien.¹³²

Allerdings stellt weder die vorbehaltlose Zahlung einer Betriebskostennachforderung durch den Mieter noch die vorbehaltlose Erstattung eines sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens durch den Vermieter für sich genommen die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses dar, das einer späteren Nach- oder Rückfor-

¹²⁷ BGH, Urt. v. 27.01.2010 – XII ZR 22/07.

¹²⁸ LG Nürnberg-Fürth, Schlussantrag (EuGH) v. 21.12.2007 – 7 S 8274/07.

¹²⁹ BGH, Urt. v. 27.01.2010 – XII ZR 22/07.

¹³⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.07.2015 – I-10 U 158/14.

¹³¹ Kinne, in: Kinne/Schach/Bieber § 55, Rdn. 100; Blank/Börstinghaus § 556, Rdn. 218.

¹³² BGH, Urt. v. 11.05.2016 – VIII ZR 209/15.

derung während des Laufs der **Einwendungsfrist** entgegensteht.¹³³ Lediglich soweit weitere tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Abrechnungsergebnis mit der Zahlung oder der Entgegennahme des Guthabens anerkannt werden sollte, kann bei einem solchen Verhalten ein Einwendungsausschluss angenommen werden. Die Erstattung eines vermeintlichen Betriebskostenguthabens an den Mieter schließt das Recht eine Änderung der Betriebskostenabrechnung vorzunehmen nicht aus.¹³⁴

b) Gewerberaum

Eine **Einwendungsausschlussfrist**, vergleichbar mit der gem. § 556 Abs. 3, Satz 5 BGB für Wohnraum, existiert in der Gewerberaummieta gleichfalls nicht. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift scheidet ebenfalls aus.¹³⁵ Somit unterliegt der Anspruch lediglich der Regelverjährung des § 199 BGB von drei Jahren. Die Frist beginnt gem. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit Ende des Jahres in dem der Anspruch entstanden ist. Dieser Zeitpunkt wird hier durch das Datum der Zustellung der Betriebskostenabrechnung bestimmt.¹³⁶ Eine Verwirkung des Einwendungsrechts ist theoretisch denkbar, scheitert jedoch wohl meist bereits am Zeitmoment, da ansonsten Verwirkung bereits vor Eintritt der kurzen Verjährungsfrist des § 199 BGB von drei Jahren angenommen werden müsste.

c) Einsichtsrecht des Mieters

Grundsätzlich kann der Mieter **Einsicht** in alle der Betriebskostenabrechnung **zugrunde liegenden Belege** verlangen. Dies ist Ausfluss der Rechenschaftspflicht des Vermieters aus § 259 BGB. Eine Beifügung der Belege zur Betriebskostenabrechnung ist jedoch gerade nicht geschuldet. Ebenso wenig hat der Mieter grundsätzlich Anspruch auf Übersendung von Belegkopien. Dies kann sich lediglich aus den Umständen des Einzelfalles ergeben. Z.B., wenn sich die Verwaltung des Objektes, bei der die Belege vorgehalten werden, in nicht zumutbarer Entfernung zum Mietobjekt befindet oder dem Mieter aus sonstigen Gründen die Einsichtnahme in den Räumen des Vermieters nicht zugemutet werden kann.¹³⁷ Welche Entfernung bzw. welcher Fahraufwand dem Mieter nicht mehr zugemutet werden darf, entzieht sich einer schematischen Einordnung und muss im Einzelfall unter Abwägung der wechselseitigen Interessen abgewogen werden. Bei bundesweit agierenden Vermietungsgesellschaften mit zentralisierter Buchhaltung wird diese sich wohl selten zufällig in unmittelbarer Nähe des verwalteten Objektes befinden, so dass in diesen Fällen eine Belegeinsicht ausscheidet. Hier sind dann auf Nachfrage Kopien der Belege zu versenden.

Zumindest in den Fällen, in denen der Mieter um **Übersendung von Belegkopien** bittet obwohl ihm die Einsichtnahme in die Original-Belege möglich und zumutbar wäre, hat der Vermieter Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen. Unter Berücksichtigung der Tatsa-

133 BGH, Urt. v. 12.01.2011 – VIII ZR 296/09.

134 BGH, Urt. v. 10.07.2013 – XII ZR 62/12.

135 BGH, Urt. v. 27.01.2010 – XII ZR 22/07; OLG Frankfurt Urt. v. 30.12.2010 – 2 U 141/10.

136 Fritz VIII Rdn. 445b.

137 BGH, Urt. v. 08.03.2006 – VIII ZR 78/05; Urt. v. 13.09.2006, VIII ZR 105/06.

che, dass nicht lediglich die Papierkosten für die Kopien, sondern auch die Arbeitszeit des kopierenden Mitarbeiters sowie die Abnutzung des Kopiergerätes etc. zu erstatten sind, werden Kosten von mindestens € 0,25¹³⁸ bis hinzu € 0,50¹³⁹ pro Kopie anerkannt.

Eine vereinzelt geblieben Entscheidung gewährt dem Anspruch auf Einsicht in die Originalunterlagen selbst dann, wenn der Mieter aufgrund der großen Entfernung zwischen Sitz des Vermieters und dem Ort der Mietsache die Vorlage der Unterlagen am Mietobjekt verlangen kann.¹⁴⁰ Nach ganz überwiegender und richtiger Auffassung ist die Übersendung von Belegkopien in einem solchen Fall ausreichend.

d) Darlegungs- und Beweislast

- 118** Grundsätzlich muss der Mieter seiner Meinung nach vorliegende Fehler in der Betriebskostenabrechnung substantiiert darlegen und gegebenenfalls auch beweisen.¹⁴¹ Dies ist Ausfluss des **Belegeinsichtsrechts** des Mieters, da dies den Mieter in die Lage versetzt, die Betriebskostenabrechnung auf Richtigkeit im Detail zu überprüfen. Der pauschal vorgebrachte Einwand, die Betriebskostenabrechnung sei falsch ist, unbeachtlich.¹⁴²
- 119** Die volle Darlegungs- und Beweislast für die materielle Unrichtigkeit der Abrechnung im Rückforderungsprozess trifft den Mieter, der auf eine Betriebskostennachforderung des Vermieters den in der Abrechnung ausgewiesenen Nachforderungsbetrag ausgleicht. Ein vom Mieter bei der Zahlung erklärter Vorbehalt ändert an dieser Beweislastverteilung nichts, sofern sich aus der Erklärung nicht unmissverständlich ergibt, dass der Mieter nicht nur die Wirkung des § 814 BGB ausschließen, sondern dem Vermieter für einen späteren Rückforderungsstreit auch die Beweislast für die materielle Richtigkeit der Abrechnung aufbürden wollte.¹⁴³

Die **Beweislast** kehrt sich allerdings um, wenn der Mieter beispielsweise die ermittelten Verbrauchswerte konkret anzweifelt.¹⁴⁴ Es sei denn, er oder auch ein Besitzzdiener wie der ebenfalls in der Wohnung lebende Ehegatte, hat die Ableseprotokolle unterzeichnet.¹⁴⁵ Allerdings lassen extreme Kostensteigerungen im Vergleich zu den Kosten des Vorjahrs zunächst einmal den Schluss auf eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebotes zu, so dass hier der bloße Verweis des Mieters auf die Höhe der Kostensteigerung ausreicht, um der Vermieter mit der **sekundären Beweislast** zu belegen. In diesem Fall muss der Vermieter die Kostensteigerung rechtfertigen.¹⁴⁶

138 AG Münster, Urt. v. 05.12.2006 – 4 C 2828/06; AG Köln, Urt. v. 24.11.2004 – 209 C 329/04; AG Pinneberg, Urt. v. 05.03.2004 – 66 C 272/03.

139 AG Neuruppin, Urt. v. 10.03.2000 – 42 C 113/99; AG Aachen, Urt. v. 13.08.2004 – 10 C 161/04; Schmid, Rn. 3318.

140 LG Kempten, Urt. v. 16.11.2016 – 53 S 740/16.

141 BGH, Urt. v. 25.10.2006 – VIII ZR 251/05; LG Berlin, Urt. v. 25.01.2006 – 48 S 28/04; LG Köln, Urt. 04.11.2011 – 6 S 36/04.

142 Weidenkaff, in: Palandt § 556 Rdn. 13.

143 LG Berlin, Beschl. v. 24.05.2016 – 67 S 149/16.

144 BGH, Urt. v. 13.10.2010 – VIII ZR 46/10.

145 KG, Beschl. v. 29.08.2007 – 12 U 16/07.

146 KG, Urt. v. 12.01.2006 – 12 U 216/04; Details zum Wirtschaftlichkeitsgebot vgl. Rdn. 103 ff.

Beispiel

120

Exkurs: Zustellung

Die Zustellung der Betriebskostenabrechnung kann erhebliche Probleme mit sich bringen und stellt für den Facility-Manager aufgrund der mit einer **fehlerhaften bzw. nicht nachweisbaren Zustellung** gegebenenfalls verbundenen Folgen einer Verfristung von Ansprüchen ein erhebliches **Regressrisiko**. Daher soll an dieser Stelle auf die für die Praxis wichtigen Fragen der Zustellung näher eingegangen werden.

Die Betriebskostenabrechnung muss bei **Mietermehrheiten** an alle Mieter adressiert werden, um gegen alle Mieter Ansprüche geltend machen zu können.¹⁴⁷ 121

Wenn eine persönliche Übergabe der Betriebskostenabrechnung an den Mieter vorgenommen werden soll, sollte dies stets unter Einbezug eines Zeugen geschehen. Alternativ kann der Mieter den Zugang auch über eine entsprechende von ihm unterzeichnete Erklärung bestätigen.

Der weitaus häufigere Fall wird jedoch die Übermittlung der Betriebskostenabrechnung über den **Postweg** sein. Eine solche Abwesenden gegenüber angegebene Willenserklärung wird gem. § 130 Abs. 1 BGB dann wirksam, wenn sie dem Adressaten zugeht. Zugegangen ist die Willenserklärung, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen.¹⁴⁸ 122

Die rechtzeitige Aufgabe der Betriebskostenabrechnung bei der Post oder einem sonstigem Postdienstleister begründet **keinen Anscheinsbeweis** für deren Zugang beim Mieter.¹⁴⁹ 123
Soweit kurz vor Fristablauf noch eine Zustellung vorgenommen werden soll, muss beachtet werden, dass die Betriebskostenabrechnung dem Mieter zu den üblichen Geschäfts- oder Postlaufzeiten zugeht. Da jedoch die Post bzw. sonstige Postdienstleister mittlerweile durchaus auch nicht nur vormittags Poststücke zustellen, soll ein zumindest bis 18:00 Uhr ausgelieferter Brief auch noch an diesem Tag als zugegangen angesehen werden. Eine nach 18:00 Uhr vorgenommene Zustellung gilt jedoch erst für den darauffolgenden Tag als bewirkt.¹⁵⁰ Es wird jedoch beispielsweise ein beim Rechtsanwalt des Mieters am Silvestertag eingehendes Telefax als verspätet angesehen.¹⁵¹ Ebenso ein Schriftstück, das ebenfalls am Silvestertag gegen 16:00 Uhr in den Briefkasten eines Bürobetriebes eingeworfen wird, wenn dort üblicherweise um diese Uhrzeit an Silvester nicht mehr gearbeitet wird.¹⁵² Beim Einwurf in den Briefkasten des Mieters an Silvester wurde eine Zustellung um 17:05 Uhr ebenfalls bereits als verspätet angesehen.¹⁵³ Aus diesen Beispielen wird deutlich, dass eine Zustellung am letzten Tag einer ablaufenden Frist mit ganz erheblichen Risiken behaftet ist und daher vermieden werden soll.

147 LG Frankfurt, Urt. v. 02.12.2008 – 2/17 S 63/08.

148 BGH, Urt. v. 13.02.1980 – VIII ZR 5/79.

149 BGH, Urt. v. 17.02.1964 – II ZR 87/61.

150 BayVerfGH, Entsch. 15.10.1992 – Vf. 117-VI-91; LG Stuttgart, Urt. v. 20.12.2001 – 20 O 467/01.

151 AG Köln, Urt. v. 21.04.2005, 210 C 31/05.

152 BGH, Urt. v. 05.12.2007, XII ZR 148/05.

153 LG Waldshut-Tiengen, Urt. v. 09.07.2009 – 1 S 19/09.

- 124 Ob eine Zustellung per **Einschreiben/Einwurf** den **Anscheinsbeweis** für eine Zustellung erbringen kann, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden.
- 125 Ein **Einschreiben/Rückschein** begründet gem. § 175 ZPO den Anschein des Zugangs, wenn denn der unterzeichnete Rückschein mit dem Datum der Zustellung vorgelegt wird.
- 126 Die Zustellung über einen **Gerichtsvollzieher** dokumentiert sowohl den Inhalt des zugestellten Schriftstückes als auch den Zugang selbst gerichtsfest, gem. § 132 Abs. 1 BGB.
- 127 Bei der Zustellung der Betriebskostenabrechnung per **Telefax** setzt die Wirksamkeit der Zustellung den vollständigen Ausdruck beim Empfänger voraus.¹⁵⁴ Das Versendungsprotokoll des Absenders reicht jedenfalls nicht aus. Abgesehen von Fällen der vorsätzlichen **Zugangsverweigerung** stellt der Beweis des tatsächlichen Ausdrucks beim Empfänger den Versender vor kaum lösbare Schwierigkeiten.
- 128 Sendungen per **E-Mail** gehen beim im Rechtsverkehr mit einer E-Mailadresse auftretenden Empfänger jedenfalls dann zu, wenn sie in seinem elektronischen Empfangsbriefkasten abrufbar gespeichert sind und mit dem Abruf unter Beachtung der Uhrzeit zu rechnen ist.¹⁵⁵ Der Beweis des Zugangs ist jedoch praktisch kaum möglich.
- 129 Bei der Versendung von Schriftstücken über sogenannte **De-Mail-Dienste** gemäß den Vorgaben des De-Mail-Gesetzes werden die Dokumente über eine sichere E-Mail-Adresse eines zertifizierten De-Mail-Dienstleisters elektronisch an den ebenfalls registrierter Empfänger versendet. Manche De-Mail-Dienstleister bieten darüber hinaus für den Fall, dass der Adressat keinen De-Mail-Zugang besitzt, an die Schriftstücke auszudrucken, zu kuvertieren und auf herkömmliche Weise postalisch zuzustellen. Für diesen Fall sind dann auch Zustellungen per Einschreiben/Einwurf oder aber Einschreiben/Rückschein möglich.

130 Praxistipp

Im Alltag des Facility-Managers stellt die Zustellung von Betriebskostenabrechnungen ein **Massengeschäft** dar. Daher ist es aus Praktikabilitäts- aber auch aus Kostengründen wohl nicht zu vermeiden, dass die Betriebskostenabrechnungen mit einfachem Brief postalisch zugestellt werden mit allen daraus resultierenden Schwierigkeiten bzgl. des Zugangsnachweises. Umso mehr ist im Rahmen eines **effektiven Forderungsmanagements** darauf zu achten, dass etwaige Nachzahlungsbeträge aus Betriebskostenabrechnungen zügig nach Übersendung der Betriebskostenabrechnung auch nachverfolgt und eingefordert werden. Sollte der Mieter auf Zahlungsaufforderung hin den Zugang der Betriebskostenabrechnung bestreiten, kann dann im Einzelfall eine der rechtsicheren Zustellungsvarianten für eine erneute und dann nachweisbare Zustellung der Betriebskostenabrechnung gewählt werden.

- 131 Die zuverlässigsten Varianten der Zustellung sind die durch den **Gerichtsvollzieher** oder aber durch persönliches Einlegen in den Briefkasten bzw. direkte Übergabe an den Mieter im Beisein eines Zeugen. Der Zeuge muss sich jedoch vor Einlegung bzw. Übergabe von

¹⁵⁴ BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93.

¹⁵⁵ Heinrichs, in: Palandt § 130, Rdn. 7a.

dem Inhalt des Schreibens bzw. hier der Betriebskostenabrechnung Kenntnis verschafft haben.

Zustellungen per **Einschreiben/Rückschein** scheitert oft daran, dass gerade der potentiell problematische Mieter schlicht nicht angetroffen wird und daher das Schriftstück nach Ablauf der Lagerungsfrist der Post an den Absender zurückgeht. Eine Zustellung ist in diesem Fall nicht bewirkt worden.¹⁵⁶ 132

Beim **Einschreiben/Einwurf** kann der Mieter die Zustellung zwar kaum verhindern, da das Poststück vom Zusteller in den Briefkasten des Empfängers eingelegt wird, ohne dass es auf dessen Anwesenheit ankäme. Allerdings ist der übliche Einwand, lediglich einen leeren Briefumschlag oder ein völlig anderes Schriftstück erhalten zu haben, nur schwer zu entkräften. 133

13.3.3 Einzelne Betriebskostenarten

Der Gesetzestext des § 2 Abs. 1 Nr. 1–17 BetrKV lieferte bereits eine Vielzahl von Details, welche Kosten sich im Detail unter den jeweiligen Oberbegriff der einzelnen Betriebskostenart subsummieren lassen. Aufgrund von beispielsweise technischen Entwicklungen kommt es jedoch immer wieder zu Auslegungsfragen, die der reine Gesetzestext nicht hinreichend beantwortet. In diesem Fall ist dann, ebenso wie bei der zwingend offen gehaltenen Kostenart „sonstige Betriebskosten“ gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1–17 BetrKV, im Einzelfall zu prüfen, ob die Kosten alle von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien für die Einstufung als Betriebskosten erfüllen.¹⁵⁷ 134

13.3.3.1 Die laufenden öffentlichen Lasten des Grundstücks (Nr. 1)

Hierunter fällt nahezu ausschließlich die **Grundsteuer**. Gelegentlich noch anzutreffen sind die **Zweitwohnungssteuer**¹⁵⁸, **Deichgebühren**¹⁵⁹ und die **Realkirchensteuer**,¹⁶⁰ die ebenfalls unter § 2 Abs. 1, Nr. 1 gefasst werden können. **Erschließungsbeiträge und Straßenausbaubeiträge** fallen ausdrücklich nicht hierunter und sind somit nicht als Betriebskosten umlagefähig.¹⁶¹ Auch nach Erteilung einer Betriebskostenabrechnung erhobene **Grundsteuernachbelastungen** können ausnahmsweise nachträglich noch auf die Mieter umgelegt werden.¹⁶² Säumniszuschläge sind nicht umlagefähig. 135

¹⁵⁶ LG Berlin, Urt. v. 27.07.2010 – 63 S 681/09.

¹⁵⁷ Vgl. Rdn. 2 ff.

¹⁵⁸ Bamberger/Roth § 556, Rdn. 7.

¹⁵⁹ Blank/Börstinghaus § 556, Rdn. 9; Weitemeyer, in: Staudinger § 556 BGB Rdn. 19.

¹⁶⁰ Langenberg A. Rdn. 32.

¹⁶¹ AG Greiz, Urt. v. 30.07.1998 – 1 C 259/98.

¹⁶² OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 07.04.1983 – 1 U 213/82; vgl. auch Rdn. 110.

13.3.3.2 Die Kosten der Wasserversorgung (Nr. 2)

- 136 Hierzu gehören die **Kosten des Wasserverbrauchs**, die **Grundgebühren**, die Kosten der **Anmietung** oder anderer Arten der Gebrauchsüberlassung von **Wasserzählern** sowie die Kosten ihrer Verwendung einschließlich der Kosten der **Eichung** sowie der Kosten der **Berechnung und Aufteilung**, die Kosten der **Wartung von Wassermengenreglern**, die Kosten des Betriebs einer **hauseigenen Wasserversorgungsanlage** und einer **Wasseraufbereitungsanlage** einschließlich der **Aufbereitungsstoffe**. Kosten des **Wasserverbrauchs** sind nur die Kosten des regulären Verbrauchs, nicht die aufgrund eines **Leitungswasserschadens** oder einer defekten Toilettenspülung entstandenen **Mehrkosten**.¹⁶³ Hier ist gegebenenfalls im Wege der **Schätzung** auf Basis der Vorjahresverbräuche ein Abzug vorzunehmen. Ansonsten jedoch sowohl die verbrauchsabhängigen wie verbrauchsunabhängigen Kosten, die das Versorgungsunternehmen im Rahmen der Wasserlieferung berechnet.¹⁶⁴ **Anmiet- und Eichkosten für Kaltwasserzähler** sind ebenfalls umlagefähig.¹⁶⁵ Der Begriff der **Wasseraufbereitungsanlagen** wird weit gefasst und beinhaltet jede Maßnahme, die zu einer Verbesserung der Wasserqualität beiträgt. So z.B. **Filteranlagen** und **Entkalkungsgeräte** sowie die benötigten **chemischen Zusätze**.¹⁶⁶

a) Erfassungsmöglichkeiten, Technische Ausstattung

- 137 In **Neubauten** ist die Ausstattung mit Kaltwasserzählern in fast allen **Bauordnungen** der Länder mittlerweile als Pflicht ausgestaltet.¹⁶⁷ Einige Landesbauordnungen enthalten sogar **Nachrüstverpflichtungen** für Bestandsgebäude.¹⁶⁸ Neben der Einhaltung dieser öffentlich-rechtlichen Verpflichtung im Verhältnis zur jeweils zuständigen Aufsichtsbehörde ist eine solche Einbauverpflichtung von Kaltwasserzählern auch im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter relevant. So kann eine Betriebskostenabrechnung mit dem Verweis auf eine nicht umgesetzte gesetzliche Verpflichtung zur Erfassung des Wasserverbrauchs pro Einheit und somit Mieter angegriffen werden. Hier sollte also unbedingt auf die Einhaltung des aufgrund des Landesrechtes im Einzelfall geschuldeten Zustandes des Objektes geachtet werden.¹⁶⁹
- 138 Eine **Nachrüstung** ist unabhängig von den bauordnungsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich zu empfehlen, zumindest in den Fällen in denen dies ohne unverhältnismäßig hohe Kosten möglich ist. Damit kann dann der tatsächliche Verbrauch unstreitig festge-

163 LG Hamburg, Urt. v. 12.06.1998 – 311 S 37/97; AG Bergisch Gladbach, Urt. v. 08.03.1983 – 26 C 75/80.

164 Schmid, in: MüKo § 2 BetrKV, Rdn. 3.

165 AG Koblenz, Urt. v. 28.05.1996, 42 C 970/96.

166 AG Steinfurt, Urt. v. 08.07.2004 – 4 C 59/04; AG Friedberg (Hessen), Urt. v. 14.03.1985 – C 5/84.

167 Z.B. in Berlin gem. § 43 Abs. 3 BauO Bln; in Nordrhein-Westfalen gem. § 44 Abs. 2 BauO NRW; in Baden-Württemberg gem. § 35 Abs. 3 LBO.

168 Derzeit in Hamburg gem. § 45 Abs. 4 HBauO, Mecklenburg-Vorpommern gem. § 40 Abs. 2 LBauO MV und Schleswig-Holstein gem. § 46 Abs. 2 LBO.

169 Vgl. Situation bzgl. landesrechtlicher Rauchwarnmelderpflichten z.B.: in Bremen gem. § 48 Abs. 4 LBauOHB, in Rheinland-Pfalz gem. § 44 Abs. 6 LBauO, in Thüringen gem. § 46 Abs. 4 ThürBO.

stellt werden. So ersparen Kaltwasserzähler leidvolle Diskussionen mit Mietern über deren tatsächlichen oder mutmaßlichen Wasserverbrauch. Die verwendeten Geräte müssen allerdings nach den Vorgaben des Eichgesetzes bzw. der **Eichordnung** alle sechs Jahre geeicht werden. Ist dies der Fall spricht eine **Vermutung** für die Richtigkeit des ermittelten Ergebnisses.¹⁷⁰

b) Wasserkostenabrechnung, Ablesung

Üblicherweise erfolgt die **Ablesung und Abrechnung** der Wasserkosten durch denselben **Dienstleister**, der auch die Heiz- und Warmwasserkosten ermittelt und abrechnet. Dies hat den Vorteil, dass die Ablesung der Kaltwasserzähler einheitlich mit der Ablesung der Heizkostenverteiler bzw. Wärmemengenzähler erfolgen kann. Damit werden zum einen die Beeinträchtigungen der Mieter auf ein unvermeidbares Minimum reduziert. Zum anderen können in beiden Fällen eben auch die Kosten der **Ablesung** selbst wie auch die Kosten der **Heiz- bzw. Wasserkostenabrechnungserstellung** als Betriebskosten auf die Mieter umgelegt werden, obwohl es sich dogmatisch betrachtet um eigentlich nicht umlegbare **Verwaltungskosten** handelt. Auch für den Fall, dass der Vermieter selbst oder ein von ihm beauftragter Dritter die Ablesung und Erstellung der Abrechnung vornimmt, sind nachweislich entstandene im Rahmen der Betriebskostenabrechnung umlagefähig. 139

Soweit Einzelwasserzähler vorhanden sind, entstehen nahezu zwingend **Differenzen** zwischen der Summe der Ergebnisse der Einzelwasserzähler und der vom Hauptzähler gemessenen Gesamtwassermenge. Diese Differenz, auch als **Schlupfmenge** bezeichnet, hat technische Ursachen wie Leitungsverluste oder auch Messtoleranzen bei den kleiner dimensionierten Einzelwasserzählern im Vergleich zu den auf höhere Durchflüsse ausgelegten Hauptwasserzählern. Eine Schlupfmenge von bis zu 20 % des Gesamtverbrauches ist noch hinzunehmen.¹⁷¹ Die Umlage der Kosten der Schlupfmenge erfolgt entsprechend dem Verhältnis der bei den Wohnungswasserzählern gemessenen Verbrauchsmengen zum Gesamtverbrauch bzw. den Gesamtkosten.¹⁷² Dies kann zu Irritationen bei den Mietern führen, die somit mehr Kosten zu tragen haben, als sie nach dem erfassten Verbrauch ihrer Einzelwasserzähler zu tragen hätten. Hier ist zu verdeutlichen, dass das gemessene Ergebnis eines Einzelwasserzähler lediglich helfen sollen, den Verbrauchsanteil eines Mieters ermitteln zu können. Das gemessene Ergebnis stellt jedoch diesen Anteil nicht unmittelbar dar. 140

Auch bei den Kosten der Frischwasserversorgung ist bei einem gemischt-genutzten Objekt zu prüfen, ob aufgrund eines erheblichen Mehrverbrauchs des Gewerbeanteils ein **Vorwegabzug** vorgenommen werden muss.¹⁷³

170 BGH, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 112/10.

171 LG Duisburg, Beschl. v. 22.02.2006 – 13 T 9/06; LG Berlin, Urt. v. 04.12.2001 – 65 S 85/01.

172 AG Dortmund, Urt. v. 05.02.1992 – 120 C 14 181/91; LG Braunschweig, Urt. v. 22.12.1998 – 6 S 163/98.

173 Vgl. Rdn. 91 ff.

13.3.3.3 Die Kosten der Entwässerung (Nr. 3)

- 141 Hierzu gehören die Gebühren für die **Haus- und Grundstücksentwässerung**, die Kosten des **Betriebs einer entsprechenden nicht öffentlichen Anlage** und die Kosten des **Betriebs einer Entwässerungspumpe**. Immer mehr Bedeutung erlangen hier die Gebühren der Städte und Kommunen für die Entsorgung des **Niederschlagswassers**. Auch wenn eine Stadt bzw. Kommune die Kostenart Niederschlagswasser durch Abtrennung von den Schmutzwasserkosten erstmals erhebt, fallen diese Kosten unter den Oberbegriff der Kosten der Entwässerung, so dass hier keine neu entstandene Betriebskostenart vorliegt.¹⁷⁴
- 142 Da die Gebühren für die Entsorgung des Niederschlagswassers nicht anhand des Frisch- oder Abwasserverbrauchs, sondern dem Anteil der **versiegelten Flächen** eines Grundstückes berechnet werden, ist fraglich, ob eine Umlage nach einem Verbrauchsschlüssel, sprich z.B. dem erfassten Frischwasserverbrauch zulässig ist. Die Rechtsprechung ist in dieser Frage uneinheitlich.¹⁷⁵ Im Zweifel sollten diese Kosten nach den Flächenanteilen der Mieter umgelegt werden, da dies als das sachgerechtere Vorgehen erscheint.¹⁷⁶ Zwar stellt es zumindest keinen **formellen Fehler** der Betriebskostenabrechnung dar, wenn die Frisch-, Schmutz- und Niederschlagswasserkosten unter dem einheitlichen Begriff der Wasserkosten zusammengefasst abgerechnet werden.¹⁷⁷ Unter dem Gesichtspunkt der Übersichtlichkeit und Nachvollziehbarkeit einer Betriebskostenabrechnung sowie den vorgenannten Ausführungen sollte sich ein solches Vorgehen jedoch verbieten.

Bei einer selbst betriebenen **Klär- und Sickergrube** sind auch die Kosten der **Reinigung und Abfuhr des Abwassers** umlagefähige Betriebskosten.¹⁷⁸

13.3.3.4 Die Kosten der Heizung, der zentralen Warmwasserversorgungsanlage, von verbundenen Heizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen (Nr. 4, 5, 6)

- 143 Hierzu gehören die Kosten des Betriebs der **zentralen Heizungsanlage** einschließlich der **Abgasanlage**, des Betriebs der **zentralen Brennstoffversorgungsanlage**, der eigenständig **gewerblichen Lieferung von Wärme**, der **Reinigung und Wartung von Etagenheizungen** und **Gaseinzelfeuerstätten**, des Betriebs der zentralen **Warmwasserversorgungsanlage**, der eigenständig **gewerblichen Lieferung von Warmwasser**, der **Reinigung und Wartung von Warmwassergeräten**, **verbundener Heizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen**.
- 144 Neben den Regelungen des § 2 Abs. 1 Nr. 4, 5, 6 BetrKV, die direkte Anwendung nur in der Wohnraummiete finden, enthält die HeizkostenV eine Vielzahl von Sonderregelungen bzgl. der Abrechnung dieser Kosten. Zu beachten ist, dass die HeizkostenV grundsätzlich

174 OLG Düsseldorf, Urt. v. 03.02.2000 – 10 U 197/98; LG Berlin, Urt. v. 18.03.2003 – 64 S 3/03.

175 Gegen die Zulässigkeit eines Verbrauchsschlüssels LG Berlin, Urt. v. 18.03.2003 – 64 S 3/03; für die Zulässigkeit eines Verbrauchsschlüssels LG Mannheim, Urt. v. 10.04.2002 – 4 S 202/01.

176 Langenberg F., Rdn. 77.

177 BGH, Beschl. v. 13.03.2012 – VIII ZR 218/11; Urt. v. 15.07.2009 – VIII ZR 340/08.

178 AG Bergisch Gladbach, Urt. v. 04.04.1984 – 23 C 2/84.

zwingend in jedem Mietverhältnis, sowohl bei Wohn- als auch Gewerberaum, anzuwenden ist und durch den Verweis in § 3 HeizkostenV auch im **Wohnungseigentumsrecht** Anwendung findet. Die Anwendung der HeizkostenV ist nicht in die Dispositionsfreiheit der Vertragsparteien gestellt, so dass auch **individualvertraglich** eine Abweichung nicht möglich ist.¹⁷⁹ Keine Anwendung findet die HeizkostenV lediglich dann, wenn eine Versorgung des Mietobjektes mit **Einzelöfen, Etagenheizungen** oder sonstigen **dezentralen Heizungen** erfolgt. Ebenso wenig bei der Vermietung von **Einfamilienhäusern** bzw. der Vermietung eines gesamten Objektes an einen Mieter.

Abweichende vertragliche Vereinbarungen sind gem. § 2 HeizkostenV lediglich bei Gebäuden mit nicht mehr als zwei Wohnungen möglich, bei denen der Vermieter eine der Wohnungen selbst bewohnt, spricht bei den klassischen **Einliegerwohnungen**.

145

a) Erfassungsmöglichkeiten, Technische Ausstattung

Zur Erfassung des unterschiedlichen Verbrauchs der Mieter müssen gem. § 5 Abs. 1 HeizkostenV **Wärmezähler**, auch als **Wärmemengenzähler** bezeichnet, oder aber **Heizkostenverteiler** verwendet werden. Zur Erfassung des Warmwasserverbrauchs sind Warmwasserezähler oder andere geeignete Ausstattungen zu verwenden. Am häufigsten werden derzeit Heizkostenverteiler verwendet, die an den Heizkörpern der Mieter angebracht deren Anteil am Gesamtverbrauch erfassen. Seltener werden Wärmezähler verwendet, die abhängig von den technischen Gegebenheiten des Einzelfalles entweder an den jeweiligen Hauptzuleitungen der Mietparteien angebracht werden oder aber an jeder Abzweigung der Unterverteilung. Sie sind in Sonderfällen wie beispielsweise bei **Fußbodenheizungen** oft die einzige Möglichkeit, den Verbrauch überhaupt zu erfassen.

146

Die früher üblichen **Verdunstungsgeräte** sind mittlerweile überwiegend von **elektronischen Heizkostenerfassungsgeräten** abgelöst worden. Zulässig sind jedoch die Verdunstungsgeräte nach wie vor, wenn auch verschiedentlich Heizkostenabrechnungsfirmen anderes suggerieren. Für Verdunstungsgeräte der ersten Generation sowie Warmwasserkostenverteiler älterer Bauart gewährt § 12 Abs. 2 HeizkostenV Bestandsschutz bis mindestens 31.12.2013. Ab dem 01.01.2014 kann der Mieter gegebenenfalls einwenden, dass diese Geräte nicht mehr den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, was gem. § 5 Abs. 1 HeizkostenV grundsätzlich einzuhaltende Voraussetzung für alle verwendeten Verbrauchserfassungseinrichtungen ist. Folge ist dann, dass die Heizkosten nach dem Verhältnis der beheizten Flächen zu verteilen sind. Dem Mieter steht dann mangels ordnungsgemäßer Verbrauchserfassung das Kürzungsrecht des § 12 Abs. Satz 1 HeizkostenV zu, wonach er die Gesamtkosten um 15 % kürzen kann.

147

Elektronische Heizkostenverteiler moderner Bauart haben den Vorteil, dass sie meist **funkbasierend** sind und somit die Ablesung möglich ist, ohne die Räumlichkeiten des Mieters betreten zu müssen. Damit entfällt die mitunter in der Praxis recht schwer umzusetzende Terminvereinbarung zur Ablesung mit jedem einzelnen Mieter.

148

Eine Pflicht zur Umstellung von Verdunstungsgeräten zu elektronischen Erfassungsgeräten besteht jedoch nicht.¹⁸⁰

¹⁷⁹ BGH, Urt. v. 19.07.2006, VIII ZR 212/05.

¹⁸⁰ LG Hamburg, Urt. v. 18.02.1992, 316 S 188/91.

b) Heizkostenabrechnung, Ablesung

- 149** In der Praxis wird meist ein **externer Dienstleister** sowohl mit der Ablesung der Erfassungsgeräte als auch mit der Erstellung der Heizkostenabrechnung als Teil der Betriebskostenabrechnung insgesamt beauftragt. Dies ist angesichts der Komplexität der einzuhaltenden Vorschriften, insbesondere bzgl. der Heizkostenabrechnung, durchaus sinnvoll. Soweit die Mieträume zudem mit funkbasierenden elektronischen Heizkostenverteilern ausgestattet sind, ist es zudem dem Vermieter mangels entsprechender technischer Ausstattung meist auch kaum möglich die Daten der Heizkostenverteiler auszulesen.
- 150** Gem. § 7 HeizkostenV sind von den Kosten des Betriebs der zentralen Heizungsanlage mindestens **50 %** höchstens **70 %** nach dem erfassten Wärmeverbrauch der der Nutzer zu verteilen. Das **Wahlrecht** zwischen 50 % und 70 % obliegt allein dem Vermieter.
- 151** Die einzige Ausnahme gilt für Gebäude die kumulativ das **Anforderungsniveau der Wärmeschutzverordnung vom 16.08.1994 nicht erfüllen, die mit einer Öl- oder Gasheizung versorgt werden und in denen die freiliegenden Leitungen der Wärmeverteilung überwiegend gedämmt sind**. Unter Putz verlaufenden Leitungen gelten hier als gedämmt, auch wenn sie de facto nicht gedämmt sind. § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV ist auf diesen Fall nicht analog anwendbar.¹⁸¹ In diesem Ausnahmefall sind zwingend 70 % der Kosten nach dem erfassten Wärmeverbrauch der Nutzer zu verteilen. Da gerade die Frage, welches Wärmeschutzniveau ein Gebäude erreicht, vom Laien nicht zu beantworten ist, sollte hier unbedingt fachmännischer Rat z.B. von einem unabhängigen Energieberater eingeholt werden.

Sofern **freiliegende Leitungen der Wärmeverteilung** überwiegend ungedämmt sind und daher ein wesentlicher Teil des Wärmeverbrauchs nicht erfasst wird, kann der Wärmeverbrauch der Nutzer nach anerkannten Regeln der Technik bestimmt werden. Dazu zählt beispielsweise die VDI-Richtlinie 2077.¹⁸² Ein wesentlicher nicht erfasster Anteil des Wärmeverbrauchs ist gegeben wenn die Summe der erfassten Verbrauchseinheiten nicht mehr als 20 % des Wärmeverbrauchs erreichen.¹⁸³

Die verbleibenden Kosten, entsprechend **30 % bis 50 %**, sind nach dem Verhältnis der Wohn- bzw. Nutzflächen zu verteilen oder aber nach dem umbauten Raum. Der Regelfall ist die Umlage nach einem Flächenschlüssel wobei meist die Wohnfläche, gegebenenfalls aber auch die davon abweichende beheizte Fläche zugrunde gelegt wird. Der Ansatz einer Nutzfläche, die unbeheizte Flächen beinhaltet kann jedoch im Einzelfall billigem Ermessen entsprechen.¹⁸⁴

¹⁸¹ BGH, Urt. v. 15.03.2017 – VIII ZR 5/16.

¹⁸² BGH, Urt. v. 06.05.2015 – VIII ZR 193/14.

¹⁸³ BGH, Urt. v. 06.05.2015 – VIII ZR 193/14; LG Leipzig, Urt. v. 01.07.2016 – 02 S 104/16.

¹⁸⁴ LG Karlsruhe, Urt. v. 05.11.2015 – 11 S 120/14.

Beispiel

152

Exkurs: Flächenberechnung

Lediglich für preisgebundenen Wohnraum gibt es verbindliche Vorgaben zur Flächenberechnung. Für preisfreien Wohnraum sowie Gewerberaum existieren keine verbindlichen Vorgaben für die **Flächenberechnung**. Üblich ist es heutzutage, für Wohnraum auf die Vorschriften der **Wohnflächenverordnung** abzustellen, wenn dies auch nicht zwingend ist.

Im Gewerberaum wird meist entweder die **DIN 283** oder aber die **DIN 277** zur Flächenberechnung genutzt. Eine Berechnung nach den Vorgaben der Wohnflächenverordnung kann der Gewerberaummieter zumindest nicht automatisch erwarten. In jüngerer Vergangenheit werden auch zunehmend die **Richtlinien zur Berechnung der Mietflächen bei Gewerberaum (MF-G)** der Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung e.V. (gif e.V.) angewandt. Vorrangig soll immer die zwischen den Parteien getroffene **vertragliche Vereinbarung** zur Berechnungsmethode sein; falls diese fehlt, ist die **regionale Übung** maßgeblich. Im Gewerberaum sind meist sowohl die Berechnungsmethode als auch eine Fläche selbst vereinbart. In Wohnraummietverträgen fehlt oft eine entsprechende Größenangabe.

153

Bei einer **Flächenabweichung** zwischen vereinbarter Fläche und tatsächlicher Fläche gilt die mittlerweile wiederholt vom BGH bestätigte Rechtsprechung zur **10 %-Grenze**. So soll die im Vertrag vereinbarte Fläche für die Betriebskostenabrechnung der Betriebskosten maßgeblich sein, wenn sie nicht mehr als 10 % von der tatsächlichen Fläche abweicht. Die maßgebliche Wohnfläche ist sodann im Rahmen der Abrechnung ins Verhältnis zur tatsächlichen Gesamtwohnfläche und nicht ins Verhältnis zu einer mit Blick auf die unzutreffend vereinbarte Wohnfläche bereinigte Gesamtwohnfläche zu setzen.¹⁸⁵

154

c) Umlagefähige Kosten

Umlagefähig sind die Kosten der **verbrauchten Brennstoffe** wie Öl, Gas, Koks, Kohle, Holzpellets etc. einschließlich der Kosten der Anlieferung.

155

Zudem die Kosten des **Betriebsstroms**, der separat über einen **Zwischenzähler** zu erfassen und im Rahmen der Heizkostenabrechnung umzulegen ist und nicht etwa als **Allgemeinstromkosten**.¹⁸⁶ Eine Umlage im Rahmen der Allgemeinstromkosten würde sowohl die Heizkostenabrechnung hinsichtlich der Kostenart Allgemeinstrom fehlerhaft machen, als auch die Heizkostenabrechnung.¹⁸⁷ Falls kein Zwischenzähler vorhanden ist werden die Kosten auf Schätzbasis meist mit **3 %-6 % der Brennstoffkosten** angesetzt und die Allgemeinstromkosten entsprechend gekürzt.¹⁸⁸ Alternativ kann auch eine Schätzung aus der Berechnung der Anschlusswerte aller Strom verbrauchender Einrichtungen der Heizanlage nach der Formel $\text{kW/h} \times 24 \text{ Stunden} \times \text{Anzahl der Heiztage}$ erfolgen.¹⁸⁹

¹⁸⁵ LG Köln, Urt. v. 11.01.2017 – 9 S 82/13.

¹⁸⁶ BGH, Urt. v. 20.02.2008 – VIII ZR 27/07.

¹⁸⁷ BGH, Urt. v. 03.06.2016 – V ZR 166/15.

¹⁸⁸ BGH, Urt. v. 20.02.2008 – VIII ZR 27/07; BayObLG, Beschl. v. 10.01.1997 – 2 Z BR 35/96; AG Neuss, Urt. v. 24.04.1987 – 36 C 75/87.

¹⁸⁹ LG Berlin, Urt. v. 21.02.1978 – 63 S 166/77.

- 156 Zu den **Wartungskosten** der Heizungsanlage gehören die Kosten der Überprüfung der Feuerungsanlage, der **Zerlegung und Reinigung** des **Brenners** einschließlich der Kosten **neuer Dichtungen und Zerstäuberdüsen**, der **Funktionsprüfungen**, von **Probeläufen**, von **Messungen der Abgaswerte**, des **Einstellens von Zeituhren und Zeitprogrammen (Nachtabsenkung)** sowie die Kosten der **Abgaswegeuntersuchung** bei einer Gasfeuerstätte nach der **Kehr- und Überprüfungsordnung** der jeweiligen Länder.¹⁹⁰ Keine Wartungskosten und damit nicht umlagefähig sind die **Reparaturkosten einer Heizungspumpe**,¹⁹¹ der **Einbau einer neuen Ölpumpe**,¹⁹² die **Kosten der Öltankbeschichtung**¹⁹³ sowie die **Kosten des Korrosionsschutzes**.¹⁹⁴
- 157 Umlagefähige Kosten der **Reinigung der Anlage** und des **Betriebsraums** sind hauptsächlich die Kosten der **Kesselreinigung**.¹⁹⁵ Umstritten ist, ob die Kosten der **Tankreinigung** ebenfalls umlagefähig sind.¹⁹⁶ Nicht umlagefähig sind die Kosten der **Erneuerung der Beschichtung des Öltanks**¹⁹⁷ sowie die Kosten eines **neuen Anstrichs**.
- 158 Falls der Vermieter die Ausstattung zur Verbrauchserfassung anmietet, sind die **Mietkosten** umlagefähig. Die Anmietung ist dem Vermieter jedoch nur unter Beachtung der in § 4 Abs. 2 HeizkostenV geregelten Voraussetzungen gestattet. Im Falle des Kaufs die Kaufkosten nicht, jedoch die Folgekosten, wie etwa die Kosten der **Nacheichung** oder die anstelle der Nacheichung anfallenden **Austauschkosten**.¹⁹⁸
- 159 Auch bei Etagenheizungen und Gaseinzelfeuerstätten sind die **Wartungskosten** einschließlich der **immissionsrechtlichen Messungen** umlagefähig.¹⁹⁹
- 160 Beim Betrieb einer zentralen Warmwasserversorgungsanlage sind die Kosten des **Frischwassers**, bestehend aus **Verbrauchskosten** und **Grundgebühren**, umlagefähig. Zudem die Kosten der regelmäßig durchzuführenden **Legionellenprüfung** nach der seit dem 01.11.2011 geltenden neuen Trinkwasserverordnung (TrinkwV).²⁰⁰

190 Blank/Börstinghaus § 556, Rdn. 26.

191 OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.06.2000 – 10 U 94/99.

192 AG Waldbröl, Urt. v. 18.07.1980 – 3 C 396/80.

193 LG Frankenthal, Urt. v. 10.04.1985 – 2 S 483/84.

194 AG Regensburg, Urt. v. 11.08.1993 – 9 C 2418/93.

195 LG Berlin, Urt. v. 11.02.2005 – 65 S 342/04.

196 Bejahend: AG Karlsruhe, Urt. v. 81.08.2005 – 9 C 558/05; AG Regensburg, Urt. v. 11.08.1993 – 9 C 2418/93, verneinend: LG Landau, Urt. v. 24.06.2005 – 3 S 129/04; AG Ahrensburg, Urt. v. 13.07.2000 – 46 C 303/99; AG Rendsburg, Urt. v. 22.10.2001 – 11 C 117/01; AG Hamburg, Urt. v. 16.12.1997 – 49 C 617/97; AG Wennigsen, Urt. v. 17.05.1990 – 14 C 35/90; AG Speyer, Urt. v. 03.09.2007 – 33 C 126/07.

197 LG Frankenthal, Urt. v. 10.04.1985 – 2 S 483/84.

198 AG Neuss, Urt. v. 01.07.1988 – 30 C 518/87; AG Koblenz, Urt. v. 28.05.1996 – 42 C 970/96.

199 AG Dortmund, 31.05.1983 – 125 C 174/83.

200 Art. 3 Erste Verordnung zur Änderung der Trinkwasserverordnung vom 03.05.2011, BGBl. I S. 748.

13.3.3.5 Die Kosten des Betriebs des Personen- und Lastenaufzugs (Nr. 7)

Hierzu gehören die Kosten des **Betriebsstroms**, die Kosten der **Beaufsichtigung, der Bedienung**, Überwachung und Pflege der Anlage, der regelmäßigen **Prüfung ihrer Betriebsbereitschaft und Betriebssicherheit** einschließlich der Einstellung durch eine Fachkraft sowie die Kosten der **Reinigung der Anlage**. Der Betriebsstrom umfasst sowohl den Strom für den eigentlichen **Betrieb des Aufzugs** als auch den Strom, der zur **Beleuchtung des Aufzugs** verbraucht wird. Der auf den Aufzug entfallende Strom sollte über einen Zwischenzähler erfasst und vom Allgemeinstrom abgezogen werden. Die Kosten eines **Aufzugswärters** sind grundsätzlich umlagefähig. In der Praxis wird ein Aufzugswärter eher selten sein. Auch die Kosten einer heutzutage überwiegend eingesetzten **Notrufbereitschaft** umlagefähig,²⁰¹ die meist über eine Telefonanlage im Aufzug zu erreichen ist. Die Kosten der gesetzlichen vorgeschriebenen **Sicherheitsprüfungen** z.B. nach § 15 Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV) sind in voller Höhe umlagefähig.

Neben den vorgeschriebenen Sicherheitsprüfungen werden meist noch zusätzliche **Wartungsverträge** gerade mit den Herstellern der Aufzüge abgeschlossen. Oft geht mit dem Abschluss solcher unter Umständen sogar **Vollwartungsverträge** eine Verlängerung der Garantie des Herstellers einher. Je nach Ausgestaltung des Vertrages sind die Kosten des Wartungsvertrages jedoch nicht in voller Höhe umlagefähig. Abzuziehen ist der Anteil, der für im Rahmen der Wartung durchgeführte Instandhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahmen kalkuliert wird. Soweit der jeweils beauftragte Fachbetrieb die dem Vertrag zugrunde liegende Kostenkalkulation offen legt, kann ein entsprechender Abzug einfach vorgenommen werden. Wenn jedoch, wie häufig, lediglich eine fixe Pauschale vereinbart wurde und der Instandhaltungs- bzw. Instandsetzungsanteil gerade nicht bekannt ist, muss ein pauschaler Abzug vorgenommen werden. Die **Höhe des Abzugs** soll zwischen **20 %**²⁰² und **50 %**²⁰³ betragen und ist eine Frage des Einzelfalls. Wenn der Vermieter zu dem mutmaßlichen Instandsetzungsanteil nicht substantiiert vortragen kann, sind eher 50 % anzusetzen. Mit nachvollziehbarer Begründung sind jedoch eben auch 20 % vertretbar.

Als **Reinigungskosten** sind nur die Kosten der Reinigung von Teilen des Aufzugs anzusehen, die **außerhalb der Fahrkabine** liegen.²⁰⁴ Die Reinigung des Inneren fällt unter § 2 Abs. 1, Nr. 9 BetrKV. Bei der Kostenverteilung ist zu beachten, dass Erdgeschossmieter trotz geringer oder de facto nicht vorhandenen Nutzungsbedarfs allein aufgrund der Nutzungsmöglichkeit an den Kosten des Aufzugs beteiligt werden dürfen.²⁰⁵ Bei der Bildung einer **Abrechnungseinheit** aus mehreren Häusern dürfen Mieter, deren Haus keinen Aufzug besitzt jedoch nicht an den Kosten des Aufzugs in einem anderen Gebäude beteiligt werden.²⁰⁶

201 LG Gera, Urt. v. 31.01.2001 – 1 S 185/00; AG Frankfurt a.M. Urt. v. 14.07.2000 – 301 C 7149/00.

202 AG Bonn, Urt. v. 31.01.2007 – 8 C 451/06; LG Braunschweig, Urt. v. 03.01.2006 – 6 S 273/05 (094), 6 S 273/05.

203 AG Spandau, Urt. v. 10.09.2009 – 14 C 31/09; AG Bonn, Urt. v. 31.01.2007 – 8 C 451/06.

204 Schmid, in: MüKo § 2 BetrKV, Rdn. 32.

205 BGH, Urt. v. 20.09.2006 – VIII ZR 103/06; zum Umlageschlüssel vgl. Rdn. 72.

206 BGH, Urt. v. 08.04.2009 – VIII ZR 128/08.

13.3.3.6 Die Kosten der Straßenreinigung und Müllbeseitigung (Nr. 8)

- 164** Zu den Kosten der Straßenreinigung gehören die für die öffentliche Straßenreinigung zu entrichtenden Gebühren und die Kosten entsprechender **nicht öffentlicher Maßnahmen**. Zu den Kosten der Müllbeseitigung gehören namentlich die für die **Müllabfuhr** zu entrichtenden **Gebühren**, die Kosten entsprechender **nicht öffentlicher Maßnahmen**, die Kosten des Betriebs von **Müllkompressoren**, **Müllschluckern**, **Müllabsauganlagen** sowie des Betriebs von **Müllmengenerfassungsanlagen** einschließlich der Kosten der **Berechnung und Aufteilung**.
- 165** Soweit es beim Einsatz von sogenannten **Müllmengenerfassungsanlagen** (Abfallschleusen) technisch möglich, jedem Mieter die von ihm verursachten Müllkosten verbrauchsabhängig zuzuordnen und insoweit eine Verbrauchserfassung erfolgt, sind dann auch die Kosten der Erfassung, Berechnung und Aufteilung umlagefähig. Technisch stellen solche Anlagen jedoch eher die Ausnahme dar, so dass in der Praxis meist keine Verbrauchserfassung erfolgt und die Kosten der Aufteilung bzw. Erstellung der Müllkostenabrechnung auch nicht umlagefähig sind. Das Fehlen von sogenannten blauen und gelben Mülltonnen (Mülltrennung) kann einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot darstellen.²⁰⁷

a) Straßenreinigung und Winterdienst

- 166** Die Reinigung des zu einem Objekt gehörenden öffentlichen Teils der Straße wird nach landesrechtlichen Regelungen entweder durch die Kommunen oder deren Regiebetriebe selbst durchgeführt oder aber die Verpflichtung wird durch **Satzung** auf den Grundstückseigentümer übertragen. Umlagefähig sind daher sowohl die **kommunalen Gebühren** als auch die dem Eigentümer durch Eigenleistung oder durch Übertragung auf Dritte entstehenden Kosten für die **Reinigung der öffentlichen Flächen**. Zur Straßenreinigung gehört ebenso der **Winterdienst**, sprich die **Beseitigung von Schnee und Eis und das Streuen bei Schnee- und Eisglätte**.²⁰⁸ Die Kosten der Reinigung und des Winterdienstes auf dem Grundstück selbst sind unter die Hauswartkosten bzw. die Kosten der Gartenpflege zu fassen.²⁰⁹ Die Kosten der **Reinigungs- und Streumittel** sowie **Wartungskosten** der entsprechenden Geräte und die Kosten deren Betriebs, wie **Treibstoff** und **Schmiermittel**, sind unstreitig umlagefähig.²¹⁰
- 167** Streitig ist allerdings, ob die Kosten der **Reparatur**, der **Erstanschaffung** und der **Ersatzbeschaffung** solcher Geräte umlagefähig sind.²¹¹ Eigentlich stellen weder Reparatur- noch

²⁰⁷ LG Köln, Urt. v. 28.03.2013 – 1 S 232/11.

²⁰⁸ BGH, Urt. v. 27.11.1984 – VI ZR 49/83.

²⁰⁹ Schmid, in: MüKo § 2 BetrKV, Rdn. 34.

²¹⁰ Blank/Börstinghaus § 556, Rdn. 49; Langenberg, in: Schmidt-Futterer § 556, Rdn. 141.

²¹¹ Für teilweise Umlagefähigkeit: AG Schöneberg, Urt. v. 20.12.2000 – 6 C 206/00 (Kauf Schneeräumgerät); LG Berlin, Urt. v. 09.03.2000 – 62 S 463/99 (Kauf Schneeräumgerät u. Laubsauger); LG Berlin, Urt. v. 13.03.1986 – 62 S 94/85 (Kauf v. Ersatzteilen f. Schneeräumgerät); LG Hamburg, Urt. v. 13.07.1989 – 7 S 185/88 (Reparaturen v. Gartengeräten); dagegen: LG Hamburg, Urt. v. – 30.05.1985, 7 S 326/84 (Kauf Rasenmäher im preisgebundenen Wohnraum); AG Lörach, Urt. v. 02.11.1994 – 3 C 336/94 (Kauf Reinigungsgeräte f. d. Hausreinigung); AG Starnberg, Urt. v. 17.09.2002 – 1 C 1209/02 (Kauf Gartenhäcksler zumindest nicht in voller Höhe im Anschaffungsjahr).

Anschaffungskosten von Reinigungs- oder Räumgeräten Betriebskosten dar. Gerechtigt werden kann die Umlage im Einzelfall allerdings trotzdem dann, wenn durch die Anschaffung bzw. Reparatur im Vergleich zur Durchführung der Arbeiten durch Dritte und der dabei anfallenden Lohnkosten ein Kostenvorteil für den Mieter entsteht.²¹² Ein entsprechendes Kostenargument wird beispielsweise auch bei dem Austausch und damit der **Neuanschaffung der Messkapseln** bei Einzelwasserzählern anstatt der Neueichung angeführt.²¹³

b) Kosten der Müllbeseitigung

Die **kommunalen Müllgebühren** sind in voller Höhe umlagefähig. Daneben können auch die Kosten des **Müllmanagements** durch Einschaltung externer Dienstleister umgelegt werden. Als Müllmanagement werden hauptsächlich **Maßnahmen zur Verringerung des Restmülls durch Separierung der Wertstoffe** verstanden, ergänzend gegebenenfalls noch die **Optimierung der Befüllung der Abfallgefäße sowie die Organisation und auch Reinigung des Standplatzes**.²¹⁴ Die Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit dieser Kosten ist jedoch stets am allgemeinen **Wirtschaftlichkeitsgrundsatz** auszurichten.²¹⁵ Zudem ist zu prüfen, ob diese Arbeiten kostensparend durch einen Hauswart durchgeführt werden können. Dann sind sie auch entsprechend als Kosten des Hauswartes gem. § 2 Abs. 1 Nr. 14 BetrKV abzurechnen.²¹⁶

Die Kosten der **Sperrmüllentsorgung** können jedenfalls dann umgelegt werden, wenn sie regelmäßig entstehen.²¹⁷ Zum Beispiel dadurch, dass immer wieder Sperrmüll auf den Außenflächen oder auch im Keller eines Objektes abgestellt wird. Die einmalige Entsorgung von Sperrmüll, bei der eben nicht laufend Kosten entstehen, ist nicht umlagefähig. Die Kosten, die durch eine **Falschbefüllung der Mülltonnen** entstehen, sind nicht als Betriebskosten umlagefähig.²¹⁸ In einem solchen Fall liegt ein Verstoß gegen mietvertragliche Verpflichtungen des Mieters vor, so dass dieser als Verursacher entsprechende Kosten direkt zu tragen hat.

Bei gemischt-genutzten Objekten ist zum einen zu prüfen, inwiefern ein Teil des anfallenden Mülls ausschließlich einem Gewerberaummieter zugeordnet werden kann. Zum anderen muss eine erhebliche Mehrbelastung der Wohnraummieter gegebenenfalls durch einen **Vorwegabzug** der für das Gewerbe anfallenden Müllentsorgungskosten vermieden werden.

²¹² Langenberg A., Rdn. 70.

²¹³ LG Berlin, Urt. v. 08.02.2007 – 67 S 239/06.

²¹⁴ Langenberg G. Rdn. 30.

²¹⁵ Vgl. Rdn. 103 ff.

²¹⁶ AG Berlin, Urt. v. 10.11.2004 – 2 C 109/04.

²¹⁷ BGH, Urt. v. 13.01.2010 – VIII ZR 137/09.

²¹⁸ AG Münster, Urt. v. 21.12.2005 – 59 C 2601/05.

13.3.3.7 Kosten der Gebäudereinigung und Ungezieferbekämpfung (Nr. 9)

- 171 Zu den umlagefähigen Kosten der Gebäudereinigung gehören die Kosten für die **Säuberung** der von den Bewohnern **gemeinsam genutzten Gebäudeteile**, wie **Zugänge, Flure, Treppen, Keller, Bodenräume, Waschküchen, Fahrkorb des Aufzugs**.

a) Gebäudereinigung

- 172 Die Kosten der Gebäudereinigung umfassen **alle Personal- und Sachkosten**, die zur Durchführung der Reinigungsaufgaben benötigt werden. Auch **Reinigungsmittel** stellen umlagefähige Sachkosten dar²¹⁹. Streitig ist die Umlagefähigkeit der **Anschaffung bzw. der Reparatur und Wartung von Reinigungsgeräten**.²²⁰ Der Vermieter ist jedoch berechtigt einen externen Dienstleister mit der Durchführung der Reinigungsarbeiten zu beauftragen. Die dann entstehenden Kosten sind ebenfalls umlagefähig. Nicht umlagefähig sollen die Kosten der generellen **Reinigung der Hausfassade** mangels Einordnung der Hausfassade als „gemeinsam genutzte Gebäudeteile“ sein.²²¹ Auch nicht die Kosten der **Entfernung von Graffiti** an einer Hausfassade, unabhängig von dem dafür anfallenden Arbeitsaufwand.²²² Die regelmäßig wiederkehrend anfallenden Kosten der Graffitientfernung in einem Treppenhaus können wiederum umlagefähig sein.²²³ Die Kosten der **Reinigung eines Glasdaches** sollen jedoch umlagefähig sein, auch ohne gesonderte Vereinbarung.²²⁴ Für Sonderreinigungen, wie sie z.B. auf Grund von Baumaßnahmen oder durch das Verschulden eines Mieters bei über den vertragsgemäßen Gebrauch hinausgehenden Verhalten, im Gebäude anfallenden Kosten sind nicht umlagefähig, sondern vom Vermieter zu tragen.²²⁵ Kosten der **Dachrinnenreinigung** sind nicht der Hausreinigung zuzuordnen und nur bei entsprechender Vereinbarung als **sonstige Betriebskosten** umzulegen.²²⁶

b) Ungezieferbekämpfung

- 173 Aus einmaligem Anlass entstehende Kosten der **Ungezieferbekämpfung**, wie die der **Beseitigung eines Bienen- oder Wespennestes**, sind nicht umlagefähig.²²⁷ Somit bleiben lediglich noch Kosten der regelmäßig durchgeführten **Schädlingsbekämpfung**, die sogar umlagefähig sind, wenn die Schädlingsbekämpfung prophylaktisch durchgeführt wird.²²⁸ Dies muss nicht zwingend im jährlichen Turnus sein.²²⁹ Ein zwei- oder dreijähriger Turnus reicht hier aus.

219 Schmid, in: MüKo § 2 BetrKV, Rdn. 43.

220 Ausführlich dazu unter Fn. 211.

221 AG Hamburg, Urt. v. 10.07.1995 – 49 C 1977/94.

222 AG Köln, Urt. v. 22.05.2000 – 222 C 120/99.

223 AG Berlin-Mitte, Urt. v. 27.07.2007 – 11 C 35/07.

224 AG Potsdam, Urt. v. 23.05.2007 – 23 C 465/06.

225 LG Siegen, Urt. v. 23.04.1992 – 3 S 43/92.

226 BGH, Urt. v. 07.04.2004 – VIII ZR 146/03.

227 AG München, Urt. v. 24.06.2011 – 412 C 32370/10.

228 AG Hamburg-Blankenese, Teilurt. v. 14.04.2010 – 508 C 250/09.

229 AG Hamburg, Urt. v. 14.04.1999 – 40A C 715/98; AG Köln, Urt. v. 13.07.1992 – 213 C 164/92.

13.3.3.8 Kosten der Gartenpflege (Nr. 10)

Hierzu gehören die Kosten der **Pflege** gärtnerisch angelegter Flächen einschließlich der **Erneuerung von Pflanzen und Gehölzen**, der **Pflege von Spielplätzen** einschließlich der **Erneuerung von Sand** und der **Pflege von Plätzen, Zugängen und Zufahrten**, die dem nicht öffentlichen Verkehr dienen. Der Zusatz „die dem nicht öffentlichen Verkehr dienen“ soll sich jedoch nur auf Plätze, Zugänge und Zufahrten, nicht aber auf die gärtnerisch angelegten Flächen beziehen.²³⁰ 174

a) Gartenpflege

Zur Gartenpflege zu zählen sind insbesondere das **Rasenmähen**, das **Düngen, Bewässern und Säubern** des Rasens, die **Beseitigung von Unkraut, Pflegeschnitte** der Bepflanzung mit Büschen, Hecken und Bäumen. Auch die Kosten einer Baumwartung zur Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht sind umlagefähig.²³¹ Soweit eine **Entfernung alter Pflanzen** sowie eine entsprechende **Neubepflanzung** aufgrund von Alter, Witterung oder Umwelteinflüssen notwendig werden, sind diese Kosten ebenfalls umlagefähig. Auch die Kosten für das mitunter äußerst kostspielige **Entfernen** von kranken, morschen oder Windbruch gefährdeten Bäumen stellen Betriebskosten dar. Diese **aperiodisch** entstehenden Kosten können zudem in voller Höhe im dem Jahr, in dem sie entstehen in die Betriebskostenabrechnung eingestellt werden.²³² 175

Die Kosten einer vollständigen **Um- oder Neugestaltung** eines Gartens sind allerdings nicht umlagefähig.²³³ Ebenso wenig Maßnahmen, die aufgrund von behördlichen Anordnungen oder aus nachbarrechtlichen Gründen durchgeführt werden müssen.²³⁴ Bei grundsätzlich wirksamer mietvertraglicher Umlagevereinbarung kommt es auf die tatsächliche Nutzung der Gemeinschaftsflächen des Gartens durch den Mieter bzw. die Nutzungsmöglichkeit nicht an. Ausreichend ist, dass der Gemeinschaftsgarten, für den Pflegekosten entstehen, den Gesamteindruck eines Hausgrundstückes beeinflusst und damit die Wohn- bzw. Nutzungsqualität steigert.²³⁵ Soweit einzelnen Mietern exklusive **Nutzungsrechte** zugestanden wurden, sind die Kosten der Gartenpflege für diese Fläche nicht umlagefähig. 176

b) Plätze, Zugänge, Zufahrten

Die Kosten der **Reinigung**, inklusive **Unkrautbeseitigung** sowie des **Winterdienstes** von nicht-öffentlichen Flächen, sind unter dem Oberbegriff der Gartenpflegekosten umlage- 177

²³⁰ BGH, Urt. v. 10.02.2016 – VIII ZR 33/15; Eisenschmidt/Rips/Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Auflage, § 2 Nr. 10 BetrKV Rdn. 3541.

²³¹ AG Bottrop, Urt. v. 23.02.2015 – 8 C 242/14.

²³² LG Landshut, Urt. v. 08.20.2003 – 12 S 1677/03.

²³³ AG Mönchengladbach, Urt. v. 02.11.2002 – 5 C 98/01.

²³⁴ LG Hamburg, Urt. v. 14.02.1992 – 311 S 254/90; AG Oberhausen, Urt. v. 05.10.1990 – 33 C 343/90.

²³⁵ BGH, Urt. v. 26.05.2004 – VIII ZR 135/03.

fähig.²³⁶ Zu den hierunter zu fassenden Flächen gehören **Plätze, Höfe, Mülltonnenstell- und Wäschetrockenplätze, Privatwege und Parkplätze sowie Garagenzufahrten**,²³⁷ soweit allen Mietern ein diesbezügliches Nutzungsrecht zusteht.²³⁸ Die Grenze zu nicht umlagefähigen Instandhaltungskosten ist mit dem **Austausch von Gehwegplatten** überschritten.²³⁹

c) Spielplätze

- 178 Sowohl die Kosten des turnusmäßigen **Austauschs des Sandes** als auch die Kosten der Überwachung und Pflege der Spielgeräte sind umlagefähig. Teilweise werden auch die Kosten der **Reparatur und des Austauschs von Spielgeräten** als umlagefähige Betriebskosten angesehen.²⁴⁰

13.3.3.9 Kosten der Beleuchtung (Nr. 11)

- 179 Hierzu gehören die Kosten des Stroms für die **Außenbeleuchtung** und die **Beleuchtung** der von den Bewohnern gemeinsam genutzten Gebäudeteile, wie **Zugänge, Flure, Treppen, Keller, Bodenräume, Waschküchen**.
- 180 Umlagefähig sind ausschließlich die Stromkosten für die **Außenbeleuchtung**, der **Beleuchtung der Hausnummer und des Klingeltableaus**, der **Beleuchtung der Allgemeinflächen** wie Treppenhäuser, Flure, Heizungskeller sowie von Wasch- und Trockenräumen. Der in vielen Betriebskostenabrechnungen verwendete Begriff „**Allgemeinstrom**“ ist nicht nur unscharf, sondern kann zur Unwirksamkeit der gesamten Betriebskostenabrechnung führen.²⁴¹ Insbesondere der Strom zum **Betrieb der Heizungsanlage**, der **Klingel- und gegebenenfalls Gegensprechanlage** ist nicht unter den Kosten der Beleuchtung umlagefähig.²⁴²
- 181 Die Kosten des Stroms selbst setzen sich neben den reinen **Verbrauchskosten** zusammen aus der **Grundgebühr**, der **Zählermiete** sowie der anfallenden **Umsatzsteuer**. Die Kosten des **Ersatzes der Beleuchtungskörper** sowie der **Leuchtmittel** selbst stellen Instandhaltungskosten dar und sind somit nicht umlagefähig.²⁴³

13.3.3.10 Kosten der Schornsteinreinigung (Nr. 12)

- 182 Zu den Betriebskosten nach Nr. 12 gehören die **Kehrgebühren** nach der maßgebenden Gebührenordnung, soweit sie nicht bereits als Kosten nach Nummer 4 Buchstabe a berücksichtigt sind.

²³⁶ Zu öffentlichen Flächen vgl. Rdn. 166.

²³⁷ Langenberg, in: Schmidt-Futterer § 556, Rdn. 164.

²³⁸ LG Hamburg, Urt. v. 13.07.1989 – 7 S 185/88.

²³⁹ AG Stuttgart-Bad Cannstatt, Urt. v. 29.04.1996 – 2 C 398/96.

²⁴⁰ S.o. Fn. 211.

²⁴¹ AG Leipzig, Urt. v. 14.09.2007 – 163 C 496/07.

²⁴² AG Leipzig, Urt. v. 11.05.2007 – 161 C 8191/06.

²⁴³ AG Köln, Urt. v. 20.10.2006 – 212 C 91/06; OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.06.2000 – 10 U 94/99.

Diese Bestimmung betrifft ausschließlich Einzelfeuerstätten, wie Gasetagenheizungen, Einzelöfen, Kamine, Lüftungsanlagen etc. Alle Gebühren, die im Rahmen einer Zentralheizung anfallen, sind im Rahmen der Heizkostenabrechnung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4a BetrKV abzurechnen. Ebenso die Kosten von **Messungen nach dem Immissionsschutzgesetz (BImSchG)**. 183

Beispiel

184

Exkurs: Liberalisierung des Schornsteinfegerwesens

Mit Ablauf des 31.12.2012 wird das bis dato bestehende **Schornsteinfegerwesen** in Teilbereichen liberalisiert.²⁴⁴ Die bisher ausschließlich vom zuständigen Bezirksschornsteinfeger durchzuführenden Tätigkeiten werden eingeschränkt, zugleich das Verbot von Nebentätigkeiten und die Residenzpflicht des Bezirksschornsteinfegers aufgehoben. Dies bedeutet unter anderem, dass der zuständige **Bezirksschornsteinfegermeister**, zukünftig „bestellter Schornsteinfegermeister“ als eine der letzten hoheitlichen Aufgaben noch die **Feuerstättenschau** durchführt und darauf basierend einen **Feuerstättenbescheid** ausstellt. Die darin aufgeführten Arbeiten können dann jedoch von entsprechend zugelassenen Dritten durchgeführt werden.²⁴⁵ Die Einhaltung der Durchführung dieser Arbeiten wird dann über ein vom Bezirksschornsteinfegermeister zu führendes **Kehrbuch** überwacht.

Die bisher für diese zukünftig frei zu vergebenden Arbeiten geltende Gebührenordnung entfällt ab dem 01.01.2013. Freie Honorarvereinbarungen sind dann möglich. Ausdrückliches gesetzgeberisches Ziel ist es, dadurch Wettbewerb zwischen den Anbietern zu erzeugen. Mangels bestehender „maßgebender Gebührenordnung“ gem. § 2 Abs. 1 Nr. 12 BetrKV wären nach dem Wortlaut der BetrKV die frei vereinbarten Entgelte dann nicht mehr als Betriebskosten umlagefähig. Hier ist der Gesetzgeber gefordert, den Wortlaut der Betriebskostenverordnung entsprechend anzupassen. Bis dahin empfiehlt sich eine Ergänzung der jeweiligen mietvertraglichen Vereinbarung dahingehend, dass auch die frei vereinbarten Entgelte für die außerhalb des Pflichtenkatalogs des Bezirksschornsteinfegermeisters liegenden Tätigkeiten als Betriebskosten umgelegt werden können. Gegebenenfalls als sonstige Betriebskosten gem. § 2 Abs. 1 Nr. 17 BetrKV. Auch hier erlangt das **Wirtschaftlichkeitsgebot** bei den vom Vermieter zu treffenden Vereinbarungen mit Dritten besondere Bedeutung.²⁴⁶ 185

13.3.3.11 Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung (Nr. 13)

Hierzu gehören namentlich die Kosten der Versicherung des Gebäudes gegen **Feuer-, Sturm-, Wasser- sowie sonstige Elementarschäden**, der **Glasversicherung**, der **Haftpflichtversicherung** für das **Gebäude**, den **Öltank** und den **Aufzug**. 186

²⁴⁴ Schornsteinfeger-Handwerksgesetz vom 26.11.2008 BGBl. I S. 2242 (Art. 1 des Gesetz zur Neuordnung des Schornsteinfegerwesens vom 26.11.2008, BGBl. I S. 2242).

²⁴⁵ Die Liste der zugelassenen Betriebe des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle ist ansteuerbar unter: <https://elan1.bafa.bund.de/bafa-portal/sf-suche/>.

²⁴⁶ Vgl. Rdn. 103 ff.

Die Aufzählung der Versicherungsarten ist nicht abschließend, so dass neben den genannten Versicherungen die Umlage weiterer Versicherungen denkbar ist.²⁴⁷

a) Sachversicherungen

- 187 Neben den in der Norm genannten Versicherungen sind grundsätzlich alle das Gebäude betreffenden Versicherungen umlagefähig wie z.B. eine **Glasversicherung**, eine Versicherungen gegen **Strom- und Wasserschäden**, eine Versicherung gegen **Schäden an Brandverhütungs- und meldeanlagen**,²⁴⁸ eine Versicherung gegen **Wasserrückstau**, eine Versicherung einer **Wechselsprechanlage**, eine Versicherung für eine **Aufzugssignalanlage**, eine Versicherung für die **Starkstromleitung des Fahrstuhls**, eine **Schwamm- und Hausbockversicherung**,²⁴⁹ eine **Vandalismusschadensversicherung**²⁵⁰ sowie eine **Terrorversicherung**. Voraussetzung ist, dass die Gefahr eines Gebäudeschadens durch einen terroristischen Angriff begründet ist, also ein nachvollziehbarer Anlass für die Annahme besteht, ein Anschlag gerade auf das versicherte Gebäude sei in besonderer Weise wahrscheinlich.²⁵¹
- 188 Nicht umlagefähig sind die Kosten von Versicherungen zur Absicherung eines privaten, persönlichen Risikos wie beispielsweise einer **privaten Hausratsversicherung**, einer **Mietverlustversicherung**,²⁵² einer **Mietnomadenversicherung**, einer **Reparaturversicherung**²⁵³, einer **Wertverlustversicherung**²⁵⁴ oder einer **Rechtsschutzversicherung**.²⁵⁵

b) Haftpflichtversicherungen

- 189 Grundsätzlich sind Haftpflichtversicherungen insoweit umlegbar, als sie Schäden aus einer Verletzung der Instandhaltungspflicht absichern.²⁵⁶ Somit unterfallen den umlagefähigen Haftpflichtversicherungen die **Gebäudehaftpflicht**, die **Öltankversicherung**, die Versicherung der **Gemeinschaftsantenne** und die **Aufzugsversicherung**.
- 190 Nicht umlagefähig ist die **private Haftpflichtversicherung** des Vermieters.²⁵⁷
- Bei den Versicherungskosten ist ebenfalls das **Wirtschaftlichkeitsgebot** zu beachten. Zumindest bei einem anstehenden Neuabschluss einer Versicherung muss der Vermieter Vergleichsangebote einholen.²⁵⁸ In einem laufenden Versicherungsverhältnis, in dem keine extremen Prämiensteigerungen vorgenommen werden ist der Vermieter nicht ver-

247 Schmid, in: MüKo § 2 BetrKV, Rdn. 58a; Langenberg A. Rdn. 181.

248 OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2011 – 10 U 96/11.

249 LG Hamburg, Urt. v. 13.07.1989 – 7 S 185/88.

250 AG/LG Braunschweig, Urt. v. 03.01.2006 – 6 S 273/05 (094), 6 S 273/05.

251 BGH, Urt. v. 13.10.2010 – XII ZR 129/09.

252 OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.06.2000 – 10 U 116/99.

253 AG Köln; Urt. v. 17.07.1990 – 208 C 614/89.

254 OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.07.2000 – 10 U 116/99.

255 OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.02.1995 – 10 U 39/94.

256 BGH, Beschl. 24.10.2011 – VIII ARZ 1/01.

257 Blank/Börstinghaus § 556, Rdn. 63.

258 KG, Beschl. v. 07.02.2011 – 8 U 147/10, AG Aachen, Urt. v. 10.08.2011 – 109 C 128/09.

pflichtet, turnusmäßig einen Versicherungsvergleich anzustrengen. Neben den reinen Kosten der Versicherung darf der Vermieter auch Kriterien wie eine jahrelange vertrauensvolle Zusammenarbeit mit einer Versicherung, bewerten. Soweit es zu deutlichen Prämien erhöhungen aufgrund des baulich schlechten Zustandes eines Objektes kommt, z.B. durch gehäufte **Wasserrohrbrüche** aufgrund eines **maroden Leitungsnetzes**, sind diese Prämien erhöhungen nicht umlagefähig.²⁵⁹

Bei der Umlage von Versicherungskosten in einem gemischt-genutzten Objekt ist auf einen gegebenenfalls notwendigen **Vorwegabzug** der auf die gewerbliche Anmietung entfallenden Kosten zu achten. Häufig ist aus den Versicherungsscheinen erkennbar, in welcher Höhe die Prämien dem Gewerbeanteil zuzuordnen sind. Die Wohnraummieter müssen von diesen Kosten freigestellt werden. Ebenso, wenn beispielsweise eine Glasbruchversicherung ausschließlich für die Schaufensterscheiben des im Erdgeschoss befindlichen Ladenlokals abgeschlossen wurde.

191

13.3.3.12 Kosten für den Hauswart (Nr. 14)

Hierzu gehören die **Vergütung**, die **Sozialbeiträge** und alle **geldwerten Leistungen**, die der Eigentümer oder Erbbauberechtigte dem Hauswart für seine Arbeit gewährt, soweit diese nicht die Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung, Schönheitsreparaturen oder die Hausverwaltung betrifft; soweit Arbeiten vom Hauswart ausgeführt werden, dürfen Kosten für Arbeitsleistungen nach den Nummern 2 bis 10 und 16 nicht angesetzt werden.

192

Der **Hauswart** unterscheidet sich vom **Hausverwalter** dadurch, dass er mehr im **technisch-praktischen** Bereich tätig wird, anstatt im **kaufmännisch-organisatorischen** Bereich.²⁶⁰ Grundsätzlich umlagefähig sind sowohl die Kosten für einen **fest angestellten Hauswart**,²⁶¹ eines **externen Unternehmens**,²⁶² die Kosten der **Hauswarttätigkeit eines Mieters**, wenn kein gesonderter Arbeitsvertrag besteht, der Mieter aber dafür geldwerte Vorteile erhält, oder aber die **Eigenleistungen des Vermieters**.²⁶³

193

Folgende Tätigkeiten zählen zu den umlagefähigen Hauswartarbeiten: **Bereitschaftsdienst, Gartenpflege, Notfalldienst, Reinigungsarbeiten, Winterdienst, Bedienung und Überwachung des Fahrstuhls, der Heizungsanlage, der Wasserversorgung und der sonstigen technischen Einrichtungen, Kontrollmaßnahmen betreffend den Bauzustand oder die Verkehrssicherheit des Anwesens, Pflege des Maschinenparks, Ablesen von Zählerständen**.²⁶⁴

194

²⁵⁹ AG Köln, Urt. v. 21.05.1999 – 220 C 144/98; AG Hamburg Urt. v. 28.06.1996 – 43b C 366/95.

²⁶⁰ AG Dortmund, Urt. v. 20.02.1996, 125 C 13154/95.

²⁶¹ Staudinger/Weitemeyer § 556 BGB, Rdn. 40.

²⁶² LG Frankfurt a.M., Urt. v. 04.06.1996 – 2/11 S 44/96, 2-11 S 44/96.

²⁶³ Schmid, in: MüKo § 2 BetrKV, Rdn. 61.

²⁶⁴ AG Berlin-Köpenick, Urt. v. 19.05.2010 – 6 C 29/10; BGH, Urt. v. 14.02.2007 – VIII ZR 123/06; AG Berlin-Mitte, Urt. v. 31.10.2001 – 18 C 259/01; LG Gera, Urt. v. 31.01.2001 – 1 S 185/00; AG Köln, Urt. v. 04.08.1998 – 212 C 76/98; LG Wuppertal, Urt. v. 02.03.1999 – 16 S 280/98; LG Köln, Urt. v. 12.02.1997 – 10 S 463/96; AG Köln, Urt. v. 03.05.1994 – 201 C 593/93.

- 195 Als nicht umlagefähig werden angesehen: **Abrechnung von Betriebskosten, Durchführung von Wohnungsbesichtigungen, Wohnungsabnahmen, Reparaturen, Auswechseln von Glühbirnen, Beauftragung und Beaufsichtigung von Handwerkern, Durchführung von Mietersprechstunden, Entgegennahme von Mängelanzeigen, Annahme von Lieferungen.**²⁶⁵
- 196 Um im Streitfall nachweisen zu können, dass lediglich Kosten für umlagefähige Tätigkeiten weiterbelastet wurden, empfiehlt es sich, entweder separate Verträge für die umlagefähigen und nichtumlagefähigen Tätigkeiten abzuschließen mit entsprechenden Tätigkeitsbeschreibungen oder aber Stundennachweise zu führen, aus denen die jeweilige Tätigkeit und der dafür verwendete zeitliche Aufwand hervorgeht.

13.3.3.13 Kosten des Betriebs der Gemeinschafts-Antennenanlage oder des Betriebs der mit einem Breitbandnetz verbundenen privaten Verteilanlage (Nr. 15)

- 197 Hierzu gehören die Kosten des **Betriebsstroms** und die Kosten der **regelmäßigen Prüfung ihrer Betriebsbereitschaft** einschließlich der **Einstellung durch eine Fachkraft** oder das **Nutzungsentgelt** für eine nicht zu dem Gebäude gehörende **Antennenanlage** sowie die **Gebühren**, die nach dem **Urheberrechtsgesetz** für die Kabelweitersendung entstehen, sowie ferner die Kosten des **Betriebs der mit einem Breitbandnetz verbundenen privaten Verteilanlage**, die laufenden monatlichen **Grundgebühren für Breitbandanschlüsse**.

a) Gemeinschafts-Antennenanlage

- 198 Gemeint sind **Antennen für den Rundfunk- und Fernsehempfang**, auch **Satellitenempfangsanlagen**.²⁶⁶ Umlagefähig ist insbesondere der für den Betrieb der Anlage inklusive etwaiger Verstärker etc. benötigte **Strom**. Die Stromkosten sind zwingend getrennt von den Kosten der Beleuchtung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 11 BetrKV, dem sogenannten Allgemeinstrom, zu erfassen und umzulegen. Die Erfassung kann entweder über einen Zwischenzähler erfolgen oder anhand der technischen Daten der Anlage ermittelt werden. Ebenfalls umlagefähig sind die gem. § 20b Urheberrechtsgesetz durch die Kabelweitersendungsvorgänge für den Vermieter anfallenden **Gebühren**. Nicht als Betriebskosten umlagefähig sind die **Kosten des Einbaus**, der **Reparatur** oder des **Ersatzes** einer entsprechenden Anlage.²⁶⁷

²⁶⁵ AG Köpenick, Urt. v. 19.05.2010 – 6 C 29/10; AG Pankow-Weißensee, Urt. v. 20.11.2008 – 6 C 107/08; AG Gera, Urt. v. 31.01.2001 – 1 S 185/00; LG München I, Urt. v. 23.02.2000 – 15 S 9348/99; AG Köln, Urt. v. 04.08.1998 – 212 C 76/98; LG Wuppertal, Urt. v. 02.03.1999 – 16 S 280/98; AG Köln, Urt. v. 03.05.1994 – 201 C 593/93; AG Bergisch-Gladbach, Urt. v. 18.02.1992 – 6 C 330/90.

²⁶⁶ AG Steinfurt, Urt. v. 05.02.2008 – 4 C 499/07.

²⁶⁷ Blank/Börstinghaus § 556, Rdn. 67.

b) Breitbandnetz und -anschlüsse

Im Mai des Jahres 2012²⁶⁸ wurde die BetrKV dahingehend geändert, dass das Wort „Kabel“ aus den Begriffen Breitbandnetz und Breitbandanschluss gestrichen wurde. Damit wurde klargestellt, dass der Vermieter die Fernseh- und Rundfunkversorgung auch durch einen Anbieter von Telefonbreitband leisten kann. Die ihm daraus entstehenden Kosten kann er, wie ansonsten die an den bisherigen Kabelanbieter zu zahlenden Entgelte auch, durch die ausdrückliche Regelung umlegen. 199

13.3.3.14 Kosten des Betriebs der Einrichtungen für die Wäschepflege (Nr. 16)

Hierzu gehören die Kosten des **Betriebsstroms**, die Kosten der Überwachung, **Pflege und Reinigung der Einrichtungen**, der regelmäßigen **Prüfung ihrer Betriebsbereitschaft und Betriebssicherheit** sowie die Kosten der **Wasserversorgung** entsprechend Nummer 2, soweit sie nicht dort bereits berücksichtigt sind. 200

Umlagefähig sind alle laufend entstehenden Kosten für Einrichtungen, die der Vermieter allen Mietern zur Verfügung stellt, insbesondere **Waschmaschinen, Wäscheschleudern, Trockengeräte** und **Bügelmaschinen**. Anfallen werden insoweit Kosten des Betriebsstroms bestehend aus der **Grundgebühr**, den **Verbrauchs-kosten** sowie gegebenenfalls der **Zählermiete**. Zudem **Wartungs- und Prüfkosten** sowie die entstehenden **Frischwasser-kosten** für das benötigte Wasser. 201

13.3.3.15 Sonstige Betriebskosten (Nr. 17)

Hierzu gehören Betriebskosten im Sinne des § 1, die von den Nummern 1 bis 16 nicht erfasst sind. 202

Als „**sonstige Betriebskosten**“ werden alle nicht in § 2 Nr. 1 bis 16 BetrKV genannten Kosten angesehen, die jedoch nach den durch die Rechtsprechung entwickelten Kriterien grundsätzlich als Betriebskosten angesehen werden können. Voraussetzung ist jedoch die **explizite Bezeichnung** dieser Kosten im Vertrag. Dabei ist im Bereich der formularmäßigen vertraglichen Vereinbarung darauf zu achten, dass die **Umlagevereinbarung** hinreichend **transparent und bestimmt** ist. Zum einen können sonstige Betriebskosten für Sonderausstattungen des Mietobjektes anfallen, wie die Kosten des **Betriebs eines Schwimmbads**,²⁶⁹ einer **Sauna**,²⁷⁰ **Wartung des Rolltores einer Tiefgarage** oder die **Wartungskosten von Klima- und Lüftungsanlagen**.²⁷¹ Zudem sollen mit diesem Auffangtatbestand derzeit noch nicht absehbare technische Entwicklungen und die dabei entstehenden Betriebskosten aufgefangen werden. 203

In der Geschäftsraummiete ist die Übertragung der Verpflichtung, „**sämtliche Wartungskosten**“ als Betriebskosten zu tragen, auch ohne nähere Auflistung der einzelnen Kosten 204

²⁶⁸ BetrKV vom 25.11.2003 (BGBl. I S. 2346, 2347), geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 03.05.2012 (BGBl. I S. 958).

²⁶⁹ LG Osnabrück, Urt. v. 31.05.1995 – 11 S 160/94.

²⁷⁰ LG Osnabrück, s.o. Fn. 223.

²⁷¹ KG, Urt. v. 08.10.2001 – 8 U 6267/00.

und ohne Begrenzung der Höhe nach in Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich wirksam. Vor überhöhten Forderungen soll der Mieter durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot ausreichend geschützt sein.²⁷²

- 205 Folgende Kostenarten können grundsätzlich sonstige Betriebskosten im vorgenannten Sinne darstellen: Betriebskosten für **Abwasserreinigungsanlagen**, Kosten der **Prüfung der Betriebsbereitschaft und Betriebssicherheit technischer Einrichtungen**,²⁷³ **Bewachungskosten**,²⁷⁴ **Brandschutzkosten**, insbesondere Wartungskosten für **Brandmelde- und Sprinkleranlagen**,²⁷⁵ **Feuerlöschern** und sonstigen **Feuerschutzeinrichtungen**,²⁷⁶ Reinigungskosten für **Lichtschächte**, Wartungskosten für **Pumpen**,²⁷⁷ für **Rauchmelder**²⁷⁸ oder aber eine **Klingel- und Gegensprechanlage**.²⁷⁹
- 206 Streitig ist die Umlagefähigkeit bei Wartungskosten für elektrische Anlagen sog. **E-Check**,²⁸⁰ oder bei Gasleitungen, sog. **Gas-Check**,²⁸¹ Wartungskosten für **Feuerlöschgeräte**,²⁸² **Dachrinnenreinigung**,²⁸³ Kosten für die Wartung einer **Blitzschutzanlage**,²⁸⁴ Wartungskosten für eine **Rauchabzugsanlage**.²⁸⁵
- 207 Abgelehnt wird eine Umlage der **Bank- und Kontogebühren**,²⁸⁶ Kosten für die **Beseitigung von Graffiti**,²⁸⁷ **Verwaltervergütung** nach dem WEG,²⁸⁸ Kosten für eine **Dachrinnenbeheizung**.²⁸⁹

272 OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 16.10.2015 – 2 U 216/14.

273 BGH, Urt. v. 14.02.2007 – VIII ZR 123/06.

274 OLG Celle, Urt. v. 16.12.1998 – 2 U 23/98.

275 AG Köln, Mietrechtliche Entscheidungen in Leitsätzen ZMR 1996 Heft 9 S. XII.

276 LG Berlin, Urt. v. 31.10.2000 – 64 S 123/00; AG Hamburg, Urt. v. 02.04.1998 – 37b C 651/97; AG Hannover, Urt. v. 29.09.1993 – 552 C 7291/93.

277 LG Berlin, Urt. v. 21.08.2001 – 64 S 476/00.

278 BGH, Urt. v. 07.04.2004 – VIII ZR 167/03; Urt. v. 14.02.2007 – VIII ZR 123/06.

279 AG Hamburg, Urt. v. 16.12.1987 – 39b C 1698/87.

280 BGH, Urt. v. 14.02.2007 – VIII ZR 123/06; AG Tiergarten, Urt. v. 23.04.1996, 9a C 644/95; aA AG Lichtenberg, Urt. v. 30.07.1998 – 3 C 211/98; OLG Saarbrücken, Urt. v. 04.06.1993 – 4 U 109/92.

281 AG Bad Wildungen, Urt. v. 20.06.2003 – C 66/03; a.A.: AG Königstein, Urt. v. 28.08.1997 – 23 C 155/97.

282 LG Köln, Urt. v. 12.02.1997 – 10 S 463/96; LG Berlin, Urt. v. 21.08.2001 – 64 S 476/00; aA AG Steinfurt, Urt. v. 08.10.1992 – 4 C 414/92; AG Hamburg, Urt. v. 02.04.1998 – 37b C 651/97.

283 BGH, Urt. v. 07.04.2004 – VIII ZR 167/03; LG Köln Urt. v. 12.02.1997 – 10 S 463/96; LG Berlin, Urt. v. 21.08.2001 – 64 S 476/00; aA AG Steinfurt, Urt. v. 08.10.1992 – 4 C 414/92; AG Hamburg, Urt. v. 02.04.1998 – 37b C 651/97.

284 AG Bremervörde, Urt. v. 25.02.1987 – 4 C 176/86, a.A.: AG Berlin-Mitte, Urt. v. 31.01.2002 – 19 C 176/01.

285 AG Schöneberg, Urt. v. 29.10.2008 – 12 C 90/08; a.A.: LG Berlin, Urt. v. 23.04.1999 – 64 S 399/98.

286 OLG Karlsruhe, RE v. 06.05.1988 – 9 ReMiet 1/88.

287 AG Köln, Urt. v. 03.04.2001 – 212 C 239/00.

288 LG Frankfurt a.M., Urt. v. 27.05.1980 – 2/11 S 34/80; AG Freiburg, Urt. v. 19.03.1982 – 4 C 652/81.

289 AG Lüdenscheld, Urt. v. 06.11.1986 – 8 C 818/86.

13.3.4 Besonderheiten

Das Betriebskostenrecht ist leider sehr konfliktbehaftet aufgrund einer Vielzahl von gesetzlichen nicht oder nur rudimentär geregelten Besonderheiten. Einige der für die Praxis bedeutsamsten Besonderheiten werden nachfolgend dargestellt. 208

13.3.4.1 Neue Betriebskosten

Neu sind alle Betriebskosten, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht angefallen sind. Wenn mietvertraglich eine Vollumlage aller möglichen Betriebskostenarten vereinbart ist, können **neu entstehende Betriebskosten** unproblematisch auf den Mieter umgelegt werden.²⁹⁰ Eine sog. **Mehrbelastungsabrede** im Mietvertrag ist nicht erforderlich und hätte lediglich deklaratorischen Charakter.²⁹¹ 209

Neue **sonstige Betriebskosten**²⁹² können allerdings nur dann umgelegt werden, wenn zum einen der Mietvertrag eine Mehrbelastungsklausel enthält.²⁹³ Zum anderen ist eine Erhöhungserklärung in Textform gegenüber dem Mieter erforderlich. Dem **Wirtschaftlichkeitsgebot** ist bei der Umlage neuer Betriebskosten besondere Beachtung zu schenken.²⁹⁴ 210

13.3.4.2 Mieterwechsel

Auch beim **Mieterwechsel** gelten die gleichen Grundsätze, die das Betriebskostenrecht generell bestimmen, nämlich, dass der jeweilige Nutzer nur mit *seinen*, also den durch ihn verursachten Kosten belastet werden darf. Dies bedeutet, dass bei allen verbrauchsabhängig abzurechnenden Kosten eine **Zwischenablesung** vorgenommen werden muss. Damit soll sichergestellt werden, dass der Anteil des Mieters nicht nur rechnerisch ermittelt wird, sondern eine echte Verbrauchszuordnung erfolgt. 211

Eine Ausnahme bildet die Heiz- und Warmwasserkostenabrechnung, bei der auch ohne Zwischenablesung nach der sogenannten **Heizgradtagetabelle** eine Kostenaufteilung gem. § 9b HeizkostenV erfolgen darf. Diese eigentlich als Ausnahmeregelung konzipierte Möglichkeit ist mittlerweile über die im Gesetz genannten Ausnahmen hinaus generell als zulässige Methode anerkannt. Bei Verdunstungsgeräten ist sie aus technischer Sicht geradezu geboten. 212

Bei allen anderen Betriebskostenarten kann über eine **zeitanteilige Abgrenzung** der Kosten ein vertretbares Ergebnis erreicht werden. Schwierigkeiten bereitet die Kostenaufteilung im Falle eines Mieterwechsels, wenn bzgl. einer oder aller Betriebskostenarten das grundsätzlich zulässige Abflussprinzip angewandt wird. Dies ist insbesondere bei Betriebskostenabrechnungen für vermietete Eigentumswohnungen ein Problem. 213

290 BGH, Urt. v. 27.09.2006 – VIII ZR 80/06; Urt. v. 07.04.2004 – VIII ZR 167/03.

291 Beyer GE 2007, 950 (954); Blank NZM 2007, 233.

292 Zum Begriff d. sonstigen Betriebskosten vgl. Rdn. 202 ff.

293 Beyer GE 2007, 950 (954); Langenberg C. Rdn. 54 f.

294 Zum Wirtschaftlichkeitsgebot vgl. Rdn. 103 ff.

13.3.4.3 Vermieter- Eigentümerwechsel

- 214 Bei einer **Veräußerung einer Immobilie** tritt der Erwerber grundsätzlich gemäß § 566 BGB in alle bestehenden Mietverhältnisse ein. Der exakte Zeitpunkt des Eigentumsübergangs ist bedeutsam, weil sich ausschließlich anhand dieses Zeitpunkts die Frage entscheiden lässt, ob Veräußerer oder Erwerber dem Mieter gegenüber zur Erstellung der Betriebskostenabrechnung verpflichtet ist und wer demgemäß ein etwaiges Guthaben an den Mieter auskehren muss bzw. eine Nachzahlung aus einer Betriebskostenabrechnung einfordern darf.
- 215 Zunächst einmal ist zeitlich auf die dingliche Rechtsänderung abzustellen, sprich die Änderung des Grundbuchs durch **Löschung des Veräußerer und Eintragung des Erwerbers** als neuen Eigentümer in das Grundbuch.²⁹⁵ Dies gilt zumindest für alle Erwerbsvorgänge, bei denen sich der Eigentumsübergang durch Eintragung im Grundbuch vollzieht. Also die häufigsten Fälle wie Kauf oder auch Schenkung. In diesen Fällen kann also durch Einsichtnahme in das Grundbuch der exakte Zeitpunkt ermittelt werden. Eine etwaige kaufvertragliche Regelung zum wirtschaftlichen Übergang oder Besitzübergang hat keinerlei Auswirkungen auf die Vermieterstellung.²⁹⁶
- Eine praktisch bedeutsame Ausnahme stellt der Eigentumserwerb im Rahmen der **Zwangsversteigerung** dar. Hier findet die Eigentumsübertragung durch **Zuschlag** im Rahmen der Zwangsversteigerung gemäß § 90 Zwangsversteigerungsgesetz (ZVG) statt. Die sich an den Zuschlagsbeschluss anschließende Eintragung im Grundbuch hat in diesem Fall nur deklaratorische Bedeutung. Der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs ist in diesen Fällen dem Zuschlagsbeschluss zu entnehmen und gerade nicht dem Grundbuch.
- 216 Fällt der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs, der meist nur wenig von den Parteien zu beeinflussen ist, in einen laufenden Betriebskostenabrechnungszeitraum, so hat der Erwerber über den gesamten Zeitraum abzurechnen.²⁹⁷ Dies gilt ebenso für im Wege der Zwangsversteigerung erworbene Immobilien.²⁹⁸
- Für alle vor dem Eigentumsübergang liegende Zeiträume trifft die Pflicht bzw. das Recht zur Abrechnung der Betriebskosten den Veräußerer.²⁹⁹ Als Abrechnungszeitraum ist dabei unabhängig von der Mietdauer des einzelnen Mieters der Zeitraum zu betrachten, über den bislang regelmäßig abgerechnet wurde, meist aber nicht zwingend das Kalenderjahr.
- 217 Dies ist in der Praxis meist aus zwei Gründen problematisch: zum einen liegen dem Erwerber regelmäßig nicht alle Belege vor, die er zur Erstellung der Betriebskostenabrechnung benötigt. Zum anderen hat der Veräußerer, zumindest wenn der Eigentümerwechsel nicht zu Beginn einer Betriebskostenabrechnungsperiode erfolgt, meist schon beträchtliche Vorauszahlungen auf die Betriebskosten geleistet und auch Vorauszahlungen der Mieter vereinnahmt. Daher ist es schwierig ohne ein weiteres Korrektiv wirtschaftlich erträgliche Ergebnisse zu erzielen im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber. Daher sollten diese Fragen unbedingt bereits im Kaufvertrag geregelt werden.

²⁹⁵ Streyll, in: Schmidt-Futterer § 566, Rdn. 53.

²⁹⁶ OLG Köln, Urt. v. 27.11.1992 – 19 U 114/92.

²⁹⁷ BGH, Urt. v. 14.09.2000 – III ZR 211/99.

²⁹⁸ BGH, Urt. v. 11.10.2007 – IX ZR 156/06.

²⁹⁹ BGH, Urt. v. 14.09.2000 – III ZR 211/99; Urt. v. 03.12.2003 – VIII ZR 168/03.

Zu beachten ist dabei jedoch, dass im Kaufvertrag lediglich Regelungen getroffen werden können, die im **Verhältnis von Veräußerer zu Erwerber** wirken. Der Mieter hat völlig unabhängig von etwaigen Regelungen im Kaufvertrag zum einen den grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Betriebskostenabrechnung gegen den Erwerber. Zum anderen ist das Schicksal eines Guthabens bzw. einer Nachzahlung ebenfalls ausschließlich im Verhältnis von Veräußerer bzw. Erwerber und Mieter zu regulieren, und zwar je nachdem, welche der zuvor angesprochenen Fallkonstellationen vorliegt. Die kaufvertraglichen Regelungen sollten also klarstellen, wen im Innenverhältnis zwischen Erbwerber und Veräußerer die Betriebskostenabrechnungspflicht trifft, eine Verpflichtung zur Über- bzw. Herausgabe aller Belege enthalten und zudem eine Regelung, wie das Betriebskostenabrechnungsergebnis wirtschaftlich zwischen den Parteien aufgeteilt werden soll. 218

Wenn ein Mietverhältnis in einer laufenden Betriebskostenabrechnungsperiode endet, allerdings vor Eigentumsübergang, ist der **Veräußerer** diesem Mieter gegenüber noch zur Betriebskostenabrechnung verpflichtet.³⁰⁰ Allen anderen Mietern gegenüber ist er jedoch nicht mehr zur Erteilung einer Betriebskostenabrechnung verpflichtet oder auch berechtigt. Auch für diesen Fall sollten die Parteien des Kaufvertrages zur Vereinfachung vereinbaren, dass der Erwerber im Innenverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber einheitlich auch für in dem jeweiligen Betriebskostenabrechnungszeitraum beendete Mietverhältnisse abrechnet. 219

13.3.4.4 WEG und Teileigentum

Die Jahresabrechnung der Wohnungs- und Teileigentümer untereinander ist meist als reine **Einnahmen/Ausgaben-Rechnung** unter Anwendung des **Abflussprinzips** konzipiert.³⁰¹ Eine dann auf Basis dieser WEG-Jahresabrechnung erstellte mietrechtliche Betriebskostenabrechnung basiert folgerichtig dann auch auf dem Abflussprinzip. Allerdings muss zumindest die Jahreseinzelsabrechnung der Wohnungs- und Teileigentümer unter Beachtung der Grundsätze der Heizkostenverordnung erstellt werden.³⁰² Somit sind nunmehr dieselben Grundsätze sowohl für die WEG-Jahreseinzelsabrechnung als auch die mietrechtliche Betriebskostenabrechnung anzuwenden, so dass keine Unterschiede im Betriebskostenabrechnungsprinzip mehr vorkommen können. Dies umso mehr, als dass das Abflussprinzip im Bereich der Heizkostenabrechnung generell nicht mehr für zulässig erachtet wird.³⁰³ 220

Nichtsdestotrotz kann eine, mietrechtliche, Betriebskostenabrechnung aus rein praktischen Gründen meist erst nach Erstellung der WEG-Betriebskostenabrechnung erfolgen, da auf deren Daten und Kostenverteilung für die zu verteilenden Betriebskosten im mietrechtlichen Sinne aufgebaut werden muss. Die Rechtsprechung zu der Frage, ob eine mietrechtliche Betriebskostenabrechnung auch aus formalen Gründen erst dann wirksam erteilt werden kann, wenn ein bestandskräftiger Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung vorliegt, ist uneinheitlich. 221

³⁰⁰ BGH, Urt. v. 04.04.2007 – VIII ZR 219/06.

³⁰¹ KG, Urt. v. 30.03.1992 – 24 W 6339/91; Urt. v. 24.05.1992 – 24 W 3698/92; BayObLG, Beschl. 11.02.1994 – 2Z BR 6/94; Bärmann/Pick § 28, Rdn. 16.

³⁰² BGH, Urt. v. 17.02.2012 – V ZR 251/10.

³⁰³ BGH, Urt. v. 01.02.2012 – VIII ZR 156/11.

meinschaft über die Gesamt- und Einzeljahresabrechnungen vorliegt ist uneinheitlich.³⁰⁴ Idealerweise sollte die Beschlussfassung der WEG über die die Gesamt- und Einzeljahresabrechnungen der WEG abgewartet werden. Allerdings stellt die aus - mietrechtlicher Sicht - verspätete Beschlussfassung über die wohnungseigentumsrechtliche Jahresabrechnung keinen Fall des Nichtvertretenmüssens des § 556 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BGB dar.³⁰⁵ Eine entsprechende vertragliche Vereinbarung ist gemäß § 556 Absatz 4 BGB unwirksam.

- 222 Der vermietende Eigentümer kann die WEG-Jahreseinzelnabrechnung nie unverändert als mietrechtliche Betriebskostenabrechnung übernehmen. So müssen zum einen **nicht umlagefähige Kosten** wie beispielsweise **Kontoführungsgebühren**, das **Verwalterhonorar**, **Zuführungen zur Instandhaltungsrücklage** oder aber **Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten** herausgerechnet werden.
- 223 Zum anderen ist zumindest die **Grundsteuer** hinzuzusetzen, da diese dem jeweiligen Eigentümer gegenüber berechnet wird und nicht in der WEG-Abrechnung enthalten ist. Generell ist zu prüfen, ob alle dem Eigentümer belasteten Betriebskostenarten aufgrund der mietvertraglichen Vereinbarung auch im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter umlagefähig sind. Zudem sind die tatsächlichen vom Mieter geleisteten Vorauszahlungen auf die Betriebskosten einzusetzen, da die WEG-Jahreseinzelnabrechnung lediglich die vom Eigentümer geleisteten **Sollvorauszahlungen** laut Wirtschaftsplan enthält.
- 224 Neben der Frage der Erstellung der Betriebskostenabrechnungen sollte in den jeweiligen Mietverträgen die Sondersituation der Vermietung von Wohnung- oder Teileigentum einfließen. So können, auch formularvertraglich, die jeweiligen Verteilerschlüssel der WEG-Betriebskostenabrechnung für die mietrechtliche Betriebskostenabrechnung für verbindlich erklärt werden. Ob dies auch im Wege eines **dynamischen Verweises** möglich vereinbart werden kann ist umstritten. Eine solche Änderungsklausel müsste jedenfalls zwingend an einem sachlichen Bedürfnis für eine Änderung der bisherigen vertraglichen Vereinbarung anknüpfen.³⁰⁶ So bindet die jeweilige abändernde Entscheidung der Wohnungseigentümer bzgl. der Verteilerschlüssel den jeweiligen Mieter zunächst nicht.³⁰⁷

13.3.5 Anpassung der Vorauszahlungen

- 225 Bei Vertragsabschluss können Betriebskostenvorauszahlungen grundsätzlich in beliebiger Höhe vereinbart werden. Selbst für den Fall, dass die ursprünglich vereinbarten Betriebskostenvorauszahlungen nicht auskömmlich sind in Bezug auf die tatsächlich anfallenden Betriebskosten und diese sogar deutlich unterschreiten, hat der Mieter grundsätzlich keinen Schadenersatzanspruch gegen den Vermieter.³⁰⁸ Etwas anderes kann sich lediglich aus den tatsächlichen Umständen ergeben, etwa dass der Vermieter zugesichert hat, dass

304 OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.03.2000 – 10 U 159/97; LG Itzehoe, Urt. v. 19.09.2002 – 4 S 61/02.

305 BGH, Urt. v. 25.01.2017 – VIII ZR 249/15.

306 BGH, Urt. v. 20.01.1993 – VIII ZR 10/92, LG Berlin, Urt. v. 02.02.1999 – 64 S 347/98.

307 Lützenkirchen/Jennißen ZWE 2002, 446.

308 BGH, Urt. v. 11.02.2004 – VIII ZR 195/03; Urt. v. 28.04.2004 – XII ZR 21/02.

die vereinbarten Vorauszahlungen auskömmlich seien. In einem solchen Fall kann ausnahmsweise ein Freistellungsanspruch des Mieters gegen den Vermieter bzgl. der Differenz zwischen geleisteten Vorauszahlungen und tatsächlich abgerechneten Betriebskosten bestehen.³⁰⁹

Praxistipp

226

Aus mehreren Gründen ist es ratsam, bereits bei Vertragsschluss mindestens voraussichtlich **auskömmliche Betriebskostenvorauszahlungen** zu vereinbaren. Zum einen trifft andernfalls den Vermieter das Insolvenzrisiko des Mieters bzgl. gegebenenfalls beträchtlicher Nachzahlungen, zum anderen hat der Vermieter die meisten Betriebskostenarten zunächst zumindest vorschussweise gegenüber Dritten zu verauslagen. Wenn den an Dritte zu entrichtenden Zahlungen keine entsprechenden Einnahmen aus Betriebskostenvorauszahlungen gegenüberstehen, kann dies die **Liquidität des Vermieters** empfindlich schmälern.

Für Wohnraum ist das Vorgehen im Falle einer Anpassung der Betriebskostenvorauszahlungen und -pauschalen gesetzlich geregelt gem. § 560 BGB. Im **preisgebundenen Wohnraum** gilt diese Vorschrift über § 28 Abs. 4 Nr. 1 WoFG ebenfalls.

227

Für **Gewerberaum** findet sich keine entsprechende Regelung. Auch eine analoge Anwendungen des § 560 BGB scheidet aus. Anstelle einer gesetzlichen Regelung kann hier eine vertragliche Regelung treten. Die einseitigen Anpassungserklärungen des Vermieters aufgrund einer solchen Klausel unterliegen nicht dem **Schriftformerfordernis** des § 550 Satz 1 BGB.³¹⁰

228

Im Wohnraum ist bei grundsätzlicher Anpassungsmöglichkeit über § 560 BGB vorab zu beachten, welche Mietstruktur im Einzelfall gewählt wurde. Soweit eine Nettokaltmiete zzgl. einer Betriebskostenvorauszahlungen bzgl. aller Betriebskosten vereinbart wurde, ist § 560 BGB direkt und ohne Einschränkungen anwendbar. In allen anderen Fällen, wie beispielsweise **Teillinklusivmiete**, **Vollinklusivmiete** oder aber der Vereinbarung einer **Betriebskostenpauschale**, sind weitere Besonderheiten zu beachten.

229

13.3.5.1 Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen/-pauschalen

Eine Erhöhung von vertraglich vereinbarten Betriebskostenpauschalen ist in der Wohnraummiete unter den Voraussetzungen des § 560 Abs. 1 BGB möglich. Danach muss zum einen eine Betriebskostenpauschale im Sinne des § 556 Abs. 2 BGB vereinbart worden sein und zum anderen ein vertraglicher Erhöhungsvorbehalt. Ein solcher Erhöhungsvorbehalt kann grundsätzlich auch formularvertraglich vereinbart werden. Bzgl. der konkreten Formulierung hat die Rechtsprechung mittlerweile eine Vielzahl von einzuhaltenden Vorga-

230

³⁰⁹ KG, Urt. v. 25.06.2007 – 8 U 208/06.

³¹⁰ BGH, Urt. v. 05.02.2014 – XII ZR 65/13.

ben aufgestellt.³¹¹ Die Erklärung muss in Textform gemäß § 126b BGB erfolgen und den Grund der Umlage nennen und erläutern. Grundsätzlich schuldet der Mieter dann die erhöhte Betriebskostenpauschale mit dem auf die Erklärung folgenden übernächsten Monat.

- 231** Soweit eine **Betriebskostenvorauszahlung** vereinbart wurde, kann diese unter den Voraussetzungen des § 560 Abs. 4 BGB erhöht werden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist dafür zunächst einmal das Vorliegen einer Betriebskostenabrechnung notwendig. Dabei muss es sich nicht zwingend um die des letzten Betriebskostenabrechnungszeitraums handeln. Jedoch ist eine lediglich formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung nicht ausreichend, vielmehr muss auch materiell ordnungsgemäß abgerechnet worden sein.³¹² Die Erklärung der Erhöhung hat wiederum in Textform gemäß § 126b BGB zu erfolgen und muss keine Erläuterung enthalten. Allerdings kann eine Erhöhung nur auf einen angemessenen Betrag vorgenommen werden. Um die Angemessenheit der Erhöhung zu verdeutlichen und Mieterwidersprüche von vornherein zu verhindern, bietet es sich jedoch an, die Zusammensetzung des Erhöhungsbetrages zu erläutern. Der Erhöhungsbetrag beträgt regelmäßig ein Zwölftel des Nachzahlungsbetrages aus einer erteilten formell und materiell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung. Auch wenn eine gesetzliche Regelung zu der Frage ab wann der Mieter die erhöhte Vorauszahlung zu entrichten hat fehlt, wird die Frist des § 560 Abs. 2 Satz 1 BGB analog angewandt, so dass auch hier ab dem übernächsten auf den Zugang der Erhöhungserklärung folgenden Monat die erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen zu entrichten sind.³¹³

232 Praxistipp

Dem Mieter sollte mit der Betriebskostenabrechnung selbst das **Erhöhungsverlangen** mitgeteilt werden. Zum einen ist dann die Beurteilung der Angemessenheit ohne weiteres anhand der Betriebskostenabrechnung möglich. Zum andern kann dann der Zugang sowohl der Betriebskostenabrechnung als auch des Erhöhungsbegehrens mit einer Zustellung sichergestellt werden. Außerdem stellt die Erteilung der Betriebskostenabrechnung regelmäßig den frühestmöglichen Zeitpunkt dar, in dem die Betriebskostenvorauszahlungen angepasst werden können und somit die Liquidität des Vermieters durch angepasste Betriebskostenvorauszahlungen sichergestellt werden kann.

- 233** Zudem ist zu beachten, dass die Betriebskostenvorauszahlung generell und somit auch die jeweiligen Erhöhungsbeträge Teil der insgesamt zu entrichtenden Miete sind. Daher kann auch ein Zahlungsrückstand, der allein aus nicht gezahlten Erhöhungen der Betriebskostenvorauszahlungen besteht, den Vermieter zu einer Kündigung des Mietverhältnisses berechtigen.³¹⁴

311 BGH, Urt. v. 21.01.2004 – VIII ZR 99/03; BGH, Urt. v. 20.01.1993 – VIII ZR 10/92; Langenberg, C. Rdn. 18 ff.

312 BGH, Urt. 15.05.2012 – VIII ZR 245/11 und VIII ZR 246/11.

313 AG Köln, Urt. v. 22.07.2004 – 222 C 44/04.

314 BGH, Urt. v. 18.07.2012 – VIII ZR 1/11.

Bei **Teilklausivmieten** ist eine Erhöhung der in der Miete inkludierten Betriebskosten nach der Mietrechtsreform des Jahres 2001 nicht mehr möglich. Auch ein vertraglich vereinbarter Erhöhungsvorbehalt ändert daran nichts.³¹⁵ Möglich ist eine Anpassung nur noch des nicht in der Miete inkludierten Teils der Betriebskosten. Hinsichtlich dieses Teils richtet sich das zulässige Verfahren dann danach, ob bezogen auf diesen Teil eine Pauschale oder eine abrechenbare Betriebskostenvorauszahlung vereinbart wurde. 234

13.3.5.2 Verringerung der Vorauszahlung

Bei einer vereinbarten Betriebskostenpauschale hat der Mieter keinen Anspruch auf eine Reduzierung dieser vertraglich vereinbarten Pauschale. Auch nicht für den, in der Praxis allerdings selten vorkommenden Fall, einer drastischen Reduzierung von Betriebskosten. 235

Aufgrund der offenen Formulierung des § 560 Abs. 4 BGB, „jede Vertragspartei“, kann bei abrechenbaren Betriebskostenvorauszahlungen auch der Mieter eine Anpassung und damit wohl meist eine Reduzierung der Betriebskostenvorauszahlungen verlangen. Dies gilt auch nach einer vom Mieter rechtmäßigerweise korrigierten Betriebskostenabrechnung.³¹⁶ Das einzuhaltende Prozedere entspricht dabei dem einer Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen durch den Vermieter.³¹⁷ 236

13.3.6 Inkasso und Forderungsmanagement

Betriebskosten können in Relation zur Grundmiete ganz erheblichen Anteil an der Gesamtbelastung des Mieters ausmachen. Für den Vermieter wiederum stellen die Betriebskosten quasi lediglich durchlaufenden Posten dar. Im besten Fall hält er sich bzgl. dieser Kosten beim Mieter schadlos. Mieteinnahmen stellen die Betriebskosten nie dar. Daher ist es für den Vermieter umso wichtiger, zumindest die umgelegten bzw. umlegbaren Betriebskosten in voller Höhe und kurzfristig vom Mieter zu erhalten. Dazu kann eine zügige Erstellung der Betriebskostenabrechnung nach Ende des jeweiligen Betriebskostenabrechnungszeitraums ebenso beitragen wie die konsequente Geltendmachung der Nachzahlungsbeträge resultierend aus einer Betriebskostenabrechnung und die kurzfristige Anpassung der Betriebskostenvorauszahlungen bzw. Betriebskostenpauschalen. 237

13.3.6.1 Gesamtfälligkeit

Zur Zahlung fällig wird ein **Nachzahlungsanspruch** des Vermieters mit Zugang einer formell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung beim Mieter.³¹⁸ Die Fälligkeit ist somit grundsätzlich getrennt vom Ende des Betriebskostenabrechnungszeitraums oder aber der Betriebskostenabrechnungsfrist zu beurteilen. Es ist somit nicht notwendig, den Mieter nach Zugang einer Betriebskostenabrechnung, die mit einem Nachzahlungssaldo endet, durch ein weiteres Schreiben in Verzug zu setzen. Üblicherweise wird dem Mieter 238

315 BGH, Urt. v. 19.11.2003 – VIII ZR 160/03.

316 BGH, Urt. v. 06.02.2013 – VIII ZR 184/12.

317 Vgl. Rdn. 230 f.

318 BGH, Urt. v. 09.03.2005 – VIII ZR 57/04; Urt. v. 08.03.2006 – VIII ZR 78/05.

vom Vermieter mit Zustellung der Betriebskostenabrechnung explizit eine Prüfungsfrist von bis zu vier Wochen gewährt. Der Nachzahlungsanspruch des Vermieters ist abhängig von der konkreten Formulierung, in diesen Fällen meist als gestundet bis zum Ablauf der Prüfungsfrist anzusehen. Dies ist jedoch nicht zwingend. Allerdings räumt die Rechtsprechung dem Mieter, wenn auch dogmatisch unscharf, eine Prüfungsfrist ein, nach deren Ablauf dann auch erst die Zahlung eines Nachzahlungssaldos geschuldet sein soll. Bzgl. der Länge der Prüfungsfrist wird von einer Woche bis hin zu drei Monaten nahezu alles vertreten.³¹⁹ In der überwiegenden Rechtsprechung wird im Regelfall ein Zeitraum von ca. vier Wochen als ausreichend erachtet.

239

Praxistipp

Der Betriebskostenabrechnung sollte ein Übersendungsschreiben beigelegt werden aus dem für den Fall, dass ein Nachzahlungsbetrag aus der Betriebskostenabrechnung resultiert zum einen die Betriebskostenvorauszahlung entsprechend angepasst wird,³²⁰ und zum anderen eine Frist zur Prüfung der Betriebskostenabrechnung aber auch zur Zahlung des Betriebskostenabrechnungssaldos gesetzt wird.

13.3.6.2 Teilfälligkeit

240

In vielen Fällen wird in der Praxis zwar über einzelne inhaltliche Positionen der Betriebskostenabrechnung gestritten. Der überwiegende Teil der Betriebskostenabrechnung wird jedoch als richtig anerkannt oder zumindest nicht substantiiert angegriffen. In diesem Fall tritt hinsichtlich der nicht beanstandeten Teile der Betriebskostenabrechnung Teilfälligkeit ein. Dies setzt zum einen Voraus, dass die Betriebskostenabrechnung keine formellen Mängel aufweist und zum anderen nach Abzug der streitigen Positionen der Betriebskostenabrechnung eine Nachforderung des Vermieters verbleibt. Diese kann dann separat und vor Klärung der noch streitigen Punkte eingefordert werden. Damit kann verhindert werden, dass ein Mieter durch Bemängelung immer neuer Punkte der Betriebskostenabrechnung den Ausgleich eines Großteils der Gesamtnachforderung um erhebliche Zeiträume in die Zukunft verlagert.

13.3.6.3 Guthaben des Mieters

241

Ein etwaiges Guthaben des Mieters aus der Betriebskostenabrechnung ist ebenfalls mit Zugang der Betriebskostenabrechnung beim Mieter zur Zahlung fällig.³²¹ Eine Aufrechnung mit sonstigen Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis gegen den Mieter ist

319 LG Berlin, Urt. v. 01.09.2004 – 64 S 477/99; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 27.02.1990 – 2/13 O 474/89; AG Gelsenkirchen Urt. v. 12.10.1992 – 9 C 635/92; Staudinger/Weitemeyer § 566, Rdn. 122; Beyerle in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Kap. 11, Rn. 154; Blank/Börstinghaus § 566, Rdn. 160; Langenberg H., Rdn. 14.

320 Vgl. Rdn. 225 ff.

321 Kinne, in: Kinne/Schach/Bieber § 556, Rdn. 88.

zulässig und entgegen einzelner Stimmen aus der Fachliteratur auch nicht auf Forderungen aus dem Bereich der Betriebskosten zu beschränken.³²² Eine solche Beschränkung ist dem § 387 BGB fremd.

13.3.7 Verjährung und Verwirkung

Die Verjährung bzw. Verwirkung betrifft die Nachforderungsansprüche des Vermieters gegen den Mieter aus einer Betriebskostenabrechnung sowie die Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter auf Auskehr eines Guthabens aus einer Betriebskostenabrechnung. Der Verjährung bzw. Verwirkung unterfallen können zudem die Ansprüche auf Erteilung einer Betriebskostenabrechnung. 242

Der Anspruch des Mieters auf Auszahlung eines Guthabens aus einer Betriebskostenabrechnung sowie der des Vermieters auf Entrichtung einer Nachzahlung gegen den Mieter verjährt gem. § 195 BGB in drei Jahren. Diese **regelmäßige Verjährungsfrist** beginnt gem. § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem der Anspruch entstanden ist. Der Anspruch entsteht mit Zugang einer zumindest formell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung.³²³

Der Anspruch des Mieters auf Erteilung einer Betriebskostenabrechnung verjährt ebenfalls in drei Jahren gem. § 195 BGB.³²⁴ Hier ist allerdings zu beachten, dass der Anspruch auf Erteilung einer Betriebskostenabrechnung nicht bereits mit Ende des Betriebskostenabrechnungszeitraums fällig ist, sondern erst mit Ende der Betriebskostenabrechnungsfrist des § 556 BGB. Dann tritt die sogenannte Betriebskostenabrechnungsreife ein. 243

Die Jahresfrist des § 556 BGB ist auch bei Gewerberaum als generell zu Grunde zu legenden Maßstab maßgebend.³²⁵ Allerdings lediglich für die Frage, wann Betriebskostenabrechnungsreife eintritt, und ohne dass ein verjährbarer fälliger Anspruch auf Erteilung einer Betriebskostenabrechnung entstünde. Die Ausschlussfrist des § 556 BGB gilt in der Gewerberaummieta ausdrücklich nicht analog auch bzgl. des Ausschlusses des Vermieters mit Nachforderungen. 244

13.3.7.1 Wohnraummiete

In der Wohnraummiete ist die Verwirkung von Ansprüchen im Zusammenhang mit der Erstellung von Betriebskostenabrechnungen oder aber der Einforderung von Guthaben bzw. Nachforderungen aus Betriebskostenabrechnungen in der Praxis nahezu ohne Relevanz. Dies hat seinen Grund darin, dass die vorgenannten Ansprüche binnen der kurzen dreijährigen **Verjährungsfrist** des § 195 BGB verjähren und somit bereits das für die Annahme der Verwirkung eines Anspruches notwendige Zeitmoment selten eintritt. In Kombination mit einem entsprechenden Verhalten des Vermieters wie beispielsweise die 245

³²² LG Berlin, Urt. v. 14.09.1998 – 61 S 553/97.

³²³ BGH, RE v. 19.12.1990 – VIII ARZ 5/90; OLG Koblenz, Urt. v. 17.01.2005 – 12 U 1424/03; LG Neubrandenburg, Beschl. v. 09.09.2003 – 1 T 45/03.

³²⁴ LG Neubrandenburg, Beschl. v. 09.09.2003 – 1 T 45/03.

³²⁵ BGH, Urt. v. 27.01.2010 – XII ZR 22/07.

jahrelange Übung Nachzahlungen aus Betriebskostenabrechnung nicht einzufordern und verjähren zu lassen, kann in Einzelfällen der Nachforderungsanspruch auch jetzt noch **verwirkt** werden.³²⁶

- 246 Die Erteilung einer Betriebskostenabrechnung kann der Mieter erst nach Eintritt der **Betriebskostenabrechnungsreife** erzwingen. Im laufenden Mietverhältnis dadurch, dass der Mieter die laufenden Betriebskostenvorauszahlungen gem. § 273 BGB zurückbehält bis der Vermieter eine Betriebskostenabrechnung erteilt.³²⁷ Nach Beendigung des Mietverhältnisses kann der Mieter den Vermieter unmittelbar auf Rückzahlung der geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen in Anspruch nehmen ohne zunächst auf Erteilung einer Betriebskostenabrechnung klagen zu müssen.³²⁸ Dies allerdings nur dann, wenn der Mieter während der Dauer des Mietverhältnisses nicht die Möglichkeit hatte, den Abrechnungsanspruch durch **Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts** an den **laufenden Vorauszahlungen** geltend zu machen.³²⁹

13.3.7.2 Gewerberaummierte

- 247 In der Gewerberaummierte spielt die **Verwirkung von Ansprüchen** eine nicht zu unterschätzende Rolle. Verwirkung bedeutet, dass Ansprüche bzw. Forderungen bereits vor Eintritt der Verjährung ausgeschlossen sein können, wenn der Geltendmachung der Rechtsgedanke der Verwirkung aus **Treu und Glauben** gem. § 242 BGB hergeleitet entgegengesetzt werden kann. So kann der Vermieter mit etwaigen Nachforderungen aus einer Betriebskostenabrechnung ausgeschlossen sein, wenn er erst nach längerer Zeit über die entstandenen Betriebskosten abrechnet. Der Mieter kann mit Einwendungen gegen eine Betriebskostenabrechnung ausgeschlossen sein, wenn er beispielsweise ein Guthaben aus einer Betriebskostenabrechnung entgegen nimmt und erst einige Zeit später die erteilte Betriebskostenabrechnung beanstandet.³³⁰ Neben dem für die Annahme der Verwirkung erforderlichen Zeitmoment, welches angesichts einer Verjährungsfrist von drei Jahren sicherlich deutlich darüber hinausgehen muss, bedarf es zusätzlich eines **Umstandsmomentes**.

13.4 Muster Betriebskostenabrechnung

- 248 Das nachfolgende Muster einer Betriebskostenabrechnung für Wohnraum erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und soll lediglich den grundsätzlichen Aufbau verdeutlichen. Im Einzelfall können selbstverständlich Änderungen notwendig sein.

Das Muster ist grundsätzlich auch für eine Betriebskostenabrechnung im Gewerberaum verwendbar. Hier sind gegebenenfalls weitere Besonderheiten wie die Berechnung und Darstellung der Umsatzsteuer in der Betriebskostenabrechnung zu beachten.

326 BGH, Beschl. v. 21.02.2012 – VIII ZR 146/11.

327 BGH, Urt. v. 29.03.2006 – VIII ZR 191/05.

328 BGH, Urt. v. 09.03.2005 – VIII ZR 57/04.

329 LG Berlin, Urt. v. 02.10.2015 – 65 S 184/15.

330 LG Düsseldorf, Urt. v. 12.09.1989 – 10 O 52/89.

Beispiel

Muster-Betriebskostenabrechnung Wohnraum:

(Absender) (Ort, Datum)

.....
.....
.....
.....

(Empfänger)
.....
.....
.....
.....

Abrechnungszeitraum Betriebskosten:

Ihr Abrechnungszeitraum:

Allgemeine Angaben zum Objekt:

Gesamtwohnfläche des Objekts: qm
Wohnfläche der Wohnung: qm
Gesamtanzahl der Wohnungen: Stück
Gesamtmiteigentumsanteile des Objekts:/1.000
Miteigentumsanteil Ihrer Wohnung:/1.000

	Betriebskosten der Mieträume, auf die Abschlagszahlungen geleistet wurden	Kosten im gesamten Jahreszeitraum in EUR	Umlageschlüssel (z.B. qm; Miteigen- tumsanteile, Anzahl d. Wohnungen)	Anteilige Kosten/ Jahr in EUR
1a)	Grundsteuer b. Eigentumswgh.			
1b)	Grundsteuer b. Mietshaus			
2)	Wasserversorgung/Wasserversor- gung verbrauchsabhängig, *			
3)	Entwässerung			
	– Schmutzwasser			
	– Niederschlagswasser			
4)	Aufzug			
5)	Straßen- u. Gehwegreinigung			
	– gemeindlich			
	– privat			
6)	Müllbeseitigung			
7)	Gebäudereinigung u. Ungeziefer- bekämpfung			
8)	Gartenpflege			
9)	Allgemeinbeleuchtung			

10)	Kaminkehrerreinigung (falls nicht in Heizkosten enthalten)			
11a)	Gebäudehaftpflichtversicherung (u.a. auch für Aufzug, Öltank)			
11b)	Gebäudesachversicherungen (insb. gegen Feuer-, Sturm- und Wasserschäden, Glasversicherung usw.)			
12)	Hausmeister (nur echte Hausmeistertätigkeiten)			
13)	Gemeinschaftsantenne/Breitbandnetz-Verteilanlage/Satellitenanlage*			
14)	Einrichtung der Wäschepflege			
15)	Sonstige Betriebskosten (soweit vertraglich ausdrücklich vereinbart)			

Zwischensumme €

Hiervon entfällt auf den Abrechnungszeitraum ein Anteil von Monaten
./ 12 Monate €

Heizungs- und Warmwasserkosten im Abrechnungszeitraum gemäß anliegender Heizkostenabrechnung €

Wasserversorgungskosten im Abrechnungszeitraum gemäß anliegender Wasserkostenabrechnung €

Summe der Betriebskosten Ihrer Mieträume €

Es errechnet sich ein Guthaben*/eine Nachzahlung* von €

Das Guthaben wird Ihnen erstattet.

Die Nachzahlung bitte(n) ich/wir bis zum auf das bekannte Mietkonto zu erstatten.

Die Abrechnungsbelege können nach Terminvereinbarung eingesehen werden.

Mit freundlichen Grüßen

.....

Ort, Datum Unterschrift(en)

* Nichtzutreffendes streichen

Literatur

- Artz/Börstinghaus*: 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz – Eine Bilanz, 2011 (zitiert: *Bearbeiter in*: DMT-Bilanz 20011)
- Bärmann/Pick*: Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar, 19. Aufl., 2010
- Bamberger/Roth*: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 2017
- Beck*: „Das neue BMF-Schreiben vom 26.10.2007 zu haushaltsnahen Dienstleistungen“, GE 2007, 1540
- Blank/Börstinghaus*: Miete, Kommentar, 5. Aufl., 2017
- Beyer*: „Die Umlegung sonstiger Betriebskosten – Ein mietrechtliches Minenfeld?“, GE 2007, 950
- Blank*: „Sach- und Haftpflichtversicherung als neue umlagefähige Betriebskosten“, NZM 2007, 233
- Derleder*: „Die mietrechtlichen Voraussetzungen des Wärmecontracting“, NZM 2003, 737
- Derleder*: „Die mietvertragsrechtlichen Voraussetzungen und Folgen des Outsourcing hinsichtlich der Wärmelieferung des Wohnraumvermieters“ WuM 2000, 3
- Derleder*: „Heizkosten; Wärmecontracting“, WuM 2005, 389
- Drasdo*: „Verwalterhaftung für die Folgen zu spät erstellter Betriebskostenabrechnungen“, NZM 2004, 372
- Eisenschmid/Wall*: Betriebskostenkommentar, 4. Aufl., 2015
- Fritz*: Gewerberaummietrecht, 5. Aufl., 2017
- Gather*: „Ausgewählte Fragen des gewerblichen Mietrechts“, DWW 2002, 54
- Herrlein/Kandelhard*: Mietrecht, Praxis-Kommentar, 4. Aufl., 2010
- Kinne/Schach/Bieber*: Miet- und Mietprozessrecht, Kommentar, 7. Aufl., 2013
- Langenberg*: Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl., 2016
- Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*: Geschäftsraummiete, 4. Aufl., 2017
- Ludley*: „Verwertbarkeit von Betriebskostenspiegeln im Prozess“, NZM 2011, 417
- Lützenkirchen/Jennißen*: „Mietrechtliche Betriebskostenabrechnung und wohnungseigentumsrechtliche Jahresabrechnung im Spannungsverhältnis“, ZWE 2002, 446
- Münchener Kommentar: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3, Schuldrecht Besonderer Teil I, 7. Aufl., 2016
- Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 76. Aufl., 2017
- Schmid, Michael J.*: Handbuch der Mietnebenkosten, 15. Aufl., 2017
- Schmidt-Futterer*: Mietrecht, Kommentar, 13. Aufl., 2017
- von Seldeneck*: Betriebskosten im Mietrecht, 1. Aufl., 1999
- Staudinger*: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2014
- Sternel*: Mietrecht aktuell, 4. Aufl., 2009



Arbeitsrecht

14.1 Einführung – 709

14.2 Individualarbeitsrecht – 710

14.2.1 Parteien des Arbeitsverhältnisses – 710

14.2.2 Begründung des Arbeitsverhältnisses – 712

14.2.3 Inhalt des Arbeitsverhältnisses – 715

14.2.4 Störungen im Arbeitsverhältnis – 718

14.2.5 Beendigung des Arbeitsverhältnisses – 721

14.2.6 Betriebsübergang – gesetzlicher Arbeitgeberwechsel – 729

14.3 Kollektives Arbeitsrecht – 735

14.3.1 Koalitionsfreiheit und Verbände – 735

14.3.2 Grundzüge des Tarifvertragsrechts – 737

14.3.3 Arbeitskampfrecht – 742

14.3.4 Betriebsverfassungsrecht – 745

14.4 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – 750

14.4.1 Anwendungsbereich des AÜG – 751

14.4.2 Einschränkungen im Baugewerbe, § 1b AÜG – 754

14.4.3 Vertragsbeziehungen – 755

14.4.4 Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG – 756

14.4.5 Wesentliche gesetzliche Vorgaben für die Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG – 759

14.4.6 Folgen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung und von Verstößen gegen das AÜG, §§ 9, 10 AÜG und § 16 AÜG – 763

14.4.7 Kollektivrechtliche Auswirkungen der Arbeitnehmerüberlassung – 765

14.5 Arbeitnehmerentsendegesetz – 765

14.5.1 Allgemeine Arbeitsbedingungen – 765

14.5.2 Tarifliche Arbeitsbedingungen – 766

14.5.3 Wirkungen der Tarifnormerstreckung – 767

14.1 Einführung

Das für diese Vertragsbeziehungen geltende Arbeitsrecht lässt sich unterteilen in das **Individualarbeitsrecht**, welches die rechtlichen Verhältnisse zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer regelt, und in das **Kollektivarbeitsrecht**, welches die rechtlichen Verhältnisse zwischen Koalitionen oder Vertretungsorganen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern regelt. Diesem materiellen Arbeitsrecht wird mit einer selbständigen Gerichtsbarkeit, der **Arbeitsgerichtsbarkeit**, Rechnung getragen. Die allgemeinen Vorschriften über die Zuständigkeit und insbesondere über den Gang des Verfahrens sind hierbei im Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) geregelt.

Das Arbeitsrecht regelt heute in einer Vielzahl unterschiedlicher Gesetze, Verordnungen und sonstiger Rechtsquellen die Rechtsbeziehungen zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer. Allerdings wird nur die **abhängige Arbeit** erfasst, die auf Grundlage eines **privatrechtlichen Vertrages** geleistet wird. In solchen Arbeitsverhältnissen standen 2011 mehr als 30 Millionen Arbeitnehmer in Deutschland und damit mehr als ein Drittel der Gesamtbevölkerung.¹ Auch die im Facility Management maßgeblichen Arbeitsverhältnisse sind regelmäßig solche, die dem Arbeitsrecht unterfallen.



Abb. 14.1
Schematische Darstellung
der arbeitsrechtlichen
Normhierarchie in Form der
„Normenpyramide“

Das Arbeitsrecht wird durch eine Vielzahl von Rechtsquellen auf unterschiedlichen Ebenen beeinflusst, wodurch sich eine **Normhierarchie** ergibt, die sowohl supranationales als auch nationales Recht umfasst und die es von einem FM-Manager zu beachten gilt. Unterhalb des Europäischen Rechts ist in der Hierarchie das den Gesetzgeber stets bindende Grundgesetz anzuordnen, worauf das (einfache) zwingende Gesetzesrecht folgt, das im

¹ Quelle: Statistisches Bundesamt (www.destatis.de).

Arbeitsrecht insbesondere mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), aber auch mit vielen anderen Einzelgesetzen, die dominierende Rolle für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer spielt. Die sodann folgenden Rechtsquellen sind dem kollektiven Arbeitsrecht zuzuordnen, bis auf den unteren Ebenen der Arbeitsvertrag sowie das hierauf basierende Direktionsrecht des Arbeitgebers die Normenhierarchie abschließen. Der Ebene des Arbeitsvertrages ist hierbei auch die Gesamtzusage sowie die betriebliche Übung zuzuordnen.

14.2 Individualarbeitsrecht

- 3 Das Individualarbeitsrecht regelt die Rechtsbeziehungen zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und seinem Vertragspartner, dem Arbeitgeber. Das Arbeitsrecht ist in diesem Kontext zunächst Arbeitsvertragsrecht. Schwerpunktmäßig handelt es sich um die Bereiche der Begründung, des Inhalts und der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses.

14.2.1 Parteien des Arbeitsverhältnisses

- 4 Die Vertragspartner im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses sind der Arbeitnehmer auf der einen und der Arbeitgeber auf der anderen Seite. Von besonderer Bedeutung und Schwierigkeit ist in diesem Zusammenhang die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft. Auf Seiten des Arbeitgebers ist wiederum der Betriebsübergang und damit der Wechsel des Arbeitgebers ein komplexes Thema, mit dem sich ein FM-Manager eingehend beschäftigen sollte.

14.2.1.1 Arbeitnehmer

- 5 Bei dem Arbeitsvertrag, der einen Unterfall des privatrechtlichen Dienstvertrages im Sinne des § 611 Abs. 1 BGB darstellt, verpflichtet sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber zur Erbringung unselbständiger Dienste gegen Zahlung einer Vergütung. Bislang war der Arbeitsvertrag nicht direkt gesetzlich geregelt, so dass auf den o.g. Regelung des Dienstvertrages zurückgegriffen wurde und die Besonderheiten und die Kriterien des Arbeitsvertrages durch die Rechtsprechung herausgearbeitet.

Nunmehr wird der **Arbeitsvertrag** durch die ab 2017 gültige neu gefasste Vorschrift des § 611 a BGB definiert. Im Wesentlichen sind in dieser Vorschrift jetzt die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für ein Arbeitsverhältnis wie folgt gesetzlich normiert:

§ 611a BGB Arbeitsvertrag

(1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch

von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.

(2) Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Der Arbeitsvertrag ist vom **freien Dienstvertrag** (§ 611 BGB) zu unterscheiden. Die zum Dienst Verpflichteten werden dabei auch als „freie Mitarbeiter“ bezeichnet. In Grenzfällen kann sich die Differenzierung zwischen beiden Vertragstypen äußerst schwierig gestalten.² Das entscheidende Kriterium zur Abgrenzung stellt nach dieser Vorschrift entsprechend der Rechtsprechung und der herrschenden Literatur in der **persönlichen Abhängigkeit** des Arbeitnehmers im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses dar.³ Der Gesetzgeber hat nunmehr auch die von der Rechtsprechung entwickelten Auslegungskriterien, dass für die Bestimmung des Grades der persönlichen Abhängigkeit (also für die Frage, ob eine Arbeitsverhältnis oder ein selbständiges Dienstverhältnis vorliegt) eine **Gesamtbetrachtung aller Umstände** vorzunehmen ist und es auf die **tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses** und nicht auf dessen Bezeichnung ankommt, mit aufgenommen. Im Gegensatz hierzu definiert § 84 Abs. 1 S. 2 HGB die selbständige Tätigkeit. Hiernach ist selbständig, wer „im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“. Die persönliche Abhängigkeit kann in Wege einer Gesamtbetrachtung der tatsächlichen Verhältnisse anhand der bisherigen Rechtsprechung und der nunmehr geltenden Gesetzeslage anhand folgender Merkmale beurteilt werden:

Hinweis

Merkmale für die Bestimmung der persönlichen Abhängigkeit:

- privatvertragliche Verpflichtung zur Leistung, weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit im Dienste eines anderen
- Weisungsgebundenheit hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer, Ort und Art der Tätigkeit
- kein eigenes Unternehmerrisiko
- Einbindung in eine Betriebsorganisation

Es ist zu beachten, dass für das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft nicht zwingend alle dieser Kriterien vorliegen müssen. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers ist eine Gesamtbetrachtung im Einzelfall anhand dieser Kriterien vorzunehmen, wobei das überwiegende dieser Kriterien für ein Arbeitsverhältnis spricht. Die beiden letzten Kriterien „kein unternehmerisches“ Risiko und „Einbindung in die Betriebsorganisation“ werden in dem neu gefassten § 611 a BGB zwar nicht ausdrücklich genannt. Jedoch handelt es sich hier um Merkmale, welche die Rechtsprechung entwickelt hat, um eine Abgrenzung zur selbständigen Tätigkeit vorzunehmen. Diese sind aber nach wie vor auch taugliche Krite-

² Umfassend hierzu (noch zur alten Gesetzeslage): ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 8 ff.

³ BAG, Urt. v. 22.08.2001 – 5 AZR 502/99, AP Nr. 109 zu § 611 BGB = NZA 2003, 662.

rien, welche in eine solche Gesamtbetrachtung einfließen können, weil diese Merkmale bei einem Arbeitnehmer in der Regel such gegeben sind. Daher diese in dieser Darstellung mit aufgeführt.

- 6 Zu den Arbeitnehmern als Dienstverpflichtete im zuvor beschriebenen Sinne gehören auch **leitende Angestellte**. Da sie teilweise Arbeitgeberfunktionen ausüben und somit eine Sonderstellung einnehmen, differenziert das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), sodass dieses Gesetz auf leitende Angestellte keine Anwendung findet (§ 5 Abs. 3, 4 BetrVG). Ebenfalls auf leitende Angestellte im Sinne des BetrVG nicht anwendbar ist das Arbeitszeitgesetz gem. § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG. Im Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genießen bestimmte leitende Angestellte keinen Bestandsschutz, dafür jedoch einen Abfindungsschutz (§ 14 Abs. 2 KSchG).
- 7 § 12a Tarifvertragsgesetz (TVG) prägte den Begriff der **arbeitnehmerähnlichen Personen**. Dies sind hiernach Personen, die wirtschaftlich abhängig und einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig sind. Nach der Rechtsprechung des BAG sind beispielsweise ein Franchisenehmer⁴ und ein Kommissionär⁵ arbeitnehmerähnlich. Für diesen Personenkreis finden sich über § 12a TVG hinaus Sonderregelungen in § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG und § 2 BurlG.

14.2.1.2 Arbeitgeber

- 8 Der Begriff des Arbeitgebers ist gesetzlich nicht legaldefiniert. Aus § 611a BGB erschließt sich jedoch, dass ein Arbeitgeber derjenige ist, der mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt⁶ und von diesem die Erbringung von Dienstleistungen auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages fordern kann.⁷ Dabei kann ein Arbeitgeber eine natürliche Person, im Gegensatz zum Arbeitnehmer jedoch auch eine juristische Person des privaten oder des öffentlichen Rechts sein.

14.2.2 Begründung des Arbeitsverhältnisses

- 9 Ein Arbeitsverhältnis wird im Regelfall durch **Abschluss eines Arbeitsvertrags** begründet. Darüber hinaus gibt es einige Ausnahmefälle, in welchen es zu einem Arbeitsverhältnis unter bestimmten Voraussetzungen kraft Gesetz begründet werden, ohne dass die Parteien einen Arbeitsvertrag schließen müssen. Ein solcher Sonderfall liegt beispielsweise bei einem Betriebsübergang gem. § 613 a BGB vor, welcher unten in einem gesonderten Abschnitt behandelt wird. Ferner ist auch die Begründung eines Arbeitsverhältnisses auch gem. § 10 AÜG möglich, wobei auf diese Vorschrift im Abschnitt Arbeitnehmerüberlassung eingegangen wird. Auch bereits **vor Abschluss eines Arbeitsvertrages kann**, beispielsweise durch ein Vorstellungsgespräch des Arbeitsuchenden bei einem potenziellen Arbeitgeber, ein **gesetzliches Schuldverhältnis** gem. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB entstehen.

4 BAG, Beschl. v. 16.07.1997 – 5 AZB 29/96, AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG 1979 = NZA 1997, 1126.

5 BAG, Beschl. v. 08.09.1997 – 5 AZB 3/97, AP Nr. 38 zu § 5 ArbGG 1979 = NZA 1997, 1302.

6 MünchKomm/Müller-Glögge, § 611 Rn. 231.

7 BAG, Beschl. v. 08.04.1992 – 7 ABR 56/91, AP Nr. 15 zu § 20 BetrVG 1972 = NZA 93, 415 (417).

Sowohl den Arbeitsuchenden als auch den potenziellen Arbeitgeber treffen bereits zu diesem Zeitpunkt wechselseitige **Aufklärungs-, Mitwirkungs-, Obhuts- und Rücksichtnahmepflichten**, § 241 Abs. 2 BGB.⁸ Der Arbeitgeber etwa muss den Arbeitsuchenden bereits vor Abschluss des Arbeitsvertrages über bestehende Umstände aufklären, die zu einem alsbaldigen Ende eines auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrages führen können.⁹ Weiterhin besteht eine vielfältige Rechtsprechung, insbesondere des BAG, zu den Offenbarungspflichten eines Bewerbers sowie zu dem Fragerecht des Arbeitgebers im Rahmen eines Vorstellungsgesprächs.¹⁰ Aber auch unmittelbar bei Abschluss eines Arbeitsvertrages oder bei Anfechtung eines Arbeitsvertrages hat der FM-Manager viele arbeitsrechtliche Besonderheiten zu beachten, auf die im Folgenden einzugehen ist.

14.2.2.1 Abschluss des Arbeitsvertrags

Ein Arbeitsvertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien zustande, dem Angebot und der Annahme. Die Mindestbestandteile dieser **Einigung** ergeben sich aus den §§ 611 a, 612 BGB. Demnach muss die Abrede jedenfalls die **Vertragspartner** und die **Arbeitsleistung**, also die Art der unselbstständigen Dienste, enthalten. Sehr detaillierte Angaben sind hierbei nicht erforderlich, da der Arbeitgeber kraft seines Weisungsrechts die Aufgaben konkretisieren kann. Die Einbeziehung einer Regelung über die **Vergütung** ist kein Mindestbestandteil, obgleich die Aufnahme dennoch zu empfehlen ist. Soweit keine Regelung über die Vergütung getroffen wird, gilt diese als stillschweigend vereinbart, wenn zu erwarten ist, dass die Arbeit den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, §§ 612 Abs. 1 und 2 BGB. 10

Der Arbeitsvertrag kann sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber nach den allgemeinen Regeln (§§ 164 ff. BGB) auch durch einen **Stellvertreter** geschlossen werden. Besondere Bedeutung gewinnt bei Minderjährigen die gesetzliche Vertretung. Neben den allgemeinen Regeln ist hierbei zu beachten, dass die Eltern nach § 10 Abs. 3 BBiG vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit sind, soweit diese mit ihrem Kind einen Berufsausbildungsvertrag schließen wollen. 11

Soweit ein Unternehmen mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt und ein **Betriebsrat** besteht, ist stets zu beachten, dass der Betriebsrat vor jeder Einstellung zu unterrichten ist, § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG.

Die Einigung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber ist nur wirksam, soweit keine Nichtigkeitsgründe eingreifen. Damit dies nicht der Fall ist, müssen im Rahmen eines Arbeitsvertrages insbesondere die mangelnde Geschäftsfähigkeit gem. §§ 104 ff. BGB, der Formmangel gem. §§ 125 ff. BGB sowie der Gesetzesverstoß gem. § 134 BGB Beachtung finden. Hinsichtlich der **Formwirksamkeit** von Arbeitsverträgen ist anzumerken, dass diese Verträge zumindest grundsätzlich formfrei geschlossen werden können. Auch bei befristeten Arbeitsverträgen bedarf nach § 14 Abs. 4 TzBfG lediglich die Befristungsabrede und nicht der gesamte Vertrag der Schriftform. Im Falle einer im Arbeitsvertrag vereinbar- 12

⁸ Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 26 Rn. 1.

⁹ BAG, Urt. v. 14.07.2005 – 8 AZR 300/04, AP Nr. 41 zu § 242 = NZA 2005, 1298.

¹⁰ Hierzu umfassend: Jousen in: BeckOK ArbR, Ed. 25, § 611 BGB Rn. 72 ff.

ten Schriftform (**Schriftformklausel**) muss dagegen zwischen einem deklaratorischen und einem konstitutiven Schriftformerfordernis unterschieden werden.¹¹ Soweit die Vertragsparteien lediglich zur Klarstellung und Beweissicherung die Schriftform vereinbaren, wird von einer **deklaratorischen Bedeutung** gesprochen, da auch die mündliche Vereinbarung wirksam bleibt. Soweit jedoch eine derartige Auslegung des Willens der Parteien nicht in Frage kommt, hat das Schriftformerfordernis gem. § 125 S. 2 BGB **konstitutive Bedeutung**. Die schwächere der beiden Formen einer konstitutiven Schriftformklausel ist hierbei die **einfache Schriftformklausel**. Da die Rechtsprechung eine mündliche Vereinbarung als stillschweigende Aufhebung des Formerfordernisses wertet, bleibt eine mündliche Vereinbarung wirksam.¹² Auch eine betriebliche Übung kann die einfache Schriftformklausel überwinden.¹³ Im Gegensatz hierzu ermöglicht die **doppelte Schriftformklausel**, dass sowohl mündliche Vereinbarungen nichtig sind als auch, dass betriebliche Übungen zu keiner Vertragsänderung bzw. -ergänzung führen können.¹⁴ Soweit ein **Tarifvertrag** vorschreibt, dass ein Arbeitsvertrag schriftlich abzuschließen ist, geht die Rechtsprechung im Zweifel davon aus, dass die Vorschrift nur Beweis Zwecken dient und somit eine deklaratorische Bedeutung aufweist.¹⁵ Soweit der tariflichen Vorschrift ausnahmsweise konstitutive Bedeutung zukommt, ist der Arbeitsvertrag auch in einem solchen Falle bei Missachtung der Form nichtig gem. § 125 S. 1 BGB.¹⁶ **Gesetzliche Formvorschriften** finden sich in § 11 Berufsausbildungsgesetz (BBiG) sowie § 11 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Dabei handelt es sich bei beiden Vorschriften um deklaratorische Anforderungen.

- 13 Ein **Gesetzesverstoß** kann im Arbeitsrecht gegeben sein, wenn durch einzelne Vereinbarungen gegen gesetzliche Bestimmungen des Arbeitsrechts verstoßen wird, die Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB darstellen. Der wichtigste Fall im Kontext der **Sittenwidrigkeit** von § 138 BGB stellt die sittenwidrige Vereinbarung eines besonders niedrigen Entgeltes dar.¹⁷ Eine nichtige Vertragsbestimmung wird dabei im Arbeitsrecht grundsätzlich durch die gesetzliche Bestimmung ersetzt, um zu vermeiden, dass zum Nachteil des Arbeitnehmers der gesamte Vertrag nichtig ist.

14.2.2.2 Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis

- 14 Die Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages führt in den Fällen zu Problemen, in denen der Arbeitsvertrag bereits in Vollzug gesetzt wurde, also bereits wechselseitig Leistungen erbracht wurden. Würde man den Vertrag nach den gesetzlichen Vorschriften rückabwickeln, würde der Arbeitnehmerschutz stark beeinträchtigt, sodass die Rechtsprechung die **Lehre vom fehlerhaften Arbeitsvertrag** entwickelte. Hiernach wird der Arbeitsvertrag unter gewissen Voraussetzungen für die Vergangenheit als fehlerfrei behandelt und die

11 MüArbR/Richardi/Buchner, § 32 Rn. 43.

12 BAG, Urt. v. 10.01.1989 – 3 AZR 460/87, AP Nr. 4 zu § 127 BGB = NZA 1989, 797.

13 BAG, Urt. v. 27.03.1987 – 7 AZR 527/85, AP Nr. 29 zu § 242 BGB = NZA 1987, 778.

14 BAG, Urt. v. 24.06.2003 – 9 AZR 302/02, AP Nr. 63 zu § 242 BGB = NZA 2003, 1145.

15 BAG, Urt. v. 10.06.1988 – 2 AZR 7/88, AP Nr. 5 zu § 1 BeschFG 1985 = NZA 1989, 21.

16 BAG, Urt. v. 15.11.1957 – 1 AZR 189/57, AP Nr. 2 zu § 125 BGB = NJW 1958, 397.

17 Joussem in: BeckOK ArbR, Ed. 25, § 611 BGB Rn. 118.

Möglichkeit geboten, sich durch einseitige Erklärung für die Zukunft loszusagen.¹⁸ Eine Ausnahme hiervon gilt jedoch, soweit der Arbeitnehmer den Arbeitgeber über einen Sachverhalt täuschte und so seine Schutzwürdigkeit aufgab.¹⁹

14.2.3 Inhalt des Arbeitsverhältnisses

Die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien als Inhalt des Arbeitsverhältnisses lassen sich in Haupt- und Nebenpflichten einteilen. Die **Hauptpflicht** des Arbeitnehmers ist dabei die Leistung der Arbeit, während der Arbeitgeber hierfür die vereinbarte Vergütung gewähren muss. Neben diesen Hauptpflichten der Parteien bestehen auf beiden Seiten eine Reihe **weiterer Pflichten**, die sich zum Teil aus Spezialgesetzen wie dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) oder dem Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) ergeben.²⁰ In diesem Kontext soll im Folgenden auch auf die **Gesamtzusage** und die **sog. betriebliche Übung** eingegangen werden, die beide meist zusätzliche Arbeitgeberleistungen gewähren. 15

14.2.3.1 Arbeitspflicht als Hauptleistungspflicht

Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ist erfüllt, wenn dieser dem Arbeitgeber gegenüber die richtige Leistung am richtigen Ort zur richtigen Zeit leistet. Soweit dies erfolgt, erlischt der Anspruch des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung, § 362 Abs. 1 BGB. 16

Die Arbeitsleistung ist gem. § 613 S. 1 BGB **höchstpersönlich** zu erfüllen. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer die Leistung nicht durch Dritte erbringen lassen kann. Eine Ausnahme hiervon ist lediglich möglich, soweit der Arbeitgeber der Leistung durch Dritte zustimmt.²¹ 17

Die nähere Ausgestaltung der Leistung, des Ortes und der Zeit erfolgt meist im Rahmen des **Weisungsrechts des Arbeitgebers**, soweit keine entgegenstehende Regelung im Arbeitsvertrag vorliegt. Eine gesetzliche Normierung findet sich in § 106 GewO. Das Weisungsrecht ist ein Gestaltungsrecht, das bei Ausübung durch den Arbeitgeber die Arbeitspflicht verändert, ohne dass es hierzu einer Zustimmung des Arbeitnehmers bedarf. Allerdings findet das Weisungsrecht seine **Grenzen** sowohl in höherrangigem Recht als auch in den Beteiligungsrechten des Betriebsrats. Zunächst kann sich der Arbeitgeber durch Weisungen nicht über **Gesetze, Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen** hinwegsetzen, da das Weisungsrecht dem niederrangigen Arbeitsvertrag entspringt. Darüber hinaus stellen die **Beteiligungsrechte des Betriebsrats** eine wichtige Grenze dar, über die sich der Arbeitgeber nicht hinwegsetzen darf. 18

Da die Pflicht zur Leistung der Arbeit eine **absolute Fixschuld** darstellt, kann die Erfüllung nicht nachgeholt werden, wenn dies nicht zum vereinbarten Zeitpunkt erfolgt. Für

18 ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 145.

19 Joussen in: BeckOK ArbR, Ed. 25, § 611 BGB Rn. 130.

20 Umfassend: Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 53 Rn. 11 ff. (Pflichten des Arbeitnehmers); ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 610 ff. (Pflichten des Arbeitgebers).

21 Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 45 Rn. 3.

den Arbeitnehmer wird die Nachholung der Leistung **unmöglich** (§ 275 Abs. 1 BGB) und es liegt eine **Pflichtverletzung** gem. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

Soweit der Arbeitnehmer die Nichtleistung zu vertreten hat, wird der Arbeitgeber hierdurch von seiner Vergütungspflicht für die nicht erfolgte Leistung frei, § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Anders liegt der Fall jedoch meist, wenn niemand die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat. Obwohl der § 326 Abs. 1 S. 1 BGB hierbei auch keine andere Regelung trifft, bestehen zahlreiche Ausnahmen. Zu nennen sind hier insbesondere § 615 S. 3 BGB und das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG).

14.2.3.2 Vergütungspflicht als Hauptleistungspflicht, gesetzlicher Mindestlohn

a) Rechtliche Grundsätze

- 19 Die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers auf Vergütung ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag bzw. § 611a Abs. 2 BGB. Die Höhe der Vergütung wird dabei meist durch die Einbeziehung eines Tarifvertrages im Arbeitsvertrag bestimmt. Soweit beide Parteien gem. § 3 Tarifvertragsgesetz (TVG) tarifgebunden sind, wirken die Normen des Tarifvertrages nicht nur schuldrechtlich, sondern auch normativ (§ 4 Abs. 1 S. 1 TVG). Eine höhere Vergütung, die durch den Arbeitsvertrag gewährt ist, bleibt hierbei dann möglich. Der Tarifvertrag ist bei der normativen Geltung als Mindestvergütung zu verstehen, § 4 Abs. 3 TVG. Dies gilt ebenfalls wenn ein Tarifvertrag für eine bestimmte Branche durch Rechtsverordnung allgemeinverbindlich erklärt worden ist.

Sollte die Vergütung weder im Arbeitsvertrag geregelt sein noch normativ über einen Tarifvertrag gelten, gilt nach § 612 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung. Üblich ist dann wiederum meist der für diese Leistung ansonsten gezahlte Tariflohn.

b) Der gesetzliche Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG)

- 20 Zum 01.01.2015 ist das Mindestlohngesetz (MiLoG) in Kraft getreten, wodurch der Gesetzgeber einen allgemein für jeden Arbeitnehmer gültigen Mindestlohn festgesetzt hat. Gem. § 1 Abs. i.V.m. Abs. 2 MiLoG betrug dieser ab dem 01.01.2015 8,50 € brutto je Zeitsunde und kann durch Rechtsverordnung der Bundesregierung auf Vorschlag einer ständigen Kommission der Tarifpartner (Mindestlohnkommission) geändert werden. Aufgrund einer solchen Änderung gilt **ab dem 01.01.2017 ein gesetzlicher Mindestlohn** in Höhe von **8,84 € brutto die Zeitsunde**.
- 21 Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG **ist der Mindestlohn spätestens am letzten Bankarbeitstag (Frankfurt a. Main) des Monats, fällig**, wenn nicht eine frühere Fälligkeit gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 MiLoG vereinbart ist. Gem. § 2 Abs. S. 1 MiLoG gilt dies nicht, wenn Arbeitszeitkonten geführt werden und das Guthaben spätestens
- 22 Gem. § 3 MiLoG ist der **Anspruch auf Mindestlohn unabdingbar**. Jegliche Vereinbarungen, welche den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten, seine Geltendmachung einschränken oder ausschließen sind unwirksam. Ein Arbeitnehmer kann auf den Mindestlohn nur durch gerichtlichen Vergleich verzichten, ansonsten ist der Verzicht ausgeschlossen. Auch eine Verwirkung des Anspruchs ist ausgeschlossen. Insoweit ist in Bezug

auf den Mindestlohn auch eine Abweichung durch Tarifvertrag zu Lasten der Arbeitnehmer nicht möglich, worunter auch die Arbeits- und Tarifverträgen üblichen Ausschlussfristen für die Geltendmachung eines Anspruchs fallen. Hiermit hat der Gesetzgeber in Bezug auf diese Mindestvorgaben eine starke Rechtsgrundlage geschaffen, wobei er auch so gut wie keinen Raum für Abweichungen durch Tarifverträge geschaffen hat.

Diese Regelung bezieht sich jedoch lediglich auf den Mindestlohn. Bei einer vertraglichen oder tarifvertraglichen Vergütung, welche über dem Mindestlohn liegt, dürfen für Vergütungsbestandteile, welche über dem Mindestlohn liegen Beschränkungen und Abweichungen geregelt werden.

Gem. § 1 Abs. 3 MiLoG gehen zwar Regelungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und der auf Basis dieser Gesetze erlassenen Rechtsverordnungen sowie gem. § 5 des Tarifvertragsgesetzes für bestimmte allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge, welche im Arbeitnehmer-Entsendegesetz von Bedeutung sind dem MiLoG vor, soweit die Höhe der dort festgesetzten Branchenmindestlöhne nicht den gesetzlichen Mindestlohn unterschreiten. Insoweit kann auch aufgrund dieser Regelungen die Höhe des Mindestlohnes nicht unterschritten werden. Es kann hierdurch lediglich von anderen Vorgaben des MiLoG, wie beispielsweise zu Fälligkeit des Mindestlohns abgewichen werden. 23

Lediglich die Übergangsvorschrift gem. § 24 MiLoG ermöglicht für einen **befristeten Zeitraum bis zum 31.12.2017** gehen abweichende Tarifverträge repräsentativer Tarifvertragsparteien, welche durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung oder durch Verordnung nach Maßgabe des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes verbindlich gelten, dem Mindestlohn vor. Ferner gilt dies für Rechtsverordnungen, welche aufgrund von § 11 Arbeitnehmer-Entsendegesetzes sowie § 3 Arbeitnehmerüberlassungsgesetzen erlassen worden sind. Für den Zeitraum **ab dem 01.01.2017** (bis zum 31.12.2017) darf aber der **Betrag von 8,50 € brutto** nicht unterschritten werden. Dies gilt gem. § 24 Abs. 2 MiLoG auch für Zeitungszusteller, welche nach dieser Vorschrift seit dem 01.01.2015 sukzessive an den Mindestlohn herangeführt werden. 24

Es sind dann jedoch einige Personengruppen von der Anwendbarkeit des MiLoG gem. § 22 MiLoG ausgeschlossen. Hierunter fallen folgende Personengruppen: 25

Hinweis

Das MiLoG ist gem. § 22 MiLoG nicht anwendbar auf Praktikantinnen und Praktikanten im Sinne des § 26 des Berufsbildungsgesetzes, wenn sie

- Pflichtpraktikum auf Grund einer schulrechtlichen Bestimmung, einer Ausbildungsordnung, einer hochschulrechtlichen Bestimmung oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie leisten,
- ein Praktikum von bis zu drei Monaten zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums leisten,
- ein Praktikum von bis zu drei Monaten begleitend zu einer Berufs- oder Hochschulausbildung leisten, wenn nicht zuvor ein solches Praktikumsverhältnis mit demselben Auszubildenden bestanden hat, oder

- an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54a des Dritten Buches Sozialgesetzbuch oder an einer Berufsausbildungsvorbereitung nach §§ 68 bis 70 des Berufsbildungsgesetzes teilnehmen.
- auf Personen im Sinne von § 2 Absatz 1 und 2 des Jugendarbeitsschutzgesetzes ohne abgeschlossene Berufsausbildung gelten nicht als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes.
- auf Personen, die zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind oder ehrenamtlich tätig sind

Das MiLoG ist gem. § 22 MiLoG für die ersten sechs Monate nicht anwendbar

- auf Arbeitsverhältnisse Arbeitnehmer, die unmittelbar vor Beginn der Beschäftigung langzeitarbeitslos im Sinne des § 18 Absatz 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch waren

c) Zuschläge und Zulagen

- 26 Neben der Grundvergütung kann durch den Arbeitgeber auch Zuschläge oder Zulagen sowie leistungsbezogene oder von dem Unternehmensergebnis abhängige variable Vergütungsbestandteile (z.B. Provisionen) gezahlt werden. Zulagen und Zuschläge sind häufig in Tarifverträgen geregelt. Diese Sachverhalte unterliegen auch dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Über Zuschläge und Zulagen hinaus besteht auch bei leistungsbezogenen Provisionen in bestimmten Fällen ein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG, wobei sich die Trennung zwischen den einzelnen Vergütungsarten im Einzelfall schwierig gestaltet.

14.2.3.3 Gesamtzusage und betriebliche Übung

- 27 Der Arbeitgeber hat jederzeit die Möglichkeit, den Arbeitnehmern oder einzelnen Arbeitnehmergruppen durch eine an diese gerichtete Willenserklärung („schwarzes Brett“) einen **zusätzlichen Vorteil** zu versprechen. Dabei kommt oftmals die Leistung eines Weihnachtsgeldes in Betracht. Soweit der Arbeitgeber beispielsweise durch eine derartige Gesamtzusage und in regelmäßiger Wiederholung eine Leistung gewährte, kommt die **sog. betriebliche Übung** in Betracht. In diesem Fall entsteht bei dreimaliger vorbehaltloser Zahlung einer Leistung ein Rechtsanspruch der begünstigten Arbeitnehmer auf die künftige Gewährung der Leistung.²² Dem Arbeitgeber ist es jedoch möglich, sich durch die **Vereinbarung eines Widerrufsrechts** von einer betrieblichen Übung wieder zu lösen oder durch einen **Vorbehalt** der Freiwilligkeit bereits die Entstehung der betrieblichen Übung zu verhindern.²³

14.2.4 Störungen im Arbeitsverhältnis

- 28 Falls der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht bzw. schlecht erbringt oder der Arbeitgeber die Leistung des Arbeitnehmers nicht annehmen kann, spricht man von einer

22 BAG, Urt. v. 06.03.1956 – 3 AZR 175/55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB = NJW 1956, 1123.

23 Zu dem im Einzelnen sehr umstrittenen Thema: Schaub/Koch, ArbR-Hdb., § 110 Rn. 1 ff.

Störung im Arbeitsverhältnis.²⁴ Abweichend von den allgemeinen Regeln zu Leistungsstörungen im Schuldrecht gelten im Arbeitsrecht Besonderheiten, die im Folgenden dargestellt werden.

14.2.4.1 Verhinderung des Arbeitnehmers

Die besondere Schutzbedürftigkeit eines Arbeitnehmers macht es notwendig, bei Störungen im Arbeitsverhältnis von dem Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ abzuweichen, der sich aus § 326 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt. 29

Sofern der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers in Verzug gerät, kann der Arbeitnehmer die Vergütung verlangen, ohne dass dieser zur Nachleistung verpflichtet ist (§ 615 S. 1 BGB). Dies spielt insbesondere in den Fällen einer außerordentlichen Kündigung eine Rolle, wenn der Arbeitnehmer nach Ausspruch der Kündigung nicht mehr weiterbeschäftigt wird. Das Gleiche gilt, soweit der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist einer ordentlichen Kündigung nicht weiterbeschäftigt wird. Gewinnt der Arbeitnehmer einen sich anschließenden **Kündigungsschutzprozess**, schuldet der Arbeitgeber für die Tage, in den der Arbeitnehmer nicht beschäftigt wurde, dennoch die Vergütung. Durch den Ausspruch der Kündigung habe der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des BAG erklärt, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht mehr annehmen zu wollen. Der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers bleibe damit erhalten, ohne dass der Arbeitnehmer eine weitere Handlung oder Erklärung vornehmen müsse.²⁵ Die Rechtsprechung erhält dem Arbeitnehmer den Vergütungsanspruch aus § 615 S. 1 BGB auch dann, wenn dieser zwischenzeitlich erkrankt war und in dieser Zeit kein Annahmeverzug mangels Arbeitsfähigkeit vorlag. Eine Rückmeldung des Arbeitnehmers nach Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit sei hiernach nicht erforderlich.²⁶ 30

Ein weiterer Fall der Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs trotz Ausfalls der Arbeitsleistung ist § 616 BGB, der auf persönliche Hinderungsgründe abstellt. Die Norm stellt kein zwingendes Recht dar und ist abdingbar.²⁷ Meist werden die Voraussetzungen des § 616 BGB jedoch in Tarifverträgen konkretisiert, sodass eine Anwendbarkeit gegeben ist. 31

Für den Arbeitnehmer außerordentlich wichtige Vorschriften, die den Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ modifizieren, sind die Regeln über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach dem **Entgeltfortzahlungsgesetz** (EFZG).

14.2.4.2 Betriebs- und Wirtschaftsstörungen

In der Sphäre des Arbeitgebers werden die Störungen im Arbeitsverhältnis unter die Begriffe des Wirtschaftsrisikos und des Betriebsrisikos gefasst. 32

Der Begriff des **Wirtschaftsrisikos** erfasst die Fälle, in denen eine technisch an sich mögliche Produktion nur aus wirtschaftlichen Gründen (z.B. **Absatzrückgang**) nicht sinnvoll 33

²⁴ ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 673 ff.; Jousen in: BeckOK ArbR, Ed. 25, § 615 BGB Rn. 2.

²⁵ BAG, Urt. v. 19.01.1999 – 9 AZR 679/97, AP Nr. 79 zu § 615 BGB = NZA 1999, 925.

²⁶ BAG, Urt. v. 24.11.1994 – 2 AZR 179/94, AP Nr. 60 zu § 615 BGB = NZA 1995, 263.

²⁷ Jousen in: BeckOK ArbR, Ed. 25, § 616 BGB Rn. 6.

erscheint.²⁸ Dieses Risiko weist die Rechtsprechung dem Arbeitgeber zu, sodass der Arbeitgeber die Vergütung auch bei Unmöglichkeit der Leistungsannahme aus wirtschaftlichen Gründen zu zahlen hat. Das Wirtschaftsrisiko wird gesetzlich von § 615 S. 1 und 2 BGB erfasst.

- 34 Die Lehre vom **Betriebsrisiko** greift dagegen ein, wenn eine Betriebsstörung gegeben ist, die weder vom Arbeitgeber noch vom Arbeitnehmer zu vertreten ist. Beispiele für derartige Vorkommnisse sind der **Ausfall** der **Energieversorgung** oder **Witterungseinflüsse**, die es dem Arbeitgeber verwehren, den Arbeitnehmer zu beschäftigen. Nach diesen von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen trägt der Arbeitgeber das Risiko und zahlt auch hiernach die Vergütung, wenn die Störungen in der betrieblichen Sphäre auftreten. Die Kodifizierung dieser Grundsätze erfolgte mittlerweile in § 615 S. 3 BGB.²⁹

14.2.4.3 Haftung im Arbeitsverhältnis

- 35 Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber grundsätzlich den Schaden zu ersetzen, den dieser durch ein schuldhaft pflichtwidriges Verhalten des Arbeitnehmers erleidet (§ 280 Abs. 1 BGB). Das gleiche gilt, soweit der Arbeitnehmer Nebenleistungs- oder Rücksichtnahmepflichten verletzt (§ 241 Abs. 2 BGB). Da diese Haftung jedoch schon bei Fahrlässigkeit greift und unter Umständen unangemessen sein kann, hat die Rechtsprechung bereits früh begonnen, Grundsätze für eine Einschränkung dieser Haftung zu bilden.
- 36 Bereits in einer direkten Anwendung kann § 254 Abs. 1 BGB die Haftung des Arbeitnehmers bei einem Mitverschulden des Arbeitgebers einschränken. Doch darüber hinaus wendet die Rechtsprechung den § 254 BGB auch in einer **Analogie** auf die Arbeitnehmerhaftung an.³⁰ Die Grundsätze, nach denen die Analogie anzuwenden ist, werden dabei oft als **Regeln des innerbetrieblichen Schadensausgleichs** bezeichnet.³¹
- 37 Zunächst ist die Eigenschaft als **Arbeitnehmer** erforderlich, um einen innerbetrieblichen Schadensausgleich annehmen zu können. Somit werden auch leitende Angestellte erfasst.³² Weiterhin ist erforderlich, dass der Schaden bei einer **betrieblich veranlassten Tätigkeit** entstand.³³ Als betrieblich veranlasst gelten solche Tätigkeiten, die arbeitsvertraglich übertragen worden sind oder die der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers für den Betrieb ausführt.³⁴
- 38 Der Umfang der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers hängt schließlich von der Art des Verschuldens ab. Soweit der Arbeitnehmer einen Schaden **vorsätzlich** verursacht hat, muss dieser mangels Schutzwürdigkeit den Schaden in vollem Umfang tragen. Handelte der Arbeitnehmer dagegen **grob fahrlässig**, so haftet dieser grundsätzlich ebenso umfassend. Es bestehen jedoch Ausnahmen, nach denen eine Haftungserleichterung möglich

28 Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 101 Rn. 13.

29 ErfKomm/Preis, § 615 BGB Rn. 120 ff.

30 BAG, Urt. v. 03.11.1970 – 1 AZR 228/70, AP Nr. 61 zu § 611 BGB.

31 Annuß, NZA 1998, 1089 (1090); Krause, NZA 2003, 577 (578 ff.).

32 Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 59 Rn. 40.

33 BAG (GS), Beschl. v. 27.09.1994 – GS 1/89 (A), AP Nr. 103 zu § 611 BGB = NZA 1994, 1083.

34 Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 59 Rn. 42.

ist. Eine solche Ausnahme kann geboten sein, wenn der Schaden ungleich höher ist im Verhältnis zum Bruttomonatsverdienst des Arbeitnehmers, der den Schaden verursachte. Soweit der Arbeitnehmer den Schaden mit **mittlerer Fahrlässigkeit** verursachte, muss der Schaden anteilig getragen werden. Der Umfang ist dabei im Rahmen einer Abwägung der Gesamtumstände zu bestimmen. Bei **leichter Fahrlässigkeit** haftet der Arbeitnehmer dagegen nicht.³⁵

Die aufgezeigten Grundsätze aus der Analogie zu § 254 BGB bilden nach der Rechtsprechung des BAG einseitig **zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht**, von dem weder einzel- 39 noch kollektivvertraglich zulasten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann.³⁶

14.2.4.4 Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten

Da die Regeln des innerbetrieblichen Schadensausgleichs nur im Verhältnis der Arbeits- 40 vertragsparteien untereinander gelten, stellt sich die Frage, wie mit einem Schaden verfahren wird, den ein Arbeitnehmer im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit einem Dritten zufügt. Soweit der Dritte den Arbeitgeber in Anspruch nimmt, gelten auch hier die Regeln des innerbetrieblichen Schadensausgleichs. Anders muss jedoch verfahren werden, wenn der Dritte bei dem einzelnen Arbeitnehmer seinen Schaden geltend macht. Dies wird als sog. **Außenhaftung des Arbeitnehmers** bezeichnet. In diesem Fall haftet der Arbeitnehmer nach den allgemeinen Vorschriften und kann dann die Quote mittels eines **Rückgriffsanspruchs** geltend machen, die im zustehen würde, wenn die Regeln des innerbetrieblichen Schadensausgleichs anwendbar gewesen wären. Meist wird hier jedoch bereits aufgrund eines **Freistellungsanspruchs** des Arbeitnehmers dafür Sorge getragen, dass der Arbeitgeber den Schaden des Dritten begleicht.³⁷

14.2.5 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis bedarf eines Beendi- 41 gungstatbestandes. Der wichtigste Tatbestand ist dabei zweifelsohne die Kündigung, die das Arbeitsverhältnis **einseitig** beendet. Dabei ist zwischen der ordentlichen, der außerordentlichen sowie der Änderungskündigung zu unterscheiden. Auf der anderen Seite können die Parteien ein Arbeitsverhältnis auch **beidseitig** beenden. Dies ist den Parteien insbesondere durch einen Aufhebungsvertrag sowie bereits bei Vertragsschluss durch die Befristung oder Bedingung möglich.

14.2.5.1 Kündigungserklärung

Erforderlich ist zunächst eine **Kündigungserklärung**, aus der ein Kündigungswille ein- 42 deutig hervorgeht. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass hierbei das Wort „Kündigung“

35 Hierzu umfassend: Hesse in: BeckOK ArbR, Ed. 25, § 619a BGB Rn. 9 ff.

36 BAG, Beschl. v. 17.09.1998 – 8 AZR 175/97, AP Nr. 2 zu § 611 BGB = NZA 1999, 141.

37 Hesse in: BeckOK ArbR, Ed. 25, § 619a BGB Rn. 38 ff.

fallen muss. Es ist vielmehr ausreichend, wenn aus einem Empfängerhorizont heraus die Erklärung als Kündigung ausgelegt und der Kündigungswille bestimmt werden kann.³⁸ Wichtig im Zusammenhang mit der Kündigungserklärung ist das **Schriftformerfordernis**, das sich aus § 623 BGB ergibt. Soweit der Arbeitnehmer kündigt, muss dieser keinen Kündigungsgrund angeben. Der Arbeitgeber wird dagegen in bestimmten Fällen gesetzlich zur Angabe eines Grundes verpflichtet (§ 22 Abs. 3 BBiG, § 9 Abs. 3 S. 2 MuSchG).

- 43 Regelmäßig wird die Kündigung durch einen **Vertreter** des Arbeitgebers ausgesprochen. Dabei ist es wichtig, dass der Vertreter dem Arbeitnehmer eine **Vollmachtsurkunde** vorlegt. Wird dies nicht berücksichtigt und weist der Arbeitnehmer aus diesem Grund die Kündigung unverzüglich gem. § 121 Abs. 1 BGB zurück, ist die Kündigung unwirksam, § 174 S. 1 BGB.
- 44 Die Kündigung wird erst bei **Zugang** der Kündigungserklärung beim Adressaten wirksam, §§ 130 ff. BGB. Eine schriftliche Kündigung geht dem Empfänger in dem Moment zu, in welchem sie dergestalt in seinen Machtbereich gelangt, dass er sie unter normalen Umständen zur Kenntnis nehmen kann. Ob der Adressat die Kündigung tatsächlich früher oder später zur Kenntnis nimmt, ist nicht maßgeblich.³⁹

14.2.5.2 Kündigungsfrist

- 45 Die gesetzliche Regelung zu den Kündigungsfristen findet sich in § 622 BGB. Grundsätzlich kann ein Arbeitsverhältnis von beiden Seiten mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden, § 622 Abs. 1 BGB. Für die Kündigung durch den Arbeitgeber erhöhen sich die Fristen jedoch gem. § 622 Abs. 2 S. 1 BGB gestaffelt nach der Beschäftigungszeit. Soweit das Arbeitsverhältnis 20 Jahre bestanden hat, ist dabei die längste Kündigungsfrist mit sieben Monaten zum Ende eines Kalendermonats einzuhalten. In § 622 Abs. 2 S. 2 BGB wird bestimmt, dass Beschäftigungsjahre unter dem 25. Lebensjahr nicht bei der Berechnung der Kündigungsfrist berücksichtigt werden. Diese Regelung widerspricht jedoch nach der **Rechtsprechung des EuGH** dem Unionsrecht und insbesondere dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in der Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG, sodass diese Regelung nicht anzuwenden ist.⁴⁰ Auch diese Beschäftigungszeit ist somit zu berücksichtigen.

14.2.5.3 Beteiligung des Betriebsrats

- 46 Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung, die einem Arbeitnehmer gegenüber auszusprechen ist, gem. § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG zu hören. Soweit eine solche Anhörung nicht erfolgt, ist die Kündigung unwirksam, § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG.⁴¹

³⁸ ErfKomm/Müller-Glöge, § 620 BGB Rn. 18.

³⁹ MüArbR/Wank, § 96 Rn. 24.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 19.01.2010 – C-555/07, AP Nr. 14 zu Richtlinie 2000/78/EG = NZA 2010, 85.

⁴¹ Zu den Handlungsoptionen des Betriebsrats siehe: Mauer in: BeckOK ArbR, Ed. 25, § 102 BetrVG Rn. 9 ff.

14.2.5.4 Präklusionswirkung im Kündigungsschutzprozess

Der Arbeitnehmer hat die **materiell-rechtliche Ausschlussfrist des § 4 S. 1 i.V.m. § 7 KSchG** für sämtliche Unwirksamkeitsgründe, mit Ausnahme einer fehlenden Schriftform, zu beachten. Soweit ein Arbeitnehmer geltend machen möchte, dass eine Kündigung rechtsunwirksam ist, muss er innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim zuständigen Arbeitsgericht erheben. Soweit diese Frist versäumt wird, gilt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam.

Hinweis

Beachte:

Die Dreiwochenfrist des § 4 S. 1 i.V.m. § 7 KSchG gilt **unabhängig vom Anwendungsbereich des KSchG** (s.u.) und gehört somit systematisch eher zu allgemeinen Anforderungen, wie sie im BGB anzutreffen sind.

14.2.5.5 Kündigungsschutzgesetz

Im Bereich der einseitigen Beendigungstatbestände spielt der Kündigungsschutz nach den §§ 1 bis 14 KSchG eine bedeutende Rolle. Eine sozial ungerechtfertigte Kündigung ist hier- nach gem. § 1 Abs. 1 KSchG rechtsunwirksam. 48

Zunächst muss jedoch gem. §§ 1 Abs. 1, 23 KSchG der **Anwendungsbereich des KSchG** eröffnet sein. **Sachlich** erfasst das Gesetz nur die Kündigung, die vom Arbeitgeber ausgesprochen wird. Andere Beendigungstatbestände werden dabei nicht erfasst.

Der **fachliche Anwendungsbereich** wird durch § 23 KSchG bestimmt. Die §§ 1 bis 16 KSchG gelten für Betriebe und Verwaltungen des privaten und des öffentlichen Rechts. Allerdings gelten die §§ 1–14 KSchG – mit Ausnahme der §§ 4–7 KSchG und § 13 Abs. 1 S. 1, 2 KSchG – gem. § 23 Abs. 1 S. 1 KSchG nicht für Betrieb und Verwaltungen, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt werden. Außen vor bleiben bei der Berechnung jedoch die in ihrer Berufsausbildung befindlichen Beschäftigten, § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG. Ausnahmen hierzu ergeben sich aus § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG.

Der Kündigungsschutz nach dem KSchG greift jedoch erst, soweit auch der **persönliche Anwendungsbereich** des KSchG eröffnet ist. Gem. § 1 Abs. 1 KSchG werden nur Arbeitnehmer erfasst, deren Arbeitsverhältnisse in demselben Betrieb oder Unternehmen länger als sechs Monate bestanden haben. Leitende Angestellte werden gem. § 14 Abs. 2 S. 1 KSchG grundsätzlich erfasst. 49

a) Ordentliche personenbedingte Kündigung

Regelmäßig erfolgt eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine ordentliche Kündigung gem. § 620 Abs. 2 BGB. Gem. Die **in der Person liegenden Gründe** bilden dabei die erste Fallgruppe innerhalb von § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG. Der Arbeitnehmer muss aufgrund mangelnder Eignung oder seiner fehlenden Fähigkeiten und Eigenschaften 50

nicht mehr in der Lage sein, künftig seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen erfüllen zu können.⁴² Die wichtigste Fallgruppe dieses Kündigungsgrundes ist die Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit, wobei jedoch strenge Anforderungen an diese Fallgruppe zu stellen sind.⁴³

- 51 Erforderlich ist für eine sozial gerechtfertigte personenbedingte Kündigung die **negative Prognose**, dass der Arbeitnehmer in Zukunft außerstande sein wird, seine Arbeit vertragsgemäß zu leisten⁴⁴, sowie die Prüfung, dass der Arbeitnehmer auf keinem anderen freien Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann (**Ultima Ratio-Prinzip**). Dabei kann der freie Arbeitsplatz entweder gleichwertig oder geringer bewertet sein. Keinesfalls sind höherwertige freie Stellen einzubeziehen.⁴⁵

Schließlich ist bei der personenbedingten Kündigung eine **Interessenabwägung** vorzunehmen. Dabei ist das Schutzinteresse des Arbeitnehmers gegen die betrieblichen und wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers abzuwägen. Auf Seiten des Arbeitnehmers spielt dabei insbesondere die Dauer der Betriebszugehörigkeit eine entscheidende Rolle.⁴⁶

b) Ordentliche verhaltensbedingte Kündigung

- 52 Die zweite Fallgruppe von § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG stellt die Kündigung aufgrund eines Verhaltens des Arbeitnehmers dar. Maßgeblich ist innerhalb dieses Tatbestandes ein **vertragswidriges schuldhaftes Verhalten** des Arbeitnehmers, wie beispielsweise ein wiederholtes und unentschuldigtes Fehlen oder die Beleidigung des Arbeitnehmers. Entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten verletzt hat.⁴⁷ Da die Kündigung aufgrund eines Verhaltens des Arbeitnehmers nicht die vergangenen Vertragsverletzungen maßregeln, sondern den Arbeitgeber vor zukünftigem Fehlverhalten des Arbeitnehmers schützen soll, ist auch hier eine **negative Prognose** hinsichtlich weiteren Fehlverhaltens erforderlich.⁴⁸

- 53 Das **Ultima Ratio-Prinzip** ist hier auch anzuwenden und eine Kündigung demnach nur sozial gerechtfertigt, soweit keine anderen geeigneten, mildereren Mittel in Frage kommen. Die Anwendung dieses Prinzips erfordert, dass einer verhaltensbedingten Kündigung in der Regel eine **Abmahnung** vorausgehen muss.⁴⁹ Diese soll den Arbeitnehmer zum einen an seine vertraglichen Pflichten erinnern (Erinnerungsfunktion) und ihm zum anderen bei weiterem Fehlverhalten vor Konsequenzen warnen (Warnfunktion).⁵⁰

Grundsätzlich ist auch im Rahmen dieser Kündigung eine **Interessenabwägung** vorzunehmen. An diese sind jedoch keine hohen Anforderungen zu stellen, da der Arbeitneh-

42 BAG, Urt. v. 18.01.2007, AP Nr. 26 zu § 1 KSchG 1969 = NZA 2007, 680.

43 Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 131 Rn. 31 ff.

44 ErfKomm/Oetker, § 1 KSchG Rn. 78.

45 Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 131 Rn. 4.

46 BAG, Urt. v. 15.02.1984 – 2 AZR 573/82, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 = NZA 1984, 86.

47 Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 133 Rn. 3.

48 BAG, Urt. v. 12.01.2006 – 2 AZR 179/05, AP Nr. 54 zu § 1 KSchG 1969 = NZA 2006, 980.

49 Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 133 Rn. 4.

50 Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 132 Rn. 1.

mer das Fehlverhalten selbst in der Hand hat. In die Abwägung ist hier insbesondere der Grad des Verschuldens einzubeziehen.⁵¹

c) Ordentliche betriebsbedingte Kündigung

Für die betriebsbedingte Kündigung ist es erforderlich, dass dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen.⁵² Nur unter dieser Voraussetzung ist eine betriebsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG. 54

Die Besonderheit im Rahmen dieser Kündigung ist, dass der Arbeitnehmer keinen Einfluss hat auf den Kündigungsgrund, da dieser aus der Sphäre des Arbeitgebers stammt. Die betrieblichen Erfordernisse sind dabei gesetzlich nicht näher konkretisiert. Sämtliche inner- oder außerbetrieblichen Faktoren können jedoch nur als Kündigungsgrund taugen, wenn eine darauf basierende unternehmerische Entscheidung zu einem **Wegfall des Arbeitsplatzes** führte.⁵³ Es ist jedoch nicht erforderlich, dass speziell der Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers weggefallen ist. Die Auswahl des Arbeitnehmers, dessen Arbeitsverhältnis gekündigt werden soll, erfolgt vielmehr in der Sozialauswahl.⁵⁴ 55

Eine betriebsbedingte Kündigung ist daher nur einschlägig, wenn im Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung aufgrund einer betriebswirtschaftlichen **Prognose** davon auszugehen ist, dass mit Ablauf der einschlägigen Kündigungsfrist eine Weiterbeschäftigung nicht mehr möglich ist. Die Dringlichkeit der betrieblichen Erfordernisse ist dabei Ausfluss des Ultima Ratio-Prinzips. Dem Arbeitgeber darf es nicht möglich sein, die Unternehmensentscheidung anders als durch Ausspruch einer Kündigung umzusetzen. Demnach darf eine Änderungskündigung als milderes Mittel nicht in Frage kommen.⁵⁵ 56

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, nach der erfolgten Prognose im Zuge einer **Sozialauswahl** die sozialen Gesichtspunkte zu berücksichtigen und so den Arbeitnehmer zu bestimmen, der sozial am wenigsten schutzwürdig erscheint. Dabei werden zunächst auf der gleichen Ebene der Betriebshierarchie (horizontale Vergleichbarkeit) die sog. **austauschbaren Arbeitnehmer** anhand der gleichwertigen Tätigkeiten ermittelt.⁵⁶ Vor der eigentlichen Sozialauswahl werden bestimmte Arbeitnehmer aufgrund eines berechtigten betrieblichen Interesses (besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten der Arbeitnehmer) von dem Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer ausgenommen.⁵⁷ Die sodann zu treffende Sozialauswahl beschränkt sich auf die Kriterien Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten sowie Schwerbehinderung. 57

Soweit der Arbeitnehmer die Sozialauswahl angreifen will, muss der Arbeitnehmer gem. § 1 Abs. 3 S. 3 KSchG die Tatsachen beweisen, welche die Sozialauswahl als fehlerhaft er- 58

51 Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 133 Rn. 9.

52 ErfKomm/Oetker, § 1 KSchG Rn. 217.

53 Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 134 Rn. 11.

54 BAG, Urt. v. 30.05.1985 – 2 AZR 321/84, AP Nr. 24 zu § 1 KSchG 1969 = NZA 1986, 155.

55 Rolfs in: BeckOK ArbR, Ed. 25, § 1 KSchG Rn. 390 ff.

56 MünchKomm/Hergenröder, § 1 KSchG Rn. 340 f.

57 ErfKomm/Oetker, § 1 KSchG Rn. 342 ff.

scheinen lassen. Aus diesem Grund ist der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 3 S. 1, 2. Hs. KSchG verpflichtet, dem Arbeitnehmer auf Verlangen die Gründe mitzuteilen, die zu dem Ergebnis der Sozialauswahl geführt haben.⁵⁸

Hinweis

Zusammenfassung: Prüfung der ordentlichen Kündigung i.S.d. KSchG

I. Anwendbarkeit des KSchG

1. Sachlicher Anwendungsbereich
2. Betrieblicher Anwendungsbereich
3. Persönlicher Anwendungsbereich

II. Fristgemäße Erhebung einer Kündigungsschutzklage

III. Soziale Rechtfertigung der Kündigung

1. Geeigneter Kündigungsgrund, § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG
 - a. Gründe in der Person des Arbeitnehmers
 - b. Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers
 - c. Dringende betriebliche Erfordernisse
2. Prognose
3. Ultima ratio
4. Interessenabwägung

14.2.5.6 Außerordentliche Kündigung

- 59** Die außerordentliche bzw. fristlose Kündigung ist geregelt in § 626 BGB. Gem. § 626 Abs. 1 BGB ist dabei ein **wichtiger Grund** erforderlich, der gegeben ist, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer es dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung fortzusetzen.⁵⁹ Um den unbestimmten Rechtsbegriff des „wichtigen Grundes“ auszufüllen, wird in einem ersten Schritt festgestellt, welcher Grund per se geeignet ist, einen wichtigen Grund darzustellen. Dies sind insbesondere verhaltensbedingte Gründe aufgrund eines vertragswidrigen Verhaltens. Als Beispiel zu nennen wären hier Eigentums- oder Vermögensdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers, die geeignet sind, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.⁶⁰ Personen- oder betriebsbedingte Gründe sind hierzu eher selten geeignet.⁶¹
- 60** Wurde auf der ersten Stufe festgestellt, dass ein an sich geeigneter wichtiger Grund gegeben ist, um eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, bedarf es sodann einer umfassenden **Interessenabwägung**.⁶² Auch im Rahmen der außerordentlichen Kündigung ist

58 MünchKomm/Hergenröder, § 1 KSchG Rn. 398 f.

59 Stöffels in: BeckOK ArbR, Ed. 25, § 626 Rn. 44.

60 ErfKomm/Müller-Glöge, § 626 BGB Rn. 94 ff., Rn. 151.

61 Stöffels in: BeckOK ArbR, Ed. 25, § 626 Rn. 138 ff., Rn. 159 ff.

62 ErfKomm/Müller-Glöge, § 626 BGB Rn. 24.

eine **Prognose** anzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Störung aufgrund der eingetretenen Tatsachen auch künftig erheblich beeinträchtigt sein wird.⁶³ Dabei ist auch auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung abzustellen. Auch im Rahmen der außerordentlichen Kündigung ist schließlich das **Ultima Ratio-Prinzip** zu beachten und zu schauen, ob alle zulässigen, geeigneten und angemessenen Mittel ausgeschöpft wurden, die gegenüber der außerordentlichen Kündigung milder erscheinen. Die Rechtsprechung sieht hier beispielsweise die Abmahnung, aber auch die ordentliche Kündigung als mildere Mittel an.⁶⁴

Die außerordentliche Kündigung ist innerhalb einer **Frist** von zwei Wochen nach Kenntnis des Kündigungsgrundes zu erklären, § 626 Abs. 2 S. 1 BGB. Entsprechend wurde auch die Äußerungsfrist des Betriebsrats gem. § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG auf drei Tage verkürzt.

Das Kündigungsschutzgesetz lässt das Recht des Arbeitgebers zur außerordentlichen Kündigung gem. § 13 Abs. 1 KSchG unberührt. Allerdings ist hierbei ebenfalls die materiellrechtliche Präklusionsfrist gem. § 4 S. 1 KSchG zu berücksichtigen. **61**

14.2.5.7 Änderungskündigung

Eine inhaltliche Bestimmung der Änderungskündigung findet sich in § 2 S. 1 KSchG. Der Arbeitgeber kündigt das Arbeitsverhältnis und bietet dem Arbeitnehmer an, das Arbeitsverhältnis zu geänderten Bedingungen fortzusetzen. Das Ziel einer Änderungskündigung ist demnach zunächst nicht die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, sondern die **Fortführung zu geänderten Bedingungen**. **62**

Die Änderungskündigung besteht aus einer Kündigungserklärung sowie einem Angebot auf Änderung der Arbeitsbedingungen. Die Kündigung kann dabei sowohl als ordentliche als auch als außerordentliche Kündigung erklärt werden. Aber auch hinsichtlich des Schriftformerfordernisses gem. § 623 BGB, der Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 Abs. 1 BetrVG (§ 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG) sowie des Kündigungsschutzes nach dem KSchG ergeben sich keine Besonderheiten im Vergleich zur ordentlichen und außerordentlichen Kündigung. **63**

Das Änderungsangebot muss im Zusammenhang mit der Kündigungserklärung stehen und bedarf nach der Rechtsprechung des BAG ebenfalls der Schriftform.⁶⁵ Der Zusammenhang des Änderungsangebots mit der Kündigung kann dergestalt vorgenommen werden, dass eine **unbedingte Kündigung** erklärt wird, verbunden mit einem Angebot gem. §§ 145 ff. BGB. Weiterhin ist es jedoch auch möglich, die Kündigung unter der **aufschiebenden Bedingung** auszusprechen, dass der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht annimmt, § 158 Abs. 1 BGB.⁶⁶ **64**

63 Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 127 Rn. 44a.

64 BAG, Urt. v. 23.10.2008 – 2 AZR 483/07, AP Nr. 218 zu § 626 BGB = NJW 2009, 1897 (1900); BAG, Urt. v. 30.05.1978 – 2 AZR 630/76, AP Nr. 70 zu § 626 BGB = NJW 1979, 332.

65 BAG, Urt. v. 16.09.2004 – 2 AZR 628/03, AP Nr. 78 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 2005, 635.

66 ErfKomm/Oetker, § 2 KSchG Rn. 10.

- 65 Dem Arbeitnehmer stehen mehrere Optionen offen, wie er auf die Kündigung verbunden mit einem Änderungsangebot reagieren kann. Zum einen kann der Arbeitnehmer das Änderungsangebot vorbehaltlos annehmen. Es steht dem Arbeitnehmer jedoch auch offen, das Änderungsangebot abzulehnen und somit das Arbeitsverhältnis enden zu lassen. Innerhalb der Frist des § 4 S. 1 KSchG ist es dem Arbeitnehmer dann möglich, gegen die Kündigung vorzugehen. Die dritte Möglichkeit wird durch § 2 S. 1 KSchG eröffnet. Der Arbeitnehmer kann das Änderungsangebot unter Vorbehalt akzeptieren, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist. Diese Vorgehensweise hat für den Arbeitnehmer im Rahmen eines Prozesses den Vorteil, dass er jedenfalls auf seinen Arbeitsplatz zurückgreifen kann.⁶⁷

14.2.5.8 Aufhebungsvertrag

- 66 Es ist den Arbeitsvertragsparteien auch möglich, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich vertraglich zu beenden. Dies ergibt sich bereits aus dem **Grundsatz der Vertragsfreiheit**. Das KSchG steht einer solchen Vorgehensweise nicht entgegen, da es dem Arbeitnehmer gestattet sein muss, einen **Aufhebungsvertrag** zu schließen. Da ein solcher Vertrag zumindest teilweise in Druck- oder Ausnahmesituationen geschlossen wird, entstehen an dieser Stelle nicht selten Probleme im Rahmen einer Anfechtung gem. § 123 BGB.⁶⁸ Weiterhin ist an eine Inhaltskontrolle des Vertrages gem. §§ 305 ff. BGB zu denken, soweit die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Normen gegeben ist.⁶⁹

14.2.5.9 Befristung und Bedingung

- 67 Auch ohne den Ausspruch einer Kündigung besteht die Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis enden zu lassen. Dies ist den Parteien zum einen möglich, wenn eine **Befristung**, und somit ein gewiss eintretender Endtermin, vereinbart wird. Zum anderen können die Parteien ein Arbeitsverhältnis jedoch auch durch die Vereinbarung einer **Bedingung** als zukünftiges ungewisses Ereignis enden lassen.

Gem. § 620 Abs. 3 BGB gilt für Arbeitsverträge, die für eine bestimmte Zeit abgeschlossen werden, das **Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)**.

- 68 Im Rahmen des Abschlusses einer Befristung ist zunächst § 14 Abs. 4 TzBfG zu beachten. Hiernach wird für die Befristungsabrede die **Schriftform** als Wirksamkeitsvoraussetzung verlangt. Dies ist besonders erwähnenswert, da gem. § 16 TzBfG bei einer mündlichen Vereinbarung ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht.
- 69 Da ein befristetes Arbeitsverhältnis automatisch endet und der Arbeitnehmer somit eine höhere Schutzbedürftigkeit aufweist, führt das TzBfG zunächst gesetzlich zulässige Befristungsgründe auf, die keines besonderen Rechtfertigungsgrundes bedürfen. Gem. § 14 Abs. 2 TzBfG wird eine **kalendermäßige Befristung** bis zu einer Dauer von zwei Jahren gestattet. Innerhalb dieser zwei Jahre ist eine dreimalige Verlängerung einer kalendermäßigen

67 Zu den Einzelheiten siehe: MüArbR/Berkowsky, § 122 Rn. 72 ff.

68 Beispielsweise: BAG, Urt. v. 15.12.2005 – 6 AZR 197/05, AP Nr. 66 zu § 123 BGB = NZA 2006, 841 (842).

69 ErfKomm/Müller-Glöge, § 620 BGB Rn. 15.

ßigen Befristung möglich, § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG. Allerdings ist eine Befristung ausgeschlossen, soweit mit diesem Arbeitgeber bereits ein befristetes Arbeitsverhältnis bestand, § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG. Eine kalendermäßige Befristung ist ebenso gem. § 14 Abs. 2a TzBfG für **Existenzgründer** in den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens für höchstens vier Jahre möglich. Um ältere Arbeitsuchende besser in den Arbeitsmarkt zu integrieren, gestattet § 14 Abs. 3 TzBfG den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse bis zu einer Dauer von fünf Jahren mit **Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben** und mindestens vier Monate ohne Beschäftigung waren.

Neben den bereits genannten Befristungsgründen erlaubt § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG die **Befristungen aus sachlichem Grund**. Die Aufzählung der anerkannten Sachgründe in § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG ist dabei nicht abschließend und wurde durch das BAG bereits in seiner Rechtsprechung erweitert.⁷⁰

Sofern die vereinbarte Befristung unwirksam sein sollte, tritt an Stelle des befristeten ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Gem. § 16 S. 1 TzBfG kann der Vertrag frühestens zum vereinbarten Ende ordentlich gekündigt werden, sofern nicht § 15 Abs. 3 TzBfG eine ordentliche Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt zulässt. Nur sofern die Befristung ausschließlich aufgrund Formmangels unwirksam ist, ist eine Kündigung vor dem vereinbarten Ende des Arbeitsvertrages möglich, § 16 S. 2 TzBfG. 70

Hinsichtlich der **Geltendmachung der Unwirksamkeit** ist § 17 S. 1 TzBfG zu beachten. Innerhalb von **drei Wochen nach dem vereinbarten Ende** des befristeten Arbeitsvertrages muss Klage auf Feststellung erhoben werden, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung nicht beendet ist (**sog. Entfristungsklage**). Die §§ 5 bis 7 KSchG finden gem. § 17 S. 2 TzBfG entsprechende Anwendung.

Da die jeweilige Ausgestaltung des Arbeitsvertrages trotz gleichen Tatbestandes maßgeblich dazu beiträgt, ob eine Befristung oder eine **Bedingung** gegeben ist, bestimmt § 21 TzBfG, dass insbesondere die Schriftform (§ 14 Abs. 4 TzBfG) und das Erfordernis des Sachgrundes (§ 14 Abs. 1 TzBfG) auch im Falle einer auflösenden Bedingung gilt. 71

14.2.6 Betriebsübergang – gesetzlicher Arbeitgeberwechsel

Sofern ein Arbeitgeber einen Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen neuen Inhaber überträgt, stellt sich die Frage, welche Konsequenzen dieser Vorgang für die betroffenen Arbeitsverhältnisse hat. § 613a BGB als Schutzvorschrift zugunsten der Arbeitnehmer, welche Folgen sich aus einem Übergang ergeben. Hiernach soll der Arbeitnehmer mit dem Verlust seines alten Arbeitgebers nicht auch seinen Arbeitsplatz verlieren. Darüber hinaus ist es die Intention des Gesetzgebers, dass die kollektivrechtlich geregelten Arbeitsbedingungen ihre Geltung behalten.⁷¹ 72

Für den Arbeitnehmerbegriff wird auch nach Art. 2 Abs. 1 lit. d) der Richtlinie 2001/23/EG auf den deutschen Begriff abgestellt, sodass selbständige Dienstverhältnisse ebenso wie Be- 73

⁷⁰ BAG, Urt. v. 13.10.2004 – 7 AZR 218/04, AP Nr. 14 zu § 14 TzBfG = NZA 2005, 401; Einzelheiten: MünchKomm/Hesse, § 14 TzBfG Rn. 72 ff.

⁷¹ ErfKomm/Preis, § 613a BGB Rn. 2, 111 ff.

amtenverhältnisse vom Anwendungsbereich des § 613a BGB ausgenommen sind. Erfasst werden die Arbeitsverhältnisse sämtlicher Arbeitnehmer des Betriebs oder Betriebsteils und demnach auch Auszubildende und leitende Angestellte.⁷²

14.2.6.1 Voraussetzungen des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB

- 74 Der Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB setzt voraus, dass ein Betrieb oder ein Betriebsteil durch Rechtsgeschäft und bei Fortführung des Betriebes oder des Betriebsteils auf einen anderen Inhaber übergeht.

Hinweis

Tatbestandsvoraussetzungen des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB:

1. Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils
2. auf einen anderen Inhaber
3. durch Rechtsgeschäft
4. bei Fortführung des Betriebes durch den Erwerber.

a) Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils

- 75 Zunächst muss ein Betrieb oder ein Betriebsteil übergehen. Für die Bestimmung eines „Betriebs“ und eines „Betriebsteils“ ist die Richtlinie 01/23/EG heranzuziehen. Hierin wird in Art. 1 Abs. 1 lit. b) der „Übergang einer ihre Identität bewahrenden **wirtschaftlichen Einheit** im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ gefordert.

Für die Feststellung einer wirtschaftlichen Einheit müssen in einer **Gesamtschau** alle den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen bewertet werden. Dabei lassen sich sieben Kriterien hervorheben (**Sieben-Punkte-Test**), denen gemeinsam mit weiteren Kriterien im Einzelfall ein unterschiedliches Gewicht zukommen kann.⁷³

Hinweis

Sieben-Punkte-Test:

Der Sieben-Punkte-Test umfasst folgende Kriterien:

- die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs,
- der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel,
- der Wert immaterieller Aktiva,
- die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft,
- ein etwaiger Übergang der Kundschaft,
- die Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang zu verrichtenden Tätigkeiten
- sowie die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Tätigkeit.

72 BAG, Urt. v. 22.02.1978 – 5 AZR 800/76, AP Nr. 11 zu § 613a BGB; BAG, Urt. v. 13.07.2006 – 8 AZR 382/05, AP Nr. 1 zu § 613a BGB = NZA 2006, 1406; ErfKomm/Preis, § 613a Rn. 67.

73 EuGH, Urt. v. 11.03.1997 – Rs. C-13/95, Slg. 1997, I-1259 – Ayse Süzen; EuGH, Urt. v. 20.11.2003 – Rs. C-340/01, Slg. 2003, I-14023 – Abler/Sodexho.

Für die Gewichtung und Abwägung der einzelnen Kriterien lassen sich zwei große Fallgruppen unterscheiden. Zum einen sind dies die **Tätigkeiten, bei denen die menschliche Arbeitskraft der entscheidende Betriebsfaktor** ist. Hier stellt die Übernahme der Hauptbelegschaft ein starkes Indiz für einen Betriebs- oder Betriebsteilübergang dar. Im Facility-Management wird es sich dabei häufig um das Reinigungspersonal handeln. Die bloße Übernahme der Reinigungsutensilien löst demnach in den meisten Fällen keinen Betriebs- oder Betriebsteilübergang aus. Ein solcher Übergang ist ebenso ausgeschlossen, soweit lediglich ein Auftrag durch einen anderen Auftragnehmer ausgeführt wird (**Funktionsnachfolge**). Damit ist das klassische **Outsourcing** somit kein Betriebsübergang, wenn der neue Auftragnehmer weder die Betriebsmittel noch die Hauptbelegschaft übernimmt.⁷⁴

76

Hinweis

Beachte:

Wird lediglich der Auftrag, für ein bestimmtes Gebäude die Reinigung zu übernehmen, von einem anderen Auftragnehmer fortgeführt, liegt kein Betriebsübergang vor.

Auf der anderen Seite stehen dagegen die **Tätigkeiten, die verstärkt durch sächliche Arbeitsmittel geprägt** werden. Hier kann ein Betriebsübergang alleine durch den Übergang der Betriebsmittel ausgelöst werden, ohne dass es auf den Übergang der Belegschaft ankommt. Der EuGH nimmt beispielsweise im Falle einer Krankenhausverpflegung durch einen Auftragnehmer einen Betriebsübergang an, soweit sämtliches Groß- und Kleininventar zum Kochen samt den Räumlichkeiten auf einen neuen Auftragnehmer übergeht.⁷⁵

Für den Übergang von Betriebsteilen gelten im Wesentlichen die gleichen Kriterien wie beim Übergang von Betrieben. Betriebsteile sind Teileinheiten des Betriebs. Es muss sich um eine Untergliederung handeln, die innerhalb des Gesamtzwecks des Betriebes einen Teilzweck verfolgt. Für den erfolgreichen Übergang des Betriebsteils nach § 613a BGB ist erforderlich, dass der Betriebsteil auch im Betrieb des Veräußerers bereits organisatorisch selbstständig gewesen ist.⁷⁶

b) Wechsel des Betriebsinhabers

Der Betriebsübergang erfordert zudem einen Wechsel des Betriebsinhabers. Als ehemaliger sowie neuer Betriebsinhaber kommt sowohl eine natürliche Person oder eine Personengesellschaft, aber auch eine juristische Person in Betracht. Maßgeblich für die Annahme eines Betriebsübergangs ist hier der **Wechsel der Rechtspersönlichkeit** des Betriebsinhabers.⁷⁷ Eine bloße Änderung der Gesellschafterstruktur ist demnach un-

77

74 BAG, Urt. v. 17.12.2009 – 8 AZR 1019/08, AP Nr. 383 zu § 613a BGB = NZA 2010, 499.

75 EuGH, Urt. v. 20.11.2003 – Rs. C-340/01, Slg. 2003, I-14023 – Abler/Sodexo.

76 BAG, Urt. v. 06.04.2006 – 8 AZR 249/04, AP Nr. 303 zu § 613a BGB = NZA 2006, 1039.

77 BAG, Urt. v. 03.05.1983 – 3 AZR 1263/79, AP Nr. 4 zu § 128 HGB; ErfKomm/Preis, § 613a Rn. 43.

schädlich. Das Tatbestandsmerkmal dient ebenfalls dazu, den Betriebsübergang von der **Betriebsstillegung** abzugrenzen, da sich beide Sachverhalte gegenseitig ausschließen. Das BAG geht davon aus, dass eine Betriebsstillegung umso wahrscheinlicher wird, je länger eine Betriebsunterbrechung dauert.⁷⁸

c) Rechtsgeschäftlicher Übergang

- 78 Voraussetzung für einen wirksamen Betriebsübergang ist der rechtsgeschäftliche Erwerb des Betriebes oder Betriebsteils. Der Übertragungsakt muss folglich auf eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zurückzuführen sein. Allerdings dient das Merkmal nur dazu, Fälle eines Überganges **durch Gesetz oder Hoheitsakt** sowie der **Gesamtrechtsnachfolge** aus dem Tatbestand des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB auszuschließen. Für die Umwandlung von Rechtsträgern nach dem **Umwandlungsgesetz** enthält § 324 UmwG eine Verweisung auf § 613a Abs. 1, Abs. 4 bis 6 BGB.

Das Merkmal setzt keine unmittelbare rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen dem früheren und dem neuen Betriebsinhaber voraus. Es genügt vielmehr, wenn der neue Betriebsinhaber die Befugnis zur Betriebsführung von einem Dritten durch Rechtsgeschäft ableitet.⁷⁹ Die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führt dabei nicht zum Ausschluss der Rechtsfolgen des § 613a BGB.⁸⁰

d) Fortführung des Betriebes durch den Erwerber

- 79 Nach der früheren Rechtsprechung des BAG reichte die Fortführungsmöglichkeit im Einvernehmen mit dem Veräußerer aus, um einen Betriebsinhaberwechsel anzunehmen.⁸¹ Seitdem das BAG den Vorgaben des EuGH folgt, ist es jedoch erforderlich, dass der Betrieb oder Betriebsteil tatsächlich durch den neuen Betriebsinhaber im eigenen Namen fortgeführt wird.⁸² Nach neuerer Rechtsprechung ist auch die vertragliche Verpflichtung zur Fortführung des Betriebs oder Betriebsteils nicht ausreichend, was aber umstritten ist.⁸³ Die Eigentumsverhältnisse sind dabei nicht entscheidend. Eine Weiterführung im Sinne des § 613a BGB liegt auch dann vor, wenn der Erwerber den Betrieb oder Betriebsteil lediglich mietet oder pachtet.⁸⁴

14.2.6.2 Widerspruch des Arbeitnehmers

- 80 Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, das Arbeitsverhältnis mit dem neuen Betriebsinhaber fortzusetzen. Er kann nach § 613a Abs. 6 BGB dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung gem. § 613a Abs. 5 BGB

78 BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 282/97, AP Nr. 186 zu § 613a BGB = NZA 1999, 310.

79 BAG, Urt. v. 29.09.1988 – 2 AZR 107/88, AP Nr. 76 zu § 613a BGB = NZA 1989, 799 (780).

80 BAG, Urt. v. 06.02.1985 – 5 AZR 411/83, AP Nr. 44 zu § 613a BGB = NZA 1985, 735.

81 BAG, Urt. v. 27.04.1995 – 8 AZR 197/94, AP Nr. 128 zu § 613a BGB = NZA 1995, 1155.

82 BAG, Urt. v. 18.03.1999 – 8 AZR 196/98, AP Nr. 190 zu § 613a BGB = NZA 1999, 869; MünchKomm/Müller-Glöge, § 613a BGB Rn. 57 f. m.w.N.

83 BAG, Urt. v. 21.02.2008 – 8 AZR 77/07, AP Nr. 343 zu § 613a BGB = NZA 2008, 825; a. A ErfKomm/Preis, § 613a BGB Rn. 51; MünchKomm/Müller-Glöge, § 613a Rn. 58.

84 ErfKomm/Preis, § 613a BGB Rn. 53.

schriftlich widersprechen. Die Widerspruchsfrist beginnt nicht zu laufen, wenn die Unterrichtung des Arbeitnehmers unterblieben ist oder unvollständig erfolgte.⁸⁵

Die **Unterrichtung** des Arbeitnehmers durch den bisherigen oder den neuen Betriebsinhaber nach § 613a Abs. 5 BGB muss demnach vollständig sein, um die Frist in Gang zu setzen. Zunächst ist gem. § 613a Abs. 5 **Nr. 1** BGB erforderlich, dass der Zeitpunkt und der Grund des Übergangs anzugeben ist. Darüber hinaus ist in diesem Kontext über die Identität des Betriebserwerbers so zu unterrichten, dass die Adressaten in die Lage versetzt werden, Erkundigungen über den Betriebserwerber einzuholen. Notwendige Informationen sind bei Gesellschaften die Firma, die Angabe eines Firmensitzes und die Angabe einer Geschäftsadresse, an die ein Widerspruch gerichtet werden kann.⁸⁶ Gem. § 613a Abs. 5 **Nr. 2** BGB müssen zumindest die unternehmerischen Gründe schlagwortartig mitgeteilt werden, die sich beim Betriebserwerber oder beim Betriebsveräußerer auf den Arbeitsplatz auswirken können. Von Gesetzes wegen soll in erster Linie die schuldrechtliche Vereinbarung angegeben werden, die zwischen dem Betriebserwerber und dem Betriebsveräußerer geschlossen wurde.⁸⁷ Die Information über die rechtlichen Folgen gem. § 613a Abs. 5 **Nr. 3** BGB beinhaltet in erster Linie die sich unmittelbar aus dem Betriebsübergang ergebenden Rechtsfolgen. Dies erfordert nach dem BAG zunächst einen Hinweis auf den Eintritt des Übernehmers in die Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis. Dabei ist auch auf die Anwendbarkeit tariflicher Normen sowie auf die Frage einzugehen, inwieweit beim Veräußerer geltende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durch beim Erwerber geltende Tarifverträge abgelöst werden. Schließlich ist über die Gesamtschuldnerschaft des Übernehmers und des Veräußerers und grundsätzlich auf die kündigungsrechtliche Situation hinzuweisen.⁸⁸ Gem. § 613a Abs. 5 **Nr. 4** BGB ist ebenso über die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen zu unterrichten. Dazu gehören zum Beispiel Weiterbildungsmaßnahmen im Zusammenhang mit der betrieblichen Umstellung, aber auch der Abschluss eines Interessenausgleichs oder eines Sozialplans.⁸⁹ Sofern keine Maßnahmen geplant werden, ist eine Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 Nr. 4 BGB nicht erforderlich.

81

Hinweis

Unterrichtung gem. § 613a Abs. 5 BGB:

Eine vollständige Unterrichtung gem. § 613a Abs. 5 BGB muss folgende Punkte aufzeigen:

1. der Zeitpunkt oder geplante Zeitpunkt des Übergangs,
2. der Grund für den Übergang,
3. die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer sowie
4. die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen.

85 BAG, Urt. v. 13.07.2006 – 8 AZR 382/05, AP Nr. 3 zu § 613a BGB = NZA 2006, 1406 (1409).

86 BAG, Urt. v. 23.07.2009 – 8 AZR 538/08, AP Nr. 10 zu § 613a BGB = NZA 2010, 89.

87 BAG, Urt. v. 23.07.2009 – 8 AZR 538/08, AP Nr. 10 zu § 613a BGB = NZA 2010, 89.

88 BAG, Urt. v. 23.07.2009 – AP Nr. 10 zu § 613a BGB = NZA 2010, 89.

89 BAG, Urt. v. 13.07.2006 – 8 AZR 303/05, AP Nr. 311 zu § 613a BGB = NZA 2006, 1273.

- 83 Der form- und fristgerechte Widerspruch des Arbeitnehmers führt dazu, dass sein Arbeitsverhältnis mit dem veräußernden Arbeitgeber bestehen bleibt.⁹⁰ Trotz § 613a Abs. 4 S. 1 BGB bleibt es dem bisherigen Arbeitgeber jedoch unbenommen, dem widersprechenden Arbeitnehmer eine betriebsbedingte Kündigung wegen des Wegfalls des Arbeitsplatzes auszusprechen. Für den Arbeitnehmer ist ein solcher Widerspruch sinnvoll, soweit eine **Weiterbeschäftigung** auf einem anderen freien Arbeitsplatz im Unternehmen des Veräußerers in Betracht kommt. Umstritten ist jedoch, ob der widersprechende Arbeitnehmer bei einem solchen Betriebsteilübergang in eine **Sozialauswahl** einzubeziehen ist. Die Folge wäre, dass dieser Arbeitnehmer damit andere verdrängen könnte, die von dem Betriebsteilübergang ansonsten nicht betroffen wären.⁹¹

14.2.6.3 Rechtsfolgen des Betriebsübergangs

- 84 Der Betriebs- oder Betriebsteilübergang hat sowohl individualrechtliche als auch kollektivrechtliche Folgen. Zunächst tritt der neue Betriebsinhaber gem. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB durch **Vertragsübergang kraft Gesetzes** in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen ein, die im Zeitpunkt des Übergangs bei dem übergegangenen Betrieb oder Betriebsteil bestanden. **Es handelt sich somit hier um einen gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses auch einen neuen Arbeitgeber.** Dies ist jedoch nicht der Fall, soweit der Arbeitnehmer dem Übergang widersprochen hat (§ 613a Abs. 6 BGB).

Weiterhin hat der Übergang jedoch auch kollektivrechtliche Folgen, die in § 613a Abs. 1 S. 2 bis 4 BGB geregelt werden. Grundsätzlich gelten die Rechte und Pflichten aus **Rechtsnormen in Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen** zwischen dem neuen Betriebsinhaber und den Arbeitnehmern individualrechtlich weiter. Vor Ablauf eines Jahres nach dem Betriebsübergang dürfen diese Rechte und Pflichten dabei nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer geändert werden.

- 85 Grundsätzlich haftet der bisherige Arbeitgeber für die bis zum Betriebsübergang entstandenen Verpflichtungen, die vor Ablauf eines Jahres nach dem Betriebsübergang fällig werden, neben dem neuen Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern als **Gesamtschuldner** (§ 613a Abs. 2 und 3 BGB). Der bisherige Arbeitgeber haftet jedoch nicht für solche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, die erst nach Betriebsübergang entstehen.

Hinweis

Beachte:

§ 613a BGB regelt nur die Haftung des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern (**Außenhaftung**). Wer im Innenverhältnis zwischen dem bisherigen und dem neuen Arbeitgeber welchen Teilbetrag trägt, kann hiervon abweichend im Übernahmevertrag geregelt werden.

⁹⁰ ErfKomm/Preis, § 613a BGB Rn. 106.

⁹¹ Eine Sozialauswahl bejaht: BAG, Urt. v. 18.03.1999 – 8 AZR 190/98, AP Nr. 41 zu § 1 KSchG 1969 = NZA 1999, 870; BAG, Urt. v. 24.02.2000 – 8 AZR 167/99, AP Nr. 47 zu § 1 KSchG 1969 = NZA 2000, 764.

Schließlich regelt § 613a Abs. 4 S. 1 BGB, dass eine **Kündigung des Arbeitsverhältnisses** 86 unwirksam ist, wenn sie aufgrund des Betriebsübergangs ausgesprochen wird. Die Vorschrift enthält hiernach ein **eigenständiges Kündigungsverbot i.S.d. § 13 Abs. 3 KSchG**.

Hinweis

Zusammenfassung: Prüfung des Betriebsübergangs

I. Voraussetzungen des Betriebsübergangs

1. Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils
 - a. Betrieb oder Betriebsteil
 - b. Übergang
2. Übergang auf einen anderen Inhaber
3. Übergang durch Rechtsgeschäft
4. Fortführung des Betriebs oder Betriebsteils

II. (Kein) Widerspruch des Arbeitnehmers (§ 613a Abs. 5, 6 BGB)

III. Rechtsfolgen des Betriebsübergangs

14.3 Kollektives Arbeitsrecht

Die systemimmanente Unterlegenheit des Arbeitnehmers im Verhältnis zum Arbeitgeber 86 hat bereits in der Zeit der Industrialisierung dazu geführt, dass sich Arbeitnehmer zu Gewerkschaften zusammenschlossen, um mit dem Arbeitgeber oder mit Arbeitgeberverbänden Tarifverträge abzuschließen. Sämtliche Rechtsbeziehungen, die sich hieraus ergeben, unterfallen dem sog. kollektiven Arbeitsrecht.

14.3.1 Koalitionsfreiheit und Verbände

Die Koalitionsfreiheit wird von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG nur als das Recht für jedermann 87 und für alle Berufe beschrieben, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen bilden zu können. Die dahinterstehende Intention des Gesetzgebers und das Schutzkonzept basieren insbesondere auf den **Erfahrungen des Nationalsozialismus**. Zu dieser Zeit wurde die Bildung von Gewerkschaften als Kampf-ansage gegen das vorherrschende Regime verstanden. Folglich wurden Gewerkschaften in dieser Zeit verboten und deren Mitglieder verfolgt. Nach der Zeit des Nationalsozialismus bestand kein Zweifel daran, dass der demokratische Rechtsstaat das **gesamte kollektive Ausgleichsverfahren** gewährleisten muss.⁹²

⁹² ErfKomm/Linsenmaier, Art. 9 GG Rn. 15 ff.

14.3.1.1 Koalition

- 88 Der Begriff der Koalition muss unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung der Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG bestimmt werden.

Hinweis

Für die Anerkennung als Koalition entwickelte die Rechtsprechung folgende Kriterien:

- Eine freiwillige privatrechtliche Vereinigung,
- die ihren Willen demokratisch bildet,
- von Gegnern ebenso frei und unabhängig ist
- wie von Dritten, und
- dabei den besonderen Koalitionszweck i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG verfolgt.

Zunächst ist eine **freiwillige privatrechtliche Vereinigung** erforderlich. Darunter wird zunächst verstanden, dass ein Zusammenschluss freiwillig erfolgen muss und dabei auf eine gewisse Dauer angelegt ist.⁹³ Weiterhin muss der Bestand der Koalition vom Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig sein. Schließlich ist erforderlich, dass der Wille nicht nur einstimmig, sondern auch durch Mehrheitsbeschlüsse möglich sein muss und dass die Handlungen der Koalition mithilfe von Organen erfolgen, deren Stellung sich aufgrund einer Wahl durch die Mitglieder ergeben.⁹⁴

Die Koalition muss zwingend **demokratisch organisiert** sein. Der Grund für dieses Erfordernis ist die Tatsache, dass die Tarifbestimmungen für die Mitglieder unmittelbar und zwingend gelten, sodass diese in ihrer Berufsfreiheit beschränkt werden.⁹⁵

- 89 Nach der Rechtsprechung müssen Koalitionen **gegnerfrei und -unabhängig** sein. Dabei schließt jedoch nicht jede Beeinträchtigung der Unabhängigkeit die Koalitionseigenschaft aus. An einer dafür konstitutiven Voraussetzung fehlt es vielmehr erst dann, wenn die Vereinigung strukturell vom sozialen Gegenspieler abhängig ist.⁹⁶ Damit die Koalition die Interessen der Mitglieder effektiv wahrnehmen kann, muss diese jedoch nicht nur vom Gegner, sondern auch **von Dritten unabhängig** sein. Dritte „gesellschaftliche“ Mächte, also vor allem Staat, Kirche oder politische Parteien, soll es so verwehrt bleiben, auf Zielfindung und Zieldurchsetzung der Koalitionen Einfluss zu nehmen.⁹⁷
- 90 Damit die Vereinigung letztlich nach dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG eine Koalition darstellt, muss sie sich noch den **Koalitionszweck** gesetzt haben, die **Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen** zu wahren und zu fördern. Nach der gängigen Formel der herrschenden Lehre ist damit die Gesamtheit der Bedingungen, unter denen abhän-

93 ErfKomm/Linsenmaier, Art. 9 GG Rn. 22.

94 Schaub/Koch, ArbR-Hdb., § 189 Rn. 16 f.

95 Löwisch/Rieble, TVG, § 2 Rn. 91.

96 BAG, Beschl. v. 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, AP Nr. 1 zu § 2 TVG = NZA 2005, 697 (700).

97 BVerfG, Urt. v. 01.03.1979 – 1 BvR 533/77, BVerfGE 50, 290 (367 f.) = NJW 1979, 699 (708 f.); Löwisch/Rieble, TVG, § 2 Rn. 83 m.w.N.

gige Arbeit geleistet und eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens ermöglicht wird, gemeint.⁹⁸

14.3.1.2 Koalitionsfreiheit

Die Koalitionsfreiheit wird in Art. 9 Abs. 3 GG umfassend geschützt. Zunächst schützt 91 das Grundrecht nicht nur vor Eingriffen des Staates, sondern entfaltet auch als einzige Grundrechtsnorm eine **unmittelbare Drittwirkung**, sodass koalitionsfreiheitsbeschränkende Abreden zu Lasten des Einzelnen wie auch der Koalitionen verboten sind. Als **Individualgrundrecht** gewährleistet die Koalitionsfreiheit zunächst das Recht des Einzelnen, eine Koalition zu gründen, ihr beizutreten, in ihr zu verbleiben oder auch einer solcher fernzubleiben.⁹⁹ Da das Grundrecht jedoch als **Doppelgrundrecht** ausgestaltet ist, wird auch der Schutz der Koalition, also deren Bestand, organisatorische Ausgestaltung und spezifische Betätigung umfasst. Man spricht in diesem Zusammenhang dann vom **Kollektivgrundrecht**.¹⁰⁰

14.3.1.3 Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände

Unter den Begriff Koalition fallen sowohl die Gewerkschaften als auch die Arbeitgeberverbände. Historisch entstanden die **Gewerkschaften** nach dem **Berufsverbandsprinzip**. Es organisierten sich demnach alle Mitglieder einer Berufsgruppe, unabhängig davon, in welchem Wirtschaftszweig die Mitglieder beschäftigt waren. Doch zunehmend entstanden auch Gewerkschaften nach dem **Industrieverbandsprinzip**. Hiernach sind alle Unternehmen des jeweiligen Wirtschaftszweiges, unabhängig von der jeweiligen Tätigkeit des Arbeitnehmers, einbezogen in die Vereinigung. Es gilt der Grundsatz „**ein Betrieb – eine Gewerkschaft**“.¹⁰¹ Die vorherrschende Rechtsform ist bei beiden Organisationsprinzipien aus historischen Gründen die des nichtrechtsfähigen Vereins. Die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft richtet sich demnach ebenfalls nach dem Vereinsrecht sowie der Satzung der Gewerkschaft.

Die **Arbeitgeberverbände** entstanden erst nach den ersten gewerkschaftlichen Zusammenschlüssen der Arbeitnehmer. Hinsichtlich der Struktur innerhalb der Verbände ist zwischen der **Regional-, der Landes- sowie der Bundesebene** zu unterscheiden. Sämtliche Arbeitgeberverbände sind dabei unter der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V. (BDA) organisiert. 93

14.3.2 Grundzüge des Tarifvertragsrechts

Das Tarifvertragsgesetz (TVG) ist die einschlägige und abschließende Regelungsmaterie 94 für die Bestimmung der Tarifmacht. Ein Tarifvertrag zielt in erster Linie darauf, Arbeits-

98 ErfKomm/Linsenmaier, Art. 9 GG Rn. 23.

99 ErfKomm/Linsenmaier, Art. 9 GG Rn. 30 ff.

100 BVerfG, Beschl. v. 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, AP Nr. 80 zu Art. 9 GG = NJW 1996, 1201.

101 ErfKomm/Franzen, § 2 TVG Rn. 34 ff.

bedingungen festzuschreiben, die nicht unterschritten werden können (§ 4 Abs. 3 TVG). Seine vorrangige Funktion ist damit die **Schutzfunktion** zugunsten der Arbeitnehmer.

Hinweis

Beachte:

Im Bereich des Facility Managements können dabei etwa die Vorgaben zu (Mindest-)Löhnen im Bereich der Gebäudereinigung, der Sicherheitsdienste oder der Wäschereidienstleistungen Bedeutung erlangen.

Mit der Schutzfunktion einher geht die **Befriedungsfunktion**, da es den Tarifparteien während der Laufzeit eines Tarifvertrages nicht gestattet ist, Arbeitskämpfe mit dem Ziel der Änderung des Tarifvertrages zu führen.

14.3.2.1 Parteien und Inhalt des Tarifvertrags

- 95 Der Tarifvertrag wird zwischen den Tarifparteien als privatrechtlicher Vertrag gem. §§ 145 ff. BGB geschlossen. Allerdings beschränkt § 2 Abs. 1 TVG mit der sog. **Tariffähigkeit** die Parteien des Vertrages, da ein solcher nur zwischen einem Arbeitgeber oder einem Arbeitgeberverband auf der einen Seite und einer Gewerkschaft auf der anderen Seite geschlossen werden darf. Weiterhin müssen die Parteien auch **tarifzuständig** sein, was sich aus dem in der Satzung festgelegten Geschäftsbereich der Partei ergibt.
- 96 Einschränkungen hinsichtlich des Inhaltes eines Tarifvertrages ergeben sich aus § 1 Abs. 1 TVG. Der **schuldrechtliche Teil** gem. § 1 Abs. 1, 1.Hs. TVG regelt lediglich die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien. Ein **normativer Teil** dagegen enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsbedingungen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen reglementieren können, § 1 Abs. 1, 2. Hs. TVG.

14.3.2.2 Wirkung der Tarifnormen

- 97 Rechtsnormen eines Tarifvertrages wirken gem. § 4 Abs. 1 und 2 TVG **unmittelbar und zwingend** auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse ein. Zu unterscheiden sind diese Normen auch in ihrer Wirkung von den Regelungen im schuldrechtlichen Teil (s.o.), da aus diesen Vereinbarungen lediglich die Tarifparteien verpflichtet werden. Weiterhin ist in § 4 Abs. 3 TVG das **Günstigkeitsprinzip** geregelt. Hiernach haben günstigere Vereinbarungen für den Arbeitnehmer Vorrang vor einem Tarifvertrag. § 4 Abs. 3 TVG wirkt damit wie eine gesetzliche Tariföffnung. Dabei wird die zwingende Wirkung des Tarifvertrages partiell aufgehoben und in eine halbseitig zwingende umgewandelt. Die zwingende Wirkung greift demnach nur noch, soweit dies für den Schutz des Arbeitnehmers erforderlich ist.¹⁰² Die unmittelbare und zwingende Wirkung, setzt jedoch eine Bindung des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers an den Tarifvertrag voraus (vgl. unten 3.).

¹⁰² ErfKomm/Franzen, § 4 TVG Rn. 31.

Soweit tarifliche Rechte einmal entstanden sind, gewährt § 4 Abs. 4 TVG dem Arbeitnehmer **Schutz vor dem Verlust der Rechte**. Somit ist es durch Verzicht (§ 4 Abs. 4 Satz 1 TVG), Verwirkung (§ 4 Abs. 4 Satz 2 TVG) oder Ausschlussfristen für die Geltendmachung tariflicher Rechte (§ 4 Abs. 4 Satz 3 TVG) nicht möglich, den Arbeitnehmer in seinen Rechten zu beschneiden. Die vom Gesetzgeber in § 4 Abs. 5 TVG vorgesehene **Nachwirkung** des Tarifvertrages vervollständigt schließlich den Schutz für den Arbeitnehmer, indem die Norm die Fortgeltung des Tarifvertrages bestimmt, bis dieser durch eine andere Abmachung ersetzt wird. Auf diesem Wege soll dem Arbeitnehmer sein „individueller Besitzstandsschutz“ gesichert werden.¹⁰³ 98

14.3.2.3 Bindung an den Tarifvertrag

Die vorgenannten Wirkungen eines Tarifvertrages können nur eintreten, sofern eine Tarifgebundenheit gem. § 3 Abs. 1 TVG besteht. Zunächst sind die Mitglieder der Tarifvertragsparteien, also der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände (**Verbandstarifvertrag**), tarifgebunden. Weiterhin kommen hier noch die Arbeitgeber in Frage, die selbst Partei eines Tarifvertrages sind (**Firmentarifvertrag**). Ein solcher Vertrag ist bei größeren FM-Unternehmen keine Seltenheit mehr. In jedem Fall ist hierbei die **beiderseitige Tarifgebundenheit** erforderlich. Ein Arbeitnehmer ist tarifgebunden, wenn er Mitglied der Gewerkschaft, welche Partei des Tarifvertrags ist, ist. 99

Gem. § 3 Abs. 2 TVG wird die Tarifgebundenheit erweitert auf Betriebsnormen und betriebsverfassungsrechtliche Normen. In diesem Fall ist jedoch die **Tarifgebundenheit des Arbeitgebers** ausreichend. Aufgrund der Notwendigkeit der betriebseinheitlichen Geltung der Normen werden so auch nichtorganisierte Arbeitnehmer sowie Mitglieder einer Minderheitsgewerkschaft der fremden Tarifmacht den Betriebsnormen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen unterworfen. 100

Nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer werden schließlich gem. § 5 Abs. 4 TVG von einem Tarifvertrag erfasst, sofern der Vertrag gem. § 5 Abs. 1 TVG durch Rechtsverordnung auf Bundesebene oder Landesebene für **allgemeinverbindlich erklärt** wurde. Allgemeinverbindliche Tarifverträge wirken normativ für die Branche wie Gesetze, ohne dass es auf eine Tarifbindung der Arbeitsvertragsparteien ankommt. 101

Hinweis

Beachte:

Betreffend des Bereichs des Facility Managements sind nach den o.g. Vorschriften folgende Tarifverträge **bundesweit für allgemeinverbindlich** erklärt worden:

Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Beschäftigten in der Gebäudereinigung
Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne für gewerbliche Arbeitnehmer in der Gebäudereinigung im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV Mindestlohn)

¹⁰³ Löwisch/Rieble, TVG, § 4 Rn. 660.

Achtung:

Die Rechtsverordnung zur Allgemeinverbindlichkeitserklärung des TV Mindestlohn ist jedoch zum 31.12.2017 ausgelaufen, so dass derzeit (Stand 12.01.2018) dieser Tarifvertrag und somit die dort geregelten Mindestlöhne nicht allgemeinverbindlich gelten. Hier kommt es darauf an, ob die neu zu bildende Bundesregierung eine erneute Allgemeinverbindlichkeit des TV-Mindestlohn beschließt.

Betreffend des Bereichs des Facility Managements sind nach den o.g. Vorschriften auch folgende Tarifverträge **in den verschiedenen Bundesländern für allgemeinverbindlich** erklärt worden:

- Sicherheitsdienstleistungen, Hamburg - Lohn-TV einschließlich Ausbildungsvergütung sowie Protokollnotizen 1 und 2 vom 11.2.2015, mit Ausnahmen av ab 1.1.2015 (BANz AT 16.09.2015 B9; Berichtigung: BANz AT 25.09.2015 B8)
- Sicherheitsdienstleistungen, Bremen - Lohn-TV vom 25.01.2016 einschließlich eines Teils der Protokollnotiz 2, av ab 1.1.2016 (BANz AT 21.07.2016 B8) –
- Sicherheitsdienstleistungen, Hessen - Entgelt-TV einschließlich Ausbildungsvergütung vom 17.12.2015, mit Ausnahmen av ab 1.1.2016, jedoch die § 2 aufgeführte Lohngruppe II Nr. 4, § 2 Lohngruppe III Nr. 4 und § 4 Nr. 7 mit Wirkung vom 5.7.2016 (BANz AT 04.10.2016 B7)
- Sicherheitsdienstleistungen, Schleswig-Holstein - Mantel-TV vom 29.1.2014, mit Einschränkungen av ab 8.7.2014 - TV für Arbeitnehmer in kerntechnischen Anlagen vom 11.5.2015 einschließlich Protokollnotiz AÜG, mit Ausnahmen av ab 14.3.2016 (BANz AT 19.04.2016 B7) - Lohn-TV einschließlich Protokollnotizen 1 und 2 vom 14.1.2016, mit Einschränkungen av ab 14.7.2016 (BANz AT 09.08.2016 B7)
- Sicherheitsdienstleistungen, Nordrhein-Westfalen - Lohn-TV vom 5.2.2015, mit Ausnahmen av ab 1.1.2015 (BANz AT 14.07.2015 B9) - TV zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall vom 13.11.1997, av ab 18.2.1998 Sicherheitsdienstleistungen,
- Baden-Württemberg - Mantelergänzungs-TV (gewerbliche Arbeitnehmer) vom 9.2.2006, av ab 1.4.2006 - Lohn-TV einschließlich Ausbildungsvergütungen vom 13.2.2015, mit Ausnahmen und Einschränkungen av ab 1.8.2015 (BANz AT 10.02.2016 B14)
- Sicherheitsdienstleistungen, Niedersachsen - Lohn-TV Kerntechnische Anlagen vom 23.8.2016, mit Ausnahmen av ab 1.10.2016 (BANz AT 08.03.2017 B5) - Sparten- (Lohn-) TV in militärischen Liegenschaften vom 24.9.2015, mit Ausnahmen av ab 24.2.2016 (BANz AT 15.06.2016 B9)
- Sicherheitsdienstleistungen, Rheinland-Pfalz und Saarland - Tarifvertrag einschließlich Ausbildungsvergütung vom 3.12.2015, für Saarland mit Ausnahmen av ab 1.1.2016, jedoch § 4 Abschnitt II Nr. 4 erst av ab 1.7.2016 (BANz AT 12.08.2016 B6) für Rheinland-Pfalz § 4 Abschnitt I, Abschnitt II Nr. 1 - 3, Abschnitt III, Abschnitt V und § 5 av ab 1.4.2016, jedoch § 4 Abschnitt II Nr. 4 av ab 1.7.2016 sowie weiteren Ausnahmen (BANz AT 05.09.2016 B8)
- Sicherheitsdienstleistungen, Bayern - Mantel-TV mit Protokollnotiz vom 1.8.2006, av ab 1.8.2006 - Protokollnotiz vom 1.8.2006 zum M-TV Nr. 10 und L-TV Nr. 28, av ab 1.8.2006 - Lohn-TV Nr. 33 vom 9.3.2016, mit Ausnahmen av ab 1.1.2016, jedoch § 6 Nr. 8 av ab 1.6.2016 (BANz AT 02.08.2016 B9; Berichtigung: BANz AT 17.08.2016 B6)
- Sicherheitsdienstleistungen, Sachsen - Lohn-TV mit Ausbildungsvergütung einschließlich Anhang 2 (kerntechnische Anlagen) vom 30.9.2013, av ab 1.1.2014
- Sicherheitsdienstleistungen, Sachsen-Anhalt - Entgelt-TV einschließlich der Anhänge Militärische Anlagen und Liegenschaften sowie Auszubildende und Berufsbildung vom 10.3.2014, mit Ausnahmen, av ab 1.1.2014.
- Sicherheitsdienstleistungen, Berlin und Brandenburg - Entgelt-TV einschließlich der Anhänge Militärische Anlagen und Liegenschaften, Kerntechnische Anlagen, Amerikanische

Botschaften und Konsulate sowie Auszubildende und Berufsausbildung vom 10.3.2014, av ab 1.1.2014, jedoch der Anhang Justizdienstleistungen, av ab 27.6.2014

- Sicherheitsdienstleistungen, Mecklenburg-Vorpommern - Entgelt-TV einschließlich der Anhänge Militärische Anlagen und Liegenschaften, Feuerwehr, Auszubildende und Berufsausbildung vom 10.3.2014, mit Ausnahmen av ab 1.10.2014 (BAnz AT 26.09.2014 B8)
- Sicherheitskräfte an Verkehrsflughäfen, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland - Entgelt-TV vom 2.2.2016, für Hessen mit Ausnahmen av ab 21.7.2016 (BAnz AT 04.10.2016 B8); für Rheinland-Pfalz mit Ausnahmen av ab 1.6.2016, jedoch § 3 Buchstabe A Rheinland-Pfalz/Saarland Entgeltgruppe I und II a mit Wirkung vom 3.8.2016 (BAnz AT 06.10.2016 B6)
- Sicherheitskräfte an Verkehrsflughäfen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen - Entgelt-TV vom 13.1.2016, mit Ausnahmen av ab 14.7.2016 für Sachsen (BAnz AT 04.11.2016 B6)
- Sicherheitskräfte an Verkehrsflughäfen, Bremen - Entgelt-TV vom 21.12.2015, mit Einschränkungen av ab 10.8.2016 (BAnz AT 10.11.2016 B4)

Quelle: Bundesministerium für Arbeit und Soziales Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge Stand: 1. April 2017

Beim Verbandstarifvertrag **beginnt** die Tarifgebundenheit mit dem Erwerb der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband, während sie beim Firmentarifvertrag erst mit dem Abschluss des Tarifvertrages beginnt. Die Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers beginnt in jedem Fall mit dem Erwerb der Mitgliedschaft in der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag abschließt. 102

Nach § 3 Abs. 3 TVG können sich die Mitglieder jedoch der Tarifgebundenheit nicht wieder durch den Austritt aus der Tarifvertragspartei entledigen. Vielmehr fingiert die Norm die Mitgliedschaft bis zum Ablauf des Tarifvertrages. Für das **Ende** der Tarifgebundenheit ist demnach allein der Ablauf des Tarifvertrages maßgeblich. Im Facility Management ist jedoch an ein Ende der Tarifgebundenheit durch **Betriebsübergang gem. § 613a BGB** zu denken. In diesem Fall ist § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB einschlägig, der davon ausgeht, dass Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien durch Rechtsnormen eines Tarifvertrages oder durch eine Betriebsvereinbarung geregelt werden (§ 613a Abs. 1 Satz 2 BGB). Die dort getroffene Regelung gleicht die Interessen der Arbeitnehmer und des Arbeitgebers im Vergleich zu den §§ 3 Abs. 3, 4 Abs. 5 TVG auf eine andere Art und Weise aus, sodass ein Betriebsübergang für den Arbeitgeber vorteilhaft sein könnte. 103

14.3.2.4 Geltung des Tarifvertrags

Die beiden Tarifvertragsparteien legen mit dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages fest, welche Normadressaten in welchem Zeitraum der Tarifvertrag erfassen soll. 104

Gewöhnlich bezieht sich ein Tarifvertrag in sachlicher Hinsicht auf ein bestimmtes Gewerbe (**betrieblicher Geltungsbereich**). Allerdings kann sich ein Tarifvertrag auch auf eine spezifische Tätigkeit beschränken, sodass nicht alle Arbeitnehmer eines Betriebes erfasst werden (**fachlicher Geltungsbereich**). In räumlicher Hinsicht legen die Parteien darüber hinaus gehend meist fest, in welchem Gebiet der Tarifvertrag gelten soll (**Tarifgebiet**).

Ein **zeitlicher Geltungsbereich** normiert dagegen die Dauer des Tarifvertrages. Die Tarifgeltung beginnt gewöhnlich mit dem Zeitpunkt, in dem die Vertreter der Tarifparteien den Vertrag eigenhändig unterzeichnen (§§ 1 Abs. 2 TVG, 126 Abs. 1 und 2 BGB). Das 105

Ende eines Tarifvertrages wird dagegen meist durch eine Befristung bestimmt. Statt eines **befristeten Tarifvertrages** ist es jedoch auch möglich, einen **unbefristeten Tarifvertrag** zu schließen, der eine ordentliche Kündigung vorsieht oder zumindest durch einen neuen Tarifvertrag ersetzt werden kann.

14.3.3 Arbeitskampfrecht

- 106** Ein weiterer Aspekt des kollektiven Arbeitsrechts ist das Arbeitskampfrecht. Soweit es in Verhandlungen nicht möglich ist, einen Tarifvertrag abzuschließen, gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG auch eine institutionelle Garantie des Arbeitskampfes.¹⁰⁴ Die Streitigkeiten sollen mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) „im freien Spiel der Kräfte ausgetragen werden“.¹⁰⁵ In erster Linie wird hierunter verstanden, dass die Arbeitnehmer die Leistung der Arbeit verweigern dürfen (**Streik**). Der Arbeitgeber darf als Antwort auf einen Streik die Beschäftigung und die Bezahlung der Arbeitnehmer verweigern (**Aussperrung**). In einer gesetzlichen Regelung ist der Arbeitskampf nicht aufgegangen. Vielmehr basiert er auf Gewohnheits- und Richterrecht und entfaltet so faktische Bindungswirkung.

14.3.3.1 Grundlagen des Arbeitskampfrechts

- 107** Der Begriff des Arbeitskampfes ist gesetzlich nicht definiert, sodass hinsichtlich der Frage, was unter einem Arbeitskampf zu verstehen ist, reichlich Unsicherheit besteht.¹⁰⁶ Im weitesten Sinne versteht man hierunter **jede kollektive Maßnahme durch die Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite, die die Gegenseite zielgerichtet unter Druck setzen soll, um sie verhandlungsbereit zu machen**.¹⁰⁷ Die häufigsten Mittel des Arbeitskampfes in Deutschland sind dabei der Streik sowie die Aussperrung. Unter einem **Streik** wird die kollektive Einstellung der Arbeit ohne Einverständnis des Arbeitgebers verstanden.¹⁰⁸ Während der Streik das Mittel der Arbeitnehmer darstellt, ist die Aussperrung das Arbeitskampfmittel der Arbeitgeberseite. Eine solche **Aussperrung** ist die Ausschließung der Arbeitnehmer von der Arbeit, die von einem oder mehreren Arbeitgebern planmäßig und ohne Einverständnis der Arbeitnehmer erklärt wird und mit der Suspendierung der Verpflichtung zur Lohnzahlung einhergeht.¹⁰⁹

14.3.3.2 Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen

- 108** Wie das Bundesarbeitsgericht (BAG) bereits früh ausführte, kennt die deutsche Rechtsordnung kein geschlossenes System zulässiger Arbeitskampfmittel.¹¹⁰ Die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes richtet sich vielmehr danach, ob die Anforderungen an das Kampfziel,

104 BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 (226) = NJW 1991, 2549.

105 BVerfG, Beschl. v. 06.05.1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18 = NJW 1964, 1267 (1269).

106 Waas in: BeckOK ArbR, Ed. 24, Art. 9 GG Rn. 1.

107 ErfKomm/Linsenmaier, Art. 9 GG Rn. 94.

108 Waas in: BeckOK ArbR, Ed. 24, Art. 9 GG Rn. 7.

109 Waas in: BeckOK ArbR, Ed. 24, Art. 9 GG Rn. 10.

110 BAG, Urt. v. 19.10.1976 – 1 AZR 611/75, AP Nr. 6 zu § 1 TVG = NJW 1977, 318.

an die Kampfparteien und an den Kampfbeginn rechtmäßig sind und die Schranken der Kampfdurchführung eingehalten werden.

Ein Arbeitskampf findet seine **Grenzen** zunächst darin, dass nur **tariffähige und tarif-zuständige Parteien** einen solchen Kampf führen dürfen. Weiterhin muss sich der Kampf auf den Abschluss eines Tarifvertrages mit **zulässigem Inhalt** richten. Schließlich ist auch die **Friedenspflicht** zu beachten, nach der es den Tarifvertragsparteien untersagt ist, während der Laufzeit eines Tarifvertrages einen Arbeitskampf um eine bereits tariflich geregelte Materie zu führen.

Neben den vorgenannten Grenzen des Arbeitskampfes existieren weitere allgemeine Grundsätze, die bei einem Arbeitskampf Beachtung finden müssen. Dabei ist zunächst an die **Wahrung der Kampfparität** im Sinne einer Waffengleichheit zu denken, wobei dieser Grundsatz hauptsächlich im Rahmen der Aussperrung an Bedeutung gewinnt. Eine Aussperrung ist hiernach nur dann rechtmäßig, wenn ohne ihren Einsatz das Kräftegleichgewicht der Tarifparteien gefährdet oder beseitigt würde.¹¹¹ Ein nicht zu unterschätzender Grundsatz als Grenze eines Arbeitskampfes ist das **Gebot fairer Kampfführung**. Gegen dieses Gebot wird beispielsweise verstoßen, wenn sich die Gewerkschaft nicht an Notstands- und Erhaltungsmaßnahmen beteiligt. Unter Notstandsarbeiten wird hierbei die Mindestversorgung zur Befriedigung der elementaren persönlichen und staatlichen Bedürfnisse verstanden, während Erhaltungsmaßnahmen die Substanz der Betriebsmittel schützen sollen.¹¹²

Bereits in einer Grundsatzentscheidung vom 21.04.1971 hat das BAG das **Gebot der Verhältnismäßigkeit** für alle Arbeitskampfmaßnahmen herausgearbeitet.¹¹³ In der Folgezeit unterlag dieser Grundsatz jedoch zahlreichen Modifizierungen durch die Rechtsprechung.¹¹⁴

109

110

Hinweis

Schaubild: Prüfungsschema – Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen

1. *Kampfführung durch tariffähige Parteien*
 - a. Tariffähigkeit nach § 2 TVG
 - b. Erklärung des Arbeitskampfes durch eine Tarifpartei
2. *Kampf um tariflich regelbare Ziele*
 - a. Abschluss eines Tarifvertrages als Kampfziel
 - b. Zulässiger Inhalt des Tarifvertrages
3. *Kein Verstoß gegen die Friedenspflicht und Wahrung der Kampfparität*
4. *Gebot der fairen Kampfführung*
Notstands- und Erhaltungsarbeiten
5. *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*

111 BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, AP Nr. 117 zu Art. 9 GG = NJW 1991, 2549.

112 Siehe zu den Einzelheiten: ErfKomm/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 180 ff.

113 BAG (GrS), Beschl. v. 21.04.1971 – GS 1/68, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG = NJW 1971, 1668.

114 Zu den Einzelheiten: Schaub/Koch, ArbR-Hdb., § 193 Rn. 47 ff.

14.3.3.3 Rechtsfolgen von Arbeitskämpfen

- 111 Soweit man sich die Rechtsfolgen von Arbeitskämpfen näher betrachtet, muss zunächst zwischen den beteiligten Arbeitsvertragsparteien, den Parteien des Arbeitskampfes und den unbeteiligten Dritten unterschieden werden. Weiterhin ist danach zu differenzieren, ob es sich um einen rechtmäßigen oder einen rechtswidrigen Arbeitskampf handelt.

Soweit der **Arbeitskampf rechtmäßig** ist, suspendiert ein Streik die **Hauptleistungspflichten** aus dem Arbeitsverhältnis der Arbeitsvertragsparteien. Der Arbeitnehmer ist dabei von seiner Arbeitspflicht befreit, während der Anspruch auf Vergütung ebenfalls entfällt. Aus diesem Grund ist die **Kündigung** des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber ausschließlich aufgrund des rechtmäßigen Streikes nicht möglich.

- 112 Rechtswidrige Kampfmaßnahmen werden dagegen von der Rechtsordnung nicht privilegiert.¹¹⁵ Nimmt der Arbeitnehmer an einem **rechtswidrigen Streik** teil, ist eine **außerordentliche Kündigung** aus wichtigem Grund gem. § 626 BGB ebenso möglich wie eine **ordentliche verhaltensbedingte Kündigung** gem. § 1 Abs. 2 KSchG, die jedoch eine Abmahnung erfordert. Die Suspendierung der Hauptleistungspflichten erfolgt durch eine rechtswidrige Kampfmaßnahme gerade nicht. Eine **rechtswidrige Aussperrung** dagegen führt dazu, dass sich der Arbeitgeber im **Annahmeverzug** befindet. Der rechtswidrig ausgesperrte Arbeitnehmer behält hierbei seinen Anspruch auf Lohn, §§ 615 S. 1, 293 ff. BGB.

Für die Parteien des Arbeitskampfes ergibt sich im Falle eines rechtmäßigen Streiks oder einer rechtmäßigen Aussperrung eine **Mitwirkungspflicht** an Notstands- und Erhaltungsmaßnahmen. Soweit es sich um einen rechtswidrigen Arbeitskampf handelt, kommen zwischen den beteiligten Parteien Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche in Betracht. Häufig wird jedoch der einzelne Arbeitgeber einen Schaden erlitten haben, sodass dieser gegen die Gewerkschaft regelmäßig einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB hat.¹¹⁶

- 113 Für das Arbeitsrecht bedeutsam sind ebenfalls die Auswirkungen eines Arbeitskampfes für Dritte, also insbesondere die Frage, ob unbeteiligte Arbeitnehmer eines bestreikten oder eines fremden Betriebes ihren Lohnanspruch behalten. Soweit es dem Arbeitgeber aufgrund eines Streiks im selben Betrieb oder in einem Betrieb des Unternehmens nicht möglich ist, die verbleibenden Arbeitnehmer sinnvoll zu beschäftigen, greifen die Grundsätze des **Arbeitskampfrisikos**. Demnach entfällt der Lohnanspruch der unbeteiligten Arbeitnehmer, sofern die Beschäftigung dem Arbeitgeber infolge des Streiks unmöglich oder wirtschaftlich unzumutbar ist.¹¹⁷ Darüber hinaus hat das BAG die Rechte des Arbeitgebers um ein **Stilllegungsrecht** erweitert. Soweit ein Betrieb bestreikt wird, ist es dem Arbeitgeber hiernach gestattet, unter Suspendierung der Arbeitsverhältnisse den Betrieb stillzulegen, ohne dass es darauf ankommt, ob eine Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber zumutbar ist.¹¹⁸
- 114 Ob dieselben Grundsätze auch gelten, wenn ein Arbeitskampf ein nicht beteiligtes Unternehmen mittelbar beeinträchtigt (**Fernwirkung**), ist eine Frage des Kräfteverhältnisses der

115 BAG (GrS), Beschl. v. 28.01.1955 – GS 1/54, AP Nr. 7 zu § 242 BGB = NJW 1955, 882.

116 BAG, Urt. v. 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, BAGE 104, 155 (159) = AP Nr. 162 zu Art. 9 GG = NZA 2003, 734.

117 BAG, Beschl. v. 22.12.1980 – 1 ABR 2/79, BAGE 34, 331 (345 ff.) = AP Nr. 70 zu Art. 9 GG = NJW 1981, 937.

118 BAG, Urt. v. 22.03.1994 – 1 AZR 622/93, BAGE 76, 196 (202) = AP Nr. 130 zu Art. 9 GG = NJW 1995, 477.

kämpfenden Parteien, also der **Kampfparität**. Der Lohnanspruch entfällt lediglich, wenn für den mittelbar betroffenen Betrieb die Tarifpartei zuständig ist, die mit der kampfführenden Tarifpartei identisch oder organisatorisch eng verbunden ist.¹¹⁹

Im Kontext der unbeteiligten Arbeitnehmer wird oftmals noch auf die Rechtmäßigkeit von Sonderzuwendungen eingegangen, die der Arbeitgeber nichtstreikenden, arbeitswilligen Arbeitnehmern zahlt, um so den Betriebsablauf aufrechterhalten zu können, sog. **Streikbruchprämien**. Solche Zuwendungen sind jedenfalls dann zulässig, wenn sie während des Arbeitskampfes allein für die Nichtteilnahme am Streik gezahlt werden.¹²⁰ Werden die Zahlungen jedoch erst nach Beendigung des Arbeitskampfes geleistet, verstoßen derartige Zahlungen gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB. Die Arbeitnehmer, die eine derartige Zuwendung nicht erhalten haben, können somit einen Anspruch auf Zahlung der Streikbruchprämie aus dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz i.V.m. dem Maßregelungsverbot geltend machen.¹²¹

14.3.4 Betriebsverfassungsrecht

Neben einer kollektiven Interessenwahrnehmung auf der Ebene des Tarifrechts besteht eine weitere Möglichkeit der Mitbestimmung durch die Arbeitnehmer auf der Ebene des Betriebsverfassungsrechts. Das Betriebsverfassungsrecht ist begrifflich die Summe der Normen, die sich mit der Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und der Rechte der im Betrieb verbundenen Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber befassen.¹²² Dabei soll das Betriebsverfassungsrecht die Abhängigkeit ausgleichen, die sich aus der Eingliederung in eine fremdbestimmte Organisation ergibt.¹²³

14.3.4.1 Grundlagen der Betriebsverfassung

Die Grundlage bildet das **Betriebsverfassungsgesetz** (BetrVG), wonach ein von Arbeitnehmern gewählter Betriebsrat in **sozialen** (§§ 87 ff. BetrVG), **personellen** (§§ 92 ff. BetrVG) und in **wirtschaftlichen Angelegenheiten** (§§ 106 ff. BetrVG) zu beteiligen ist.

a) Betriebs- und Unternehmensverfassung

Neben einer betrieblichen Teilhabe besteht für Arbeitnehmer auch die **Unternehmensmitbestimmung**, die in vier gesetzlichen Regelungen aufgeht. Neben dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (**Mitbestimmungsgesetz – MitbestG**) ist dies das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (**Montan-MitbestG**), das Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeit-

119 BAG, Beschl. v. 22.12.1980 – 1 ABR 2/79, BAGE 34, 331 (345 ff.) = AP Nr. 70 zu Art. 9 GG = NJW 1981, 937; BAG, Beschl. v. 22.12.1980 – 1 ABR 76/79, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG = NJW 1981, 942.

120 BAG, Urt. v. 13.07.1993 – 1 AZR 676/92, AP Nr. 127 zu Art. 9 GG = NJW 1994, 74.

121 BAG, Urt. v. 28.07.1992 – 1 AZR 87/92, AP Nr. 123 zu Art. 9 GG = NZA 1993, 267.

122 Schaub/Koch, ArbR-Hdb., § 210 Rn. 2.

123 ErfKomm/Koch, Vorb. § 1 BetrVG Rn. 1; Schaub/Koch, ArbR-Hdb., § 210 Rn. 3.

nehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (**MitbestErgG**) sowie das Drittelbeteiligungsgesetz (**DrittelbG**).

- 119 Das deutsche Recht ist im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung **rechtsformabhängig** und beteiligt die Arbeitnehmer an wirtschaftlichen Entscheidungen, indem die Aufsichtsräte der Unternehmen mit Arbeitnehmervertretern besetzt werden. Systematisch gehört die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in einem Aufsichtsrat dabei in das Gesellschaftsrecht.

b) Rechtsverhältnisse in der Betriebsverfassung

- 120 Der Betriebsrat als Vertretung der Arbeitnehmer steht in drei betriebsverfassungsrechtlichen Beziehungen. Zunächst ist dies das Verhältnis zum **Arbeitgeber**, das von einer vertrauensvollen Zusammenarbeit zum Wohle der Arbeitnehmer und des Betriebes geprägt sein soll, § 2 Abs. 1 BetrVG. Zwischen dem Betriebsrat und den **Arbeitnehmern** besteht nach herrschender Meinung kein Rechtsverhältnis, obgleich der Betriebsrat im Interesse der Belegschaft oder des einzelnen Arbeitnehmers handelt, §§ 99 ff. BetrVG.¹²⁴ Obwohl das deutsche Recht deutlich zwischen der **Gewerkschaft** und dem Betriebsrat unterscheidet, bestehen vielfältige Verknüpfungen zu den Gewerkschaften, die im Betrieb vertreten sind. Gewerkschaften sind im Betrieb vertreten, wenn mindestens ein Arbeitnehmer der Gewerkschaft angehört. Eine Tarifzuständigkeit ist hierbei nicht maßgeblich.¹²⁵ Eine solche Gewerkschaft kann eine Betriebsratswahl initiieren (§§ 16 Abs. 2, 17 Abs. 3, 4 BetrVG), durch Beauftragte an Sitzungen teilnehmen (§§ 31, 46 BetrVG) und gegen den Betriebsrat oder den Arbeitgeber gerichtlich vorgehen, wenn grobe Pflichtverstöße vorliegen (§ 23 Abs. 1, Abs. 3).

c) Geltungsbereich der Betriebsverfassung

- 121 Das Betriebsverfassungsgesetz ist nur anwendbar, soweit dessen Geltungsbereich eröffnet ist. Dabei muss zwischen dem **sachlichen Geltungsbereich**, der durch den Begriff des Betriebs bestimmt wird, und dem **persönlichen Geltungsbereich**, der nur bei Vorliegen einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern gegeben ist, unterschieden werden.

aa) Sachlicher Geltungsbereich

- 122 Durch das Betriebsverfassungsgesetz werden nur **Betriebe** erfasst, die in der Regel **mindestens fünf ständig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigen, wovon drei wählbar sein müssen** (§ 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Zunächst ist demnach ein Betrieb erforderlich. Der Begriff wird gesetzlich nicht definiert und ist nach der Rechtsprechung die **organisatorische Einheit**, innerhalb derer der Unternehmer allein oder zusammen mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe **sächlicher oder immaterieller Mittel** einen **arbeitstechnischen Zweck** fortgesetzt verfolgt.¹²⁶

124 MüArbR/v. Hoyningen-Huene, § 212 Rn. 28 m.w.N.

125 BAG, Beschl. v. 10.11.2004 – 7 ABR 19/04, AP Nr. 7 zu § 17 BetrVG 1972 = NZA 2005, 426.

126 BAG, Beschl. v. 25.09.1986 – 6 ABR 68/84, AP Nr. 7 zu § 1 BetrVG 1972 = NZA 1987, 708.

Hinweis**Beachte:**

Der Betriebsbegriff spielt ebenfalls eine besondere Rolle bei der Frage eines Betriebsübergangs gem. § 613a BGB. Dort wird der Begriff jedoch durch die Rechtsprechung des EuGH modifiziert, sodass der FM-Manager zwischen beiden Materien differenzieren muss.

Das BetrVG ist jedoch nicht in jedem Fall bei Vorliegen eines Betriebes einschlägig. Zunächst fallen **Kleinstbetriebe** mit in der Regel weniger als fünf ständig wahlberechtigten Arbeitnehmern oder weniger als drei wählbaren Arbeitnehmern aus dem Geltungsbereich heraus. Darüber hinaus unterfallen Betriebe, die einem **Träger des öffentlichen Rechts** zuzuordnen sind, gem. § 130 BetrVG nicht dem Betriebsverfassungsrecht, sondern dem Personalvertretungsrecht. Aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten Autonomie der Kirchen gem. Art. 140 GG, 137 Abs. 3 S. 1 WRV sind schließlich auch **Religionsgemeinschaften** sowie ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen aus dem Geltungsbereich ausgenommen, § 118 Abs. 2 BetrVG.

123

bb) Persönlicher Geltungsbereich

Der persönliche Geltungsbereich wird zunächst dadurch begrenzt, dass mindestens fünf ständig wahlberechtigte **Arbeitnehmer** gegeben sein müssen. Weiterhin ist es erforderlich, dass drei der Arbeitnehmer wählbar sind, damit im Betrieb die Installation eines Betriebsrats möglich ist. Die Wahlberechtigung ergibt sich hierbei aus § 7 BetrVG, während die Eigenschaft als Arbeitnehmer in § 5 BetrVG geregelt ist.

124

Leitende Angestellte zählen zwar zu den Arbeitnehmern im Sinne des BetrVG. Gleichwohl ist das Gesetz gem. § 5 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auf leitende Angestellte nur anwendbar, soweit dies ausdrücklich bestimmt ist. Die grundsätzliche Ausgrenzung aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes entspricht dem Interessensgegensatz zwischen dem Arbeitgeber und der durch den Betriebsrat repräsentierten Belegschaft. Der leitende Angestellte steht durch seine Tätigkeit der Unternehmensleitung nahe und soll daher der Einwirkung des Betriebsrats entzogen sein.¹²⁷

125

Hinweis**Schaubild: Anwendbarkeit des BetrVG**

1. *Sachlicher Geltungsbereich des BetrVG*
 - a. Vorliegen eines Betriebs, § 1 BetrVG
 - b. Keine Unanwendbarkeit des BetrVG gem. §§ 1 Abs. 1 S. 1, 118 Abs. 2, 130 BetrVG
2. *Persönlicher Geltungsbereich des BetrVG*
 - a. Vorliegen eines Arbeitnehmers i.S.d. §§ 1, 5 BetrVG
 - b. Kein leitender Angestellter i.S.d. § 5 Abs. 3 u. 4 BetrVG

¹²⁷ BAG, Beschl. v. 16.04.2002 – 1 ABR 23/01, AP BetrVG 1972, § 5 Nr. 69 = NZA 2003, 56; Erf-Komm/Koch, § 5 BetrVG Rn. 17.

14.3.4.2 Rechtsstellung des Betriebsrats

- 126 Die maßgeblichen Normen über die Zusammensetzung und die Wahl des Betriebsrats sowie die Amtszeit der Betriebsratsmitglieder und die Geschäftsführung des Betriebsrats sind in den §§ 7 bis 41 BetrVG geregelt. Darüber hinaus von Bedeutung ist die **Generalklausel des § 78 BetrVG**, nach der die Mitglieder des Betriebsrats und der anderen betriebsverfassungsrechtlichen Gremien in der Ausübung ihrer Betriebsratstätigkeit nicht gestört oder behindert werden dürfen. Der Arbeitgeber darf die Mitglieder des Betriebsrates wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligen noch begünstigen. Spezielle Ausprägungen dieses Benachteiligungsverbotes sind die **Arbeitsentgeltgarantie** nach § 37 Abs. 4 BetrVG sowie die **Tätigkeitsgarantie** nach § 37 Abs. 5 BetrVG.

14.3.4.3 Beteiligungsrechte des Betriebsrats

- 127 Als Beteiligungsrechte des Betriebsrats werden das **Mitbestimmungsrecht** und die (schwächeren) **Mitwirkungsrechte** unterschieden. Sämtliche Rechte lassen sich nach der Intention des Gesetzgebers in sechs Stufen fassen, die sich in der Intensität der Beteiligung unterscheiden.

- 128 Die geringste Intensität der Beteiligung weisen die **Unterrichtungsrechte** des Betriebsrats auf. Dabei werden zwei Arten unterschieden: Zunächst hat der Betriebsrat **eigenständige** Rechte, die sich aus der allgemeinen Pflicht des Arbeitgebers zur vertrauensvollen Zusammenarbeit oder aus Spezialvorschriften ergeben. Ein solches Recht des Betriebsrats ist beispielsweise dessen Unterrichtung im Falle einer beabsichtigten Einstellung eines lei- tenden Angestellten, § 105 BetrVG. Weiterhin hat der Betriebsrat **vorgeschaltete** Unterrichtsrechte, die als Grundlage für weitergehende Beteiligungsrechte dienen (z.B. § 99 Abs. 1 BetrVG).

Auf der nächsten Stufe der Beteiligungsrechte stehen die **Anhørungsrechte** des Betriebsrats. Auch diese Rechte existieren in zwei Formen. Zum einen bestehen die Anhørungsrechte in **allgemeiner** Form nach den Katalogtatbeständen des § 80 Abs. 1 BetrVG und zum anderen als **entscheidungsbezogene** Anhørungsrechte. Soweit die Anhørungsrechte an eine Entscheidung des Arbeitgebers anknüpfen, ist es diesem verwehrt, vor vollzogener Anhörung eine Entscheidung abschließend zu treffen. Ein Beispiel hierfür ist die Anhörung vor einer Kündigung gem. § 102 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 BetrVG.

- 129 Die dritte Stufe der Betriebsratsbeteiligung wird durch die **Beratungsrechte** gebildet. Hierbei muss der Verhandlungsgegenstand gemeinsam mit dem Betriebsrat erörtert und mit dem ernsthaften Willen zur Einigung verhandelt werden, wobei jedoch keine Rechtspflicht zum Kompromiss besteht.¹²⁸ Das **allgemeine** Beratungsrecht folgt hierbei aus § 74 Abs. 1 BetrVG, während sich die wichtigsten **speziellen** Beratungsrechte aus § 111 Satz 1 BetrVG bei Betriebsänderungen sowie aus § 106 Abs. 1 Satz 2 BetrVG für den Wirtschaftsausschuss in wirtschaftlichen Angelegenheiten ergeben.
- 130 Eine weitere Stufe der Beteiligung ergibt sich aus einem **Widerspruchsrecht** des Betriebsrats. Ein solcher Widerspruch wirkt sich zwar nicht auf die Wirksamkeit der Entscheidung

128 ErfKomm/Kania, § 74 BetrVG Rn. 8.

des Arbeitgebers aus, erzeugt aber dennoch eigene Rechtswirkungen. Beispielsweise führt der Widerspruch nach § 102 Abs. 3 BetrVG, der zu einer ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers ausgesprochen wird, zu einer Weiterbeschäftigungspflicht gem. § 102 Abs. 5 BetrVG und nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Die fünfte Stufe der Beteiligungsrechte wird durch das **Zustimmungsverweigerungsrecht** 131 markiert (negatives Konsensprinzip, § 99 Abs. 2 BetrVG). Bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG führt die Verweigerung der Zustimmung dazu, dass es dem Arbeitgeber nur durch eine Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht möglich ist, die Maßnahme durchzuführen, § 99 Abs. 4 BetrVG. Ausnahmen können sich jedoch aus § 100 BetrVG ergeben.

Die stärksten Beteiligungsrechte des Betriebsrats sind die **erzwingbaren Mitbestimmungsrechte**. Hiernach wird der Betriebsrat gleichberechtigt an Arbeitgeberentscheidungen beteiligt. Die Regelung des § 87 BetrVG bildet insofern den Kernbereich der Mitbestimmung.¹²⁹ 132

a) Ausübung und Durchsetzung der Beteiligungsrechte

Der Betriebsrat übt die Beteiligungsrechte gegenüber dem Arbeitgeber aus, der durch das BetrVG zur Wahrung der Rechte verpflichtet wird. Grundsätzlich greifen die Beteiligungsrechte des Betriebsrats erst, wenn der Arbeitgeber eine Maßnahme plant. Je nach Ausgestaltung des Rechts ergibt sich bei der Ausübung für den Betriebsrat jedoch auch ein **Initiativrecht**. Ausdrücklich geregelt ist ein solches in § 91 BetrVG oder auch in § 95 Abs. 2 BetrVG. Darüber hinausgehend nimmt die Rechtsprechung jedoch auch für einen Teil der Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 BetrVG ein Initiativrecht an.¹³⁰ 133

Aber auch ohne ein solches Recht ist sichergestellt, dass der Arbeitgeber die Rechte des Betriebsrats wahrt. Insbesondere sanktioniert das BetrVG durch **Straf- und Bußgeldvorschriften** die Verletzung zahlreicher betriebsverfassungsrechtlicher Pflichten, §§ 119 bis 121 BetrVG. In vielen Fällen bleibt für den Betriebsrat aber auch die Möglichkeit, über die **Einigungsstelle** eine Entscheidung herbeizuführen (§ 76 Abs. 1 bis 6 BetrVG) oder sich vor dem **Arbeitsgericht** gegen das Vorgehen des Arbeitgebers zu wehren (s. § 76 Abs. 7 BetrVG). 134

b) Betriebsvereinbarung nach § 77 BetrVG

Eine Betriebsvereinbarung ist ein **privatrechtlicher Normenvertrag**, der zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat in schriftlicher Form geschlossen wird, um hiermit Regelungen bezüglich Arbeitsbedingungen zu treffen, die im einzelnen Arbeitsverhältnis unmittelbar und zwingend wirken, § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG. Den Parteien wird nach der Rechtsprechung die umfassende Kompetenz zugewiesen, auch außerhalb der Mitbestimmungstatbestände des BetrVG durch freiwillige Betriebsvereinbarungen Regelungen zu treffen, die die Arbeitnehmer begünstigen, aber auch belasten können.¹³¹ 135

¹²⁹ ErfKomm/Kania, § 87 BetrVG Rn. 1; Werner in: BeckOK ArbR, Ed. 24, Vorb. zu § 87 BetrVG.

¹³⁰ Umfassend: MüArbR/Matthes, § 238 Rn. 35 ff. m.w.N.

¹³¹ BAG, Beschl. v. 26.08.1997 – 1 ABR 12/97, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 117 = NZA 1998, 216.

- 136 In Abgrenzung zur Betriebsvereinbarung ist die **Regelungsabrede** dagegen eine Absprache, die schriftlich, mündlich oder durch schlüssiges Verhalten zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat zustande kommt. Die Regelungsabrede ist gesetzlich nicht geregelt. Der entscheidende Unterschied zur Betriebsvereinbarung ist, dass keine normative Wirkung in den Arbeitsverhältnissen entfaltet wird. Es werden lediglich Rechte und Pflichten zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat erzeugt, sodass es einer individuellen Umsetzung bedarf.
- Da der deutsche Gesetzgeber die Zuständigkeiten der Gewerkschaft und des Betriebsrats klar trennt, ergibt sich das Problem des Verhältnisses zwischen **Tarifvertrag** und Betriebsvereinbarung. Der Gesetzgeber hat das Verhältnis zugunsten der Gewerkschaft aufgelöst, sodass § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG eine **Regelungssperre** (sog. **Tarifvorbehalt**) zum Schutz der Tarifautonomie vorsieht. Das Günstigkeitsprinzip gilt in diesem Verhältnis nicht. Demnach können Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein, es sei denn, der Tarifvertrag enthält eine Öffnungsklausel, § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG.
- 137 Das Verhältnis der Betriebsvereinbarung zum **Arbeitsvertrag** wird durch das **Günstigkeitsprinzip** bestimmt. Vertragliche Abreden zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer bleiben demnach von einer Betriebsvereinbarung unberührt, sofern die vertraglichen Abreden für den Arbeitnehmer günstiger sind.

14.4 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

- 138 Eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des **Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)** liegt vor, wenn ein Arbeitgeber einem Dritten aufgrund einer getroffenen Vereinbarung vorübergehend geeignete, bei ihm angestellte Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die dieser nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer zur Förderung des Betriebszwecks einsetzt.¹³²

Die Aufnahme von Leiharbeitnehmern im eigenen Betrieb kann für den Arbeitgeber als Entleiher, aber auch für den Leiharbeitnehmer, gewisse Vorteile mit sich bringen. So kann die Aufnahme von Leiharbeitnehmern für den Arbeitgeber eine Reduzierung von Personalkosten sowie eine Möglichkeit bedeuten, Arbeitnehmer vor einer Anstellung zu erproben. Der Arbeitnehmer auf der anderen Seite kann die Tätigkeit möglicherweise als Sprungbrett in die Dauerbeschäftigung nutzen.¹³³

Im Rahmen der zum 01.04.2017 in Kraft getretenen Gesetzesänderung wurde u. a. eine klare Definition der Arbeitnehmerüberlassung nach diesem Gesetz eingeführt und nunmehr konkrete Höchstdauern der Überlassung von bestimmten Arbeitnehmern geregelt und somit der bisher im Gesetz verwendete unbestimmte Begriff der „vorübergehenden“ Überlassung konkretisiert. Weiter wurde die Verpflichtung zur konkreten Bezeichnung des Rechtsverhältnisses als Arbeitnehmerüberlassungsvertrags eingeführt, um eine sog. verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu unterbinden.

132 Schaub/Koch, ArbR-Hdb., § 120 Rn. 5 m.w.N.

133 ErfKomm/Wank, Einl. AÜG Rn. 1.

14.4.1 Anwendungsbereich des AÜG

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz erfasst lediglich den bereits beschriebenen Fall, wonach der Verleiher als Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers diesen zum Zweck der gewerbsmäßigen Verleihung angestellt hat und diesen dabei im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit verleiht. Durch die Tätigkeit beim Entleiher erfüllt der Leiharbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen gegenüber seinen Arbeitgeber, dem Verleiher (**unechtes Leiharbeitsverhältnis**). Nicht erfasst wird durch das AÜG sind Fallgestaltungen, wonach der Arbeitnehmer nicht auf Dauer ausgeliehen wird, sondern seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung grundsätzlich im Betrieb seines Arbeitgebers (=Verleiher) erbringt (**echtes Leiharbeitsverhältnis**). Lediglich besondere Erscheinungsformen des echten Leiharbeitsverhältnisses werden in dem AÜG ausdrücklich als Ausnahmen hiervon aufgeführt (vgl. unten 14.4.1.4.).¹³⁴ 139

Erforderlich ist weiterhin, dass der Leiharbeitnehmer im Betrieb des Entleihers wie ein eigener Arbeitnehmer des Entleihers zur Förderung der Betriebszwecke des Entleihers eingesetzt wird und somit in den Betrieb eingegliedert ist. 140

§ 1 AÜG in der ab 01.04.2017 geltenden Fassung definiert einerseits die im AÜG geregelte unechte Arbeitnehmerüberlassung und regelt deren wesentlichen Voraussetzungen. 141

Hinweis

Tatbestandsmerkmale des (unechten) Leiharbeitsverhältnisses i.S.d. § 1 AÜG:

- Der Arbeitgeber überlässt die Leiharbeitnehmer **im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit**
- Arbeitnehmer wurde vom Verleiher **zum Zweck der Überlassung** eingestellt und beschäftigt, wobei die Überlassung an einen Entleiher **nicht nur gelegentlich** erfolgt
- **Eingliederung** des Arbeitnehmers **in die Arbeitsorganisation des Entleihers** und **Unterliegen** des Arbeitnehmers **den Weisungen des Entleihers**
- **Kein Vorliegen der Ausnahmetatbestände gem. § 1 Abs. 1 a AÜG, § 1 Abs. 2 oder § 1 Abs. 3 Nr. 1 - 3 AÜG**

Folge: Anwendbarkeit des AÜG

14.4.1.1 Wirtschaftliche Tätigkeit

§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG legt fest, dass der Verleiher die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit betreiben muss. Diese Tätigkeit ist nach dem Verständnis des EuGH jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem 142

¹³⁴ Schaub/Koch, ArbR-Hdb., § 120 Rn. 3.

konkreten Markt anzubieten.¹³⁵ Es ist damit nicht maßgeblich, ob mit einer Gewinnerzielungsabsicht gehandelt wird.¹³⁶

14.4.1.2 Einstellung und Beschäftigung zum Zweck der Überlassung und keine gelegentliche Überlassung

- 143 Der Arbeitnehmer wird zum Zweck der Überlassung eingestellt und entsprechend des arbeitsvertraglichen Zwecks permanent Entleihern überlassen. Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss zu § 1 Abs 3 Nr. 2 AÜG, wonach eine gelegentliche Überlassung ohne Überlassung als Vertragszweck. Durch die Tätigkeit beim Entleiher erfüllt der Leiharbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen gegenüber seinen Arbeitgeber, dem Verleiher.

14.4.1.3 Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Entleihers und Unterliegen des Arbeitnehmers den Weisungen des Entleihers - Abgrenzung zu Werk- und Dienstverträgen

- 144 § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG legt als Voraussetzung für die Überlassung des Arbeitnehmers der Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sein muss und den Weisungen des Entleihers unterliegen muss.
- 145 Die zuvor unter Ziff. 3. dargelegten Voraussetzungen dienen auch der besonders praxisrelevanten **Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung zu Werk- und Dienstverträgen**. Da die Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG der Erlaubnis bedarf, ist eine Abgrenzung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zum Werk- und Dienstvertrag erforderlich. Beim Werkvertrag verpflichtet sich ein Unternehmer, ein Werk herzustellen und bedient sich zur Erfüllung dieser Aufgabe der bei ihm angestellten Mitarbeiter. Diese Mitarbeiter sind bei Vorliegen eines Werkvertrages Erfüllungsgehilfen ihres Arbeitgebers und unterliegen dessen Weisungen. Bei Arbeitnehmerüberlassungsverträgen ist der entsandte Mitarbeiter jedoch in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und diesem weisungsgebunden.

Anhaltspunkte für einen **Werkvertrag**:

- Eigenverantwortliche Durchführung des Vertrages durch den Werkunternehmer
- Erstellung eines dem Werkunternehmer zurechenbaren Werkes
- Weisungsrecht des Werkunternehmers an seine Erfüllungsgehilfen
- Übernahme des Gewährleistungsrisikos

Anhaltspunkte für einen **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag**

- Durchführung der Arbeit durch den Entleiher
- Eingliederung des Arbeitnehmers in Betrieb des Entleihers
- Ausstattung mit Arbeitsmaterialien des Entleihers
- Haftung des Verleihers nur für Verschulden bei der Auswahl der Arbeitnehmer

Abb. 14.2 Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung zur Bestimmung der Vertragsart

¹³⁵ EuGH, Urt. v. 10.01.2006 – C-222/04, Slg. I 2006, 325 = EuZW 2006, 306.

¹³⁶ ErfKomm/Wank, § 1 AÜG Rn. 34.

Entscheidend für die Abgrenzung sind die Vereinbarungen der Vertragsparteien und die Durchführung des Vertrages. Die Rechtsprechung hat verschiedene Merkmale entwickelt, die für das Vorliegen eines Werk- bzw. Arbeitnehmerüberlassungsvertrages sprechen.¹³⁷ Dieselben Kriterien werden ebenfalls für die Abgrenzung zum Dienstvertrag herangezogen. 146

14.4.1.4 Kein Vorliegen der Ausnahmetatbestände gem. § 1 Abs. 1 a AÜG, § 1 Abs. 2 oder § 1 Abs. 3 Nr. 1 - 3 AÜG

a) Arbeitsgemeinschaften, § 1 Abs. 1a AÜG

Nicht vom Anwendungsbereich des AÜG erfasst werden Fälle der Abordnung von Arbeitnehmern zu einer **Arbeitsgemeinschaft** zum Zwecke der Herstellung eines Werkes. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ist, für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und alle Mitglieder auf Grund des Arbeitsgemeinschaftsvertrages zur selbständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind, § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG. Erforderlich ist die **Herstellung eines Werkes** im Sinne des § 631 BGB.¹³⁸ Ein Arbeitnehmer ist im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG **abgeordnet**, wenn sein Arbeitsverhältnis unverändert fortbesteht und er nur vorübergehend bei der Arbeitsgemeinschaft tätig wird.¹³⁹ 147

b) Arbeitsvermittlung, § 1 Abs. 2 AÜG

§ 1 Abs. 2 AÜG stellt die widerlegliche **Vermutung** auf, dass der Überlassende **Arbeitsvermittlung** (§ 35 Abs. 1 S. 2 SGB III) betreibt, wenn er Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlässt, jedoch nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberberrisiko nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AÜG übernimmt.¹⁴⁰ Diese Vermutung kann vom Verleiher widerlegt werden. 148

c) Ausnahmetatbestände des § 1 Abs. 3 Nr. 1 bis Nr. 3 AÜG

§ 1 Abs. 3 AÜG nimmt die dort aufgeführten Bereiche von einem weiten Anwendungsbereich des AÜG aus. Lediglich § 1b Satz 1, des § 16 Absatz 1 Nr. 1f und Absatz 2 bis 5 sowie der §§ 17 und 18 AÜG sind auf diese Fälle anzuwenden, wonach auch diese Formen der echten Arbeitnehmerüberlassung für das Baugewerbe untersagt ist und dementsprechend bei Verstoß die Bußgeldvorschriften des § 16 AÜG anknüpfen. Das AÜG ist demnach in folgenden Fällen mit Ausnahme der vorgenannten Vorschriften nicht anzuwenden: 149

Bei Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges zur **Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen**, wenn ein für den Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag dies vorsieht (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG).

¹³⁷ BAG, Urt. v. 30.09.1991 – 7 AZR 497/89, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG = NZA 1992, 19 (21); BGH, Urt. v. 21.01.2003 – X ZR 261/01, NZA 2003, 616 (617).

¹³⁸ ErfKomm/Wank, § 1 AÜG Rn. 39.

¹³⁹ Schüren/Hamann, AÜG, § 1 AÜG Rn. 343.

¹⁴⁰ BAG, Urt. v. 21.03.1990 – 7 AZR 198/89, AP Nr. 15 zu § 1 AÜG = NZA 1991, 269.

Bei der Überlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, sog. **Konzernleihe**).

Bei gelegentlicher Überlassung ohne Beschäftigung zum Zweck der Überlassung (§ 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG). Hier handelt es sich um den Grundfall der sog. echten Arbeitnehmerüberlassung, welcher bereits **oben in Rn 131** schon beschrieben ist.

Bei Verlagerung von Aufgaben des Arbeitnehmers zu einem anderen Arbeitgeber, wenn aufgrund eines Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht aber die Arbeitsleistung zukünftig bei einem anderen Arbeitgeber erbracht wird (§ 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG).

Bei Überlassung zwischen Arbeitgebern, wenn diese juristische Personen des öffentlichen Dienstes sind und Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften anwenden (§ 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG).

Bei Arbeitnehmerüberlassung in das Ausland, wenn der Leiharbeitnehmer in ein auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen begründetes **deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen** verliehen wird, an dem der Verleiher beteiligt ist (§ 1 Abs. 3 Nr. 2AÜG).

14.4.2 Einschränkungen im Baugewerbe, § 1b AÜG

- 150 § 1b S. 1 AÜG bestimmt die Unzulässigkeit der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung in **Betriebe des Baugewerbes**, wobei in § 1b S. 2 AÜG hierzu Ausnahmen geregelt sind. Systematisch handelt es sich um eine **Verbotsnorm, welche grundsätzlich die Überlassung von Arbeitnehmern im Baugewerbe untersagt**. Im Unterschied hierzu handelt es sich bei den zuvor behandelten Ausnahmen um Fallgestaltungen, worauf das AÜG von vorne herein keine Anwendung findet. Was ein Baubetrieb ist, ergibt sich aus § 1 der Baubetriebe-Verordnung.¹⁴¹ Hiernach sind Betriebe des Baugewerbes solche Betriebe, die gewerblich überwiegend Bauleistungen auf dem Baumarkt erbringen. Nach § 175 Abs. 2 S. 2 SGB III sind Bauleistungen alle Leistungen, die der Herstellung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen.

Nach § 1b S. 2 AÜG ist die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes ausnahmsweise gestattet **zwischen Betrieben des Baugewerbes und anderen Betrieben**, wenn diese Betriebe erfassende, für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge dies bestimmen und **zwischen Betrieben des Baugewerbes**, wenn der verleihende Betrieb nachweislich seit mindestens drei Jahren von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst wird.

Erfolgt eine Arbeitnehmerüberlassung in einen Betrieb des Baugewerbes, obwohl keiner der genannten Ausnahmetatbestände des § 1b S. 2 AÜG gegeben ist, ist der **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nach § 134 BGB nichtig**.¹⁴² Nach der Rechtsprechung wird jedoch eine analoge Anwendung von § 10 AÜG (vgl. hierzu unten V.), wonach ein Arbeits-

¹⁴¹ BAG, Urt. v. 17.02.2000 – III ZR 78/99, AP Nr. 1 zu § 12a AFG = NZA 2000, 608.

¹⁴² ErfKomm/Wank, § 1b AÜG Rn. 6.

verhältnis mit dem Entleiher begründet würde, abgelehnt.¹⁴³ Gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 f AÜG drohen sowohl dem **Verleiher** und dem **Entleiher** ein **Bußgeld**.

14.4.3 Vertragsbeziehungen

Zwischen Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer besteht in vertraglicher Hinsicht ein Dreiecksverhältnis. Zwischen dem Verleiher und dem Entleiher wird ein **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** geschlossen. Der Entleiher hat mit dem Leiharbeitnehmer zwar keine vertragliche Beziehung. Es besteht in diesem Verhältnis jedoch das **Direktionsrecht** des Entleihers als Arbeitgeber. Anders stellt sich die Situation für den Arbeitnehmer im Verhältnis zum Verleiher dar. Zwischen diesen Parteien besteht ein **Leiharbeitsvertrag**, der nach den allgemeinen Vorschriften des BGB begründet wird.

151

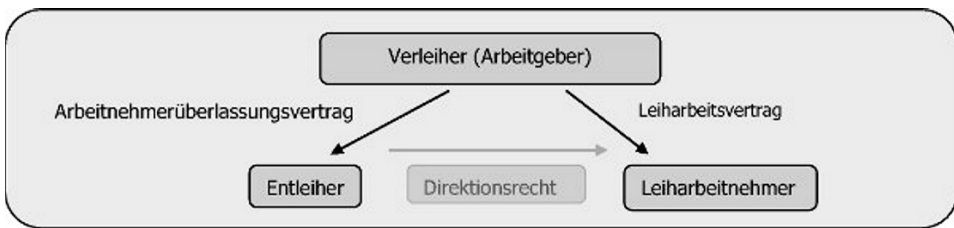


Abb. 14.3 Schaubild: Vertragsbeziehungen nach dem AÜG

14.4.3.1 Vertragsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher

Zwischen dem Verleiher und dem Entleiher wird der **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** in **schriftlicher Form** (§ 12 Abs. 1 S. 1 AÜG) geschlossen. Bei Missachtung der Schriftform ordnet § 125 BGB die Nichtigkeit des Vertrages an.¹⁴⁴ In diesem Vertrag verpflichtet sich der Verleiher gegenüber dem Entleiher, diesem die gewünschte Anzahl an Leiharbeitnehmern mit der entsprechenden Qualifikation zur gewünschten Zeit zur Verfügung zu stellen.¹⁴⁵ Der Entleiher hat dagegen als Hauptpflicht gegenüber dem Verleiher, die Zahlung des vereinbarten Entgelts für die Überlassung vorzunehmen.

152

Neben der Schriftform normiert § 12 AÜG **Hinweispflichten** des Verleihers gegenüber dem Entleiher. Zunächst ist gem. § 12 Abs. 1 S. 2 AÜG die Erklärung abzugeben, dass die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 AÜG vorliegt. Der Verleiher hat den Entleiher weiterhin unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten, § 12 Abs. 2 S. 1 AÜG. In den Fällen der Nichtverlängerung (§ 2 Abs. 4 Satz 3 AÜG),

153

¹⁴³ ErfKomm/Wank, § 1b AÜG Rn. 6; BAG, Urt. V. 13.12.2006, AP AÜG § 1 Nr. 31

¹⁴⁴ BGH, Urt. v. 17.01.1984 – VI ZR 187/82, NJW 1984, S. 1456.

¹⁴⁵ Schaub/Koch, ArbR-Hdb., § 120 Rn. 83.

der Rücknahme (§ 4 AÜG) oder des Widerrufs (§ 5 AÜG) hat der Verleiher den Entleiher ferner auf das voraussichtliche Ende der Abwicklung (§ 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG) und die gesetzliche Abwicklungsfrist (§ 2 Abs. 4 Satz 4 letzter Halbsatz AÜG) hinzuweisen, § 12 Abs. 2 S. 2 AÜG.

Der Entleiher hat dagegen nach § 12 Abs. 1 S. 3 AÜG anzugeben, welche besonderen Merkmale die für den Leiharbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat, welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich ist und welche im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts gelten. Diese Angaben sind jedoch ausnahmsweise entbehrlich, wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG oder des § 9 Nr. 2 AÜG vorliegen.

14.4.3.2 Vertragsbeziehung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer

- 154 Zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer wird der **Leiharbeitsvertrag** abgeschlossen. Hierbei gelten grundsätzlich die allgemeinen arbeitsrechtlichen Normen, die in dem Abschnitt „Individualarbeitsrecht“ dargelegt wurden. In diesem Verhältnis schuldet der Arbeitnehmer die **Arbeitsleistung**. Da er diese gegenüber einem Dritten erbringen soll, bedarf es der Zustimmung des Arbeitnehmers gem. § 613 S. 2 BGB. Der Verleiher als Arbeitgeber schuldet dagegen vor allem die Zahlung der **Vergütung**. Darüber hinaus gibt das AÜG auch dem Verleiher Hinweispflichten auf, die in § 11 AÜG geregelt sind.

14.4.3.3 Vertragsbeziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer

- 155 Zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht **keine vertragliche Beziehung**. Da der Arbeitnehmer mit seinem Einverständnis in den Betrieb des Entleihers eingegliedert wurde, unterliegt der Arbeitnehmer jedoch dem **Direktionsrecht** des Entleihers. Dem Arbeitnehmer obliegen gegenüber dem Entleiher dagegen Schutzpflichten wie Verschwiegenheits- und Sorgfaltspflichten.¹⁴⁶

14.4.4 Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG

- 156 Bevor ein Leiharbeitgeber seiner wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen kann, hat dieser zum Schutze der Arbeitnehmer zahlreiche gewerberechtliche Besonderheiten im Rahmen des AÜG zu berücksichtigen, die im Folgenden dargestellt werden sollen.

14.4.4.1 Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG

- 157 Der Arbeitgeber, der gewerbsmäßig Dritten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlässt, ohne hierbei private Arbeitsvermittlung zu betreiben, bedarf nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG einer besonderen **Erlaubnis** der Bundesagentur für Arbeit.

¹⁴⁶ Schaub/Koch, ArbR-Hdb., § 120 Rn. 66.

14.4.4.2 Erlaubnisfreiheit nach § 1a AÜG

Das Erfordernis einer Erlaubnis entfällt für den Arbeitgeber jedoch, wenn die Voraussetzungen des § 1a Abs. 1 AÜG vorliegen. Für den Arbeitgeber besteht dann gem. § 1a Abs. 2 AÜG lediglich eine **Anzeigepflicht**. 158

Hinweis

Beachte:

Einer Erlaubnis bedarf es nach § 1a Abs. 1 AÜG nicht, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- Im Betrieb des Arbeitgebers sind **weniger als 50 Arbeitnehmer** beschäftigt,
- die Überlassung **vermeidet Kurzarbeit oder Entlassungen** und
- der überlassene Arbeitnehmer wurde **nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt** und
- die Überlassung überschreitet die **Dauer von 12 Monaten** nicht.

14.4.4.3 Antragserfordernis

Nach § 2 Abs. 1 AÜG ergeht die Erlaubnis auf **schriftlichen Antrag**. Die Erlaubnis erteilt die Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit (§ 17 AÜG), in deren Bezirk der Verleiher seinen Geschäftssitz hat.¹⁴⁷ Inhaltliche Anforderungen an den Antrag stellt § 2 AÜG nicht. Es ist demnach ausreichend, dass dem Antrag hinreichend klar zu entnehmen ist, wer der Antragsteller ist und dass eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG begehrt wird.¹⁴⁸ 159

14.4.4.4 Erlaubniserteilung nach § 2 AÜG

Soweit die gewerberechtlichen Voraussetzungen vorliegen, ist dem Antragsteller die Erlaubnis zu erteilen. Der Anspruch auf Erteilung ergibt sich dabei aus §§ 2, 3 Abs. 1 AÜG. Die Bundesanstalt für Arbeit kann unter Ausübung ihres **pflichtgemäßen Ermessens** die Erlaubnis unter **Bedingungen** erteilen oder mit **Auflagen** verbinden, § 2 Abs. 2 S. 1 AÜG. Weiterhin ist es zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung¹⁴⁹ möglich, dass die Erlaubnis gem. § 2 Abs. 3 AÜG unter dem **Vorbehalt des Widerrufs** erteilt wird, wenn eine abschließende Beurteilung des Antrags noch nicht möglich ist. 160

Das Gesetz sieht die zwingende **Befristung** der Erlaubnis auf ein Jahr vor, § 2 Abs. 4 S. 1 AÜG. Es ist der Bundesagentur für Arbeit jedoch gem. § 2 Abs. 5 S. 1 AÜG möglich, eine Erlaubnis nach drei aufeinanderfolgenden Jahren mit befristeter Erlaubniserteilung in unbefristeter Form zu erteilen. 161

¹⁴⁷ Schaub/Koch, ArbR-Hdb., § 120 Rn. 31.

¹⁴⁸ Schüren/Schüren, AÜG, § 2 Rn. 13.

¹⁴⁹ Schüren/Schüren, AÜG, § 2 Rn. 58.

14.4.4.5 Versagungsgründe nach § 3 AÜG

- 162** Die Gründe für die Versagung der Erlaubnis oder deren Nichtverlängerung ergeben sich aus § 3 AÜG. Die Norm ist so ausgestaltet, dass **Abs. 1** einen **allgemeinen Katalog von Versagungsgründen** aufführt, der für alle Antragsteller gilt. Wenn diese Versagungsgründe vorliegen **ist zwingend die Erlaubnis zu versagen**, insoweit steht der Behörde **kein Ermessen** zu.

Die weiteren **Abs. 2 bis 5** definieren dagegen spezielle Gründe für eine Versagung der grenzüberschreitenden gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitnehmerüberlassung bei Beteiligung von ausländischen

Hinweis

Aufzählung der zwingenden Versagungsgründe gem. § 3 Abs. 1 AÜG:

- Die erforderliche **Zuverlässigkeit** des Antragstellers ist nicht gegeben (**Nr. 1**).
 - Der Antragsteller ist durch die Gestaltung der **Betriebsorganisation** nicht in der Lage, die üblichen Arbeitgeberpflichten ordnungsgemäß zu erfüllen (**Nr. 2**).
 - Dem Leiharbeiter werden durch den Antragsteller für die Zeit der Überlassung die im Betrieb des Entleihers geltenden **wesentlichen Arbeitsbedingungen gem. § 8 AÜG** eines vergleichbaren Arbeitnehmers nicht gewährt (**Nr. 3**).
- 163** Der Begriff der erforderlichen **Zuverlässigkeit** aus § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum dar und ist somit durch die Gerichte voll überprüfbar. Unter Zugrundelegung des Schutzzweckes, dem das AÜG dient, kommt es im Rahmen der Zuverlässigkeit im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG darauf an, ob sich aus bestimmten Verhaltensweisen oder Eigenschaften des Antragstellers ersehen lässt, dass er die gewerbsmäßige Überlassung von Arbeitnehmern nicht im Einklang mit den bestehenden Vorschriften ausüben will, sondern vielmehr versuchen wird, die allgemeinen Arbeitgeberpflichten und die Risiken der Arbeitnehmerüberlassung nicht tragen zu müssen.¹⁵⁰
- 164** Die Gestaltung der **Betriebsorganisation** muss den Arbeitgeber in eine Lage versetzen, die es ihm ermöglicht, die üblichen Arbeitgeberpflichten ordnungsgemäß zu erfüllen. § 3 Abs. 1 Nr. 2 AÜG und das Maß der Betriebsorganisation ist dabei immer im Zusammenhang mit dem zu erreichenden Ziel einer Erfüllung der Arbeitgeberpflichten zu betrachten in gewissem Maße vom Einzelfall abhängig. Die Betriebsstätte muss jedoch von gewisser Dauer sein und die Zustellbarkeit der Post gewährleisten. Weiterhin muss es die Organisation ermöglichen, dass die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuern sowie die rechtzeitige Abrechnung und Auszahlung von Arbeitsentgelten stattfinden kann.¹⁵¹
- 165** Die Gewährleistung der **wesentlichen Arbeitsbedingungen gem. § 8 AÜG** eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Betrieb des Entleihers stellt für den Antragsteller gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG ein umfassendes Gleichstellungsgebot dar. Da der Gesetzgeber die we-

¹⁵⁰ ErfKomm/Wank, § 3 AÜG Rn. 3.

¹⁵¹ Schüren/Schüren, AÜG, § 3 Rn. 155.

sentlichen Arbeitsbedingungen früher nicht näher bestimmt hatte, war für die Definition auf Art. 3 Abs. 1 lit. f), i, ii der RL 2008/104/EG¹⁵² zurückzugreifen.¹⁵³ Mit der ab dem 01.04.2017 gültigen neu gefassten Vorschrift gem. § 8 AÜG ist das Gleichstellungsgebot in dem AÜG nunmehr ausdrücklich normiert (vgl. unten V. Ziff. 6.).

14.4.5 Wesentliche gesetzliche Vorgaben für die Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG

Für die Durchführung von Arbeitnehmerüberlassung gelten neben der oben bereits dargestellten Erlaubnispflicht weitere gesetzliche Vorgaben. Die Nichteinhaltung dieser gesetzlichen Vorgaben, lässt nicht die Anwendbarkeit des AÜG gänzlich entfallen, sondern führt zur Unzulässigkeit der Überlassung und hierdurch teilweise zu Sanktionen oder zur Unwirksamkeit. Diese wesentlichen gesetzlichen Vorgaben werden überblicksweise wie folgt dargestellt werden:

166

Hinweis

Wesentliche gesetzliche Vorgaben für die Arbeitnehmerüberlassung

- Vorliegen der Erlaubnis für den Verleiher, § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG (vgl. oben III.)
- Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer, § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG
- Ausdrückliche Bezeichnung des Vertrags zwischen dem Verleiher und Entleiher als Arbeitnehmerüberlassung, § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG
- Konkretisierung des zu überlassenden Arbeitnehmers in dem Vertrag zwischen den Verleiher und Entleiher vor der Überlassung in Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag, § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG
- Vorübergehende Überlassung eines bestimmten Arbeitnehmers unter Einhaltung der Höchstfrist von grundsätzlich 18 Monaten § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG i. V. m. Abs. 1 b AÜG
- Gleichbehandlung des Leiharbeitnehmers wie die Stammarbeitnehmer im Entleiher (sog. „Equal Pay-Anspruch“), § 8 AÜG

14.4.5.1 Vorliegen der Erlaubnis für den Verleiher, § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG

Dies wird bereits ausführlich **oben unter 14.4.3.** behandelt, so dass auf diese obige Passage verwiesen werden kann. Systematisch ist jedoch die Erlaubnispflicht als eine wesentliche gesetzliche Vorgabe für die Arbeitnehmerüberlassung einzuordnen, so dass diese auch hier mit aufzunehmen ist.

167

¹⁵² Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (Abl. L 327 v. 05.12.2008, S. 9).

¹⁵³ zur alten Rechtslage: Schaub/Koch, ArbR-Hdb., § 120 Rn. 52.

14.4.5.2 Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer, § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG

- 168 Arbeitnehmerüberlassung ist nach dem AÜG nur zulässig, wenn zwischen den Leiharbeitnehmern und dem Verleiher Arbeitsverhältnis besteht. Der Verleiher darf somit nur eigene Arbeitnehmer nach den Vorgaben des AÜG anderen überlassen. Die Arbeitnehmerüberlassung durch Dritte, bei welchen der zu überlassende Arbeitnehmer nicht angestellt ist, ist demnach unzulässig.

14.4.5.3 Ausdrückliche Bezeichnung des Vertrags zwischen dem Verleiher und Entleiher als Arbeitnehmerüberlassung, § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG

- 169 Im Vertrag zwischen dem Verleiher und Entleiher ist die Überlassung von Arbeitnehmern ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen. Mit dieser ab dem 01.04.2017 gültigen Regelung sollen eine sog. „verdeckte Arbeitnehmerüberlassung“ und die bis dahin teilweise gängig Praxis der sog. „Vorratserlaubnisse“ unterbunden werden.
- 170 Nach der bis zum 01.04.2017 gültigen Rechtslage war es möglich, trotz des tatsächlichen Vorliegens einer Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG (vgl. oben Kapitel I.), das Vertragsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Entleiher anders oder gar nicht konkret zu bezeichnen. Bevorzugt werden solche Verträge vordergründig gerne als Werkverträge deklariert (zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträgen vgl. oben Kapitel 14.4.1 Ziffer 3. Rn 137). Vorsorglich für den Fall, dass später (z.B. durch eine Arbeitsgericht) festgestellt wird, dass die Voraussetzungen des AÜG im konkreten Fall vorliegen, konnte sich der Verleiher nach der alten Rechtslage von vorne herein eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung (sozusagen „auf Vorrat“) erteilen lassen, damit auch trotz der (ggf. bewusst) fehlerhaften Deklaration des Vertragsverhältnisses bis zur Aufdeckung der tatsächlichen Sach- und Rechtslage eine zulässige (jedoch aber eine verdeckte) Arbeitnehmerüberlassung stattfinden konnte.

14.4.5.4 Konkretisierung des zu überlassenden Arbeitnehmers in dem Vertrag zwischen den Verleiher und Entleiher vor der Überlassung in Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag, § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG

- 171 Zur besseren Kontrolle und Unterbindung von Möglichkeiten der nachträglichen Manipulation hat der Gesetzgeber ab dem 01.04.2017 auch festgelegt, dass die Person der zu überlassenden Arbeitnehmer vor der Überlassung in Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag ausdrücklich vertraglich zu bestimmen und zu benennen ist. Aufgrund der nunmehr geltenden konkreten Höchstdauern für die Überlassung von einzelnen Arbeitnehmern (vgl. unten Ziff. 5.) ist diese Vorgabe auch zur rechtssicheren Umsetzung und Einhaltung dieser Höchstdauern.

14.4.5.5 Vorübergehende Überlassung eines bestimmten Arbeitnehmers unter Einhaltung der Höchstfrist von grundsätzlich 18 Monaten § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG i. V. m. Abs. 1 b AÜG

Nach der ab dem 01.04.2017 geltenden Rechtslage ist die bisherige unbestimmte Formulierung, dass die Überlassung von konkreten Arbeitnehmern nur „vorübergehend“ zu erfolgen hat, durch die Festlegung konkreter Höchstfristen konkretisiert worden. Im Gegensatz zu der alten Rechtslage werden an eine Überschreitung dieser Höchstfristen auch konkrete Rechtsfolgen und Sanktionen geknüpft. 172

Hierzu verweist das Gesetz in § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG auf den neu eingeführten § 1 Abs. 1b AÜG. Diese Regelung beinhaltet neben dem gesetzlichen Grundfall unter bestimmten Voraussetzungen Möglichkeiten für Abweichungen durch Tarifverträge und aufgrund von Betriebsvereinbarungen, wenn diese Tarifverträge hierfür Öffnungsklauseln enthalten, so dass diese gesetzliche Vorschrift sehr kompliziert und verklausuliert ausgefallen ist und daher schwer zu verstehen ist. 173

Noch relativ einfach daraus zu entnehmen ist der gesetzliche Grundfall ohne dem Bestehen und der Anwendbarkeit von abweichenden kollektivrechtlichen Normen hierzu. Demnach darf gem. § 1 Abs 1b S.1 AÜG darf der Verleiher den ein und denselben Leiharbeiter nur maximal 18 aufeinander folgende Monate dem ein und denselben Entleiher überlassen und der Entleiher darf denselben Leiharbeiter auch nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate tätig werden lassen. Hiermit ist seitens des Gesetzgebers klargestellt, dass ein bestimmter Leiharbeiter grundsätzlich nur 18 Monate am Stück bei einem bestimmten Entleiher beschäftigt werden darf. § 1 Abs 1b S.2 AÜG regelt, dass **vorherige Überlassungszeiträume durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher auf die Höchstfrist vollständig anzurechnen sind, wenn zwischen den Einsätzen nicht mehr als drei Monate liegen**. 174

§ 1 Abs 1b S.3 bis S.8 AÜG regeln nunmehr die Möglichkeiten einer Abweichung der Höchstdauer durch Tarifverträge der Einsatzbranche und bei Vorhandensein von Öffnungsklauseln auch durch Betriebsvereinbarungen, wobei die Höchstdauer der Überlassung nach den einschlägigen Tarifverträgen und den darauf basierenden Betriebsvereinbarungen in bestimmten Fällen zumindest theoretisch sogar unbegrenzt festgelegt werden könnte. Ob die Rechtsprechung in solchen Fällen tatsächlich die Festlegung einer unbegrenzten Überlassungsdauer in den einschlägigen Fällen auf kollektivrechtlicher Ebene tolerieren würde, bleibt abzuwarten, da dies dem beabsichtigten Zweck des Gesetzgebers die Überlassungsdauer zu begrenzen deutlich widersprechen würde. Wie bereits einleitend hierzu ausgeführt, gestalten sich diese Ausnahmeregelungen sehr komplex. **Es empfiehlt sich daher, wenn aufgrund von Tarifverträgen der Einsatzbranche von der gesetzlichen Regelungen abweichende längere Überlassungshöchstdauern geregelt werden sollen dies einer juristischen Prüfung unterziehen zu lassen**. Dennoch sollen im Folgenden die Varianten überblicksweise dargestellt werden. 175

Sofern der **Entleiher in Bezug auf einen solchen Tarifvertrag der Einsatzbranche tarifgebunden** ist (Mitgliedschaft im dem entsprechenden Arbeitgeberverband) und dort eine 176

abweichende Höchstgrenze geregelt ist, gilt auch die abweichende Höchstgrenze für die Dauer der Arbeitnehmerüberlassung an diesen. Soweit ein solcher Tarifvertrag bei Tarifbindung des Entleihers keine abweichende Höchstgrenze aber eine Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen zur Regelung einer abweichenden Höchstgrenze vorsieht, kann auch in den Betrieben des Entleihers durch Betriebsvereinbarung eine abweichende Überlassungsdauer geregelt werden.

- 177 Sofern der **Entleiher in Bezug auf einen solchen Tarifvertrag der Einsatzbranche nicht tarifgebunden** ist (keine Mitgliedschaft im dem entsprechenden Arbeitgeberverband) und in dem Tarifvertrag eine abweichende Höchstgrenze geregelt ist, kann genau diese abweichende Höchstgrenze in einer Betriebsvereinbarung im Betrieb des Entleihers übernommen werden. Sieht in einem solchen Fall der Tarifvertrag keine abweichende Höchstgrenze aber eine Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen vor, kann durch eine solche Betriebsvereinbarung im Betrieb des Entleihers eine Überlassungsdauer von maximal 24 Monaten geregelt werden. Sieht der Tarifvertrag eine abweichende Höchstgrenze und eine Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen vor, kann durch eine solche Betriebsvereinbarung im Betrieb des Entleihers eine Überlassungsdauer bis zur tarifvertraglichen Höchstgrenze geregelt werden.

14.4.5.6 Gleichbehandlung des Leiharbeitnehmers wie die Stammarbeitnehmer im Entleihers (sog. „Equal Pay-Anspruch“), § 8 AÜG

- 178 Gem. § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG ist der Verleiher verpflichtet dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes zu gewähren. Es wird hiermit ein umfassender Gleichstellungsgrundsatz geregelt. Gem. § 8 Abs. 1 S. 2 AÜG wird bei Zahlung des für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geschuldeten tarifvertraglichen Entgeltes wird eine Gleichstellung hinsichtlich des Entgeltes vermutet. Diese Vermutung gilt ebenfalls, wenn kein Tarifvertrag auf die Arbeitsverhältnisse der vergleichbaren Arbeitnehmer im Entleihbetrieb anwendbar ist und der Verleiher das in der Einsatzbranche des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltende tarifvertragliche Entgelt gewährt. Wenn im Betrieb des Entleihers dem vergleichbaren Stammpersonal Sachbezüge gewährt werden, kann der Verleiher den Leiharbeitnehmern einen Wertausgleich in Euro hierfür gewähren.
- 179 Gem. § 8 Abs. 2 AÜG kann durch einen **Tarifvertrag für die Arbeitnehmerüberlassungsbranche vom dem Gleichstellungsgrundsatz in Bezug auf die Arbeitsbedingungen abgewichen werden**. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung dieses einzelvertraglich vereinbaren. Eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz hinsichtlich des Arbeitsentgeltes durch einen solchen Tarifvertrag der Arbeitnehmerüberlassungsbranche darf § 8 Abs. 4 AÜG aber nur in den ersten 9 Monaten erfolgen. Eine längere Abweichung hinsichtlich des Arbeitsentgeltes bis zu 15 Monaten ist nur zulässig, wenn der Leiharbeitnehmer nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen stufenweise an das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer herangeführt wird. **Die gem. § 3a Abs. 2 des AÜG durch Rechtsverordnung festgesetzten Mindeststundenentgelte**, welche entsprechend

der Übergangsvorschrift gem. § 24 MiLoG bis zum 31.12.2017 teilweise Ausnahmen vom Mindestlohngesetz (MiLoG) darstellen können (vgl. Rn. 24), **dürfen aber zu keinem Zeitpunkt unterschritten werden.**

Eine solche vom Gleichbehandlungsgrundsatz abweichende tarifliche Regelung gilt aber nicht für Leiharbeitnehmer, welche in den letzten 6 Monaten vor der Überlassung aus einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher oder mit einem Arbeitgeber, welcher mit dem Entleiher im Sinne des § 18 Aktiengesetzes (AktG) einen Konzern bildet, ausgeschlossen ist. 180

14.4.6 Folgen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung und von Verstößen gegen das AÜG, §§ 9, 10 AÜG und § 16 AÜG

Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung und bestimmte Verstöße gegen das AÜG führen gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1, 1a und 1b AÜG zur Unwirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zwischen dem Verleiher und dem Entleiher bzw. teilweise auch zur Unwirksamkeit des (Arbeits-)Vertrags zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer. Weiter regeln § 9 Abs. 1 Nr. 2, 2a, 3, 4 und 5 die Unzulässigkeit bestimmter Vereinbarungen zwischen den Beteiligten mit der Rechtsfolge, dass lediglich diese Vereinbarung unzulässig ist. Darüber hinaus führen diverse Verstöße gem. auch gem. § 16 AÜG auch zur Ahndung durch Bußgelder. Im Folgenden beschränkt sich die Darstellung im Wesentlichen auf Rechtsverstöße, welche die Unwirksamkeit der Arbeitnehmerüberlassung zur Folge haben, und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen, weil dies es sich hier um die signifikantesten Verstöße mit den erheblichsten Auswirkungen handelt. 181

Folgende Rechtsverstöße führen grundsätzlich zur Unwirksamkeit von Verträgen zur Arbeitnehmerüberlassung: 182

Wenn **der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis besitzt** sind sowohl **der Vertrag zwischen dem Verleiher und den Entleiher** als auch **der (Arbeits-) Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer unwirksam** (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG).

Wenn im Vertrag zwischen dem Verleiher **entgegen § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG die Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche bezeichnet und die Person des Leiharbeitnehmers nicht konkretisiert ist**, ist der **Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer unwirksam** (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG).

Bei Überschreitung zulässige Überlassungshöchstdauer gem. § 1 Abs. 1 b AÜG ist der **Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer unwirksam** (§ 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG).

Sofern gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1, 1a und 1 b AÜG für den (Arbeits-)Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Unwirksamkeitsgrund vorliegt, sehen diese Regelungen i.V.m. § 9 Abs 2 AÜG als Ausnahme hierzu eine Möglichkeit für den Leiharbeitnehmer vor, die Unwirksamkeit seines Arbeitsvertrags dadurch zu beseitigen in dem er durch eine fristgebundene schriftliche Erklärung gegenüber dem Verleiher oder Entleiher an dem Arbeitsverhältnis mit Verleiher festhalten kann. Hierdurch soll die Rechtsstellung des Leiharbeitnehmers, welcher für die Rechtsverletzungen des Verleihers und des Entlei- 183

hers nicht verschuldet hat, gestärkt werden, als dass dieser nicht gegen seinen Willen sein Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher verliert.

Demnach ist im Fall des § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG (fehlende Erlaubnis Verleihers) der (Arbeits-)vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer **nicht unwirksam**, wenn der Leiharbeitnehmer schriftlich bis zum **Ablauf eines Monats nach dem zwischen dem Verleiher und Entleiher vorgesehenen Zeitpunkt für den Beginn der Überlassung** gegenüber dem Verleiher oder Entleiher erklärt, dass er an dem Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher festhält. Wenn die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit des Leiharbeitnehmers zu einem späteren Zeitpunkt (d.h. wenn der Verleiher seine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach Aufnahme der Tätigkeit des Leiharbeitnehmers verliert) eintritt, beginnt die Erklärungsfrist auch erst mit Eintreten der Unwirksamkeit.

Im Fall des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG (fehlende ausdrückliche Bezeichnung der Arbeitnehmerüberlassung und Konkretisierung des Leiharbeitnehmers) ist der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer **nicht unwirksam**, wenn der Leiharbeitnehmer schriftlich bis zum **Ablauf eines Monats nach dem zwischen dem Verleiher und Entleiher vorgesehenen Zeitpunkt für den Beginn der Überlassung** gegenüber dem Verleiher oder Entleiher erklärt, dass er an dem Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher festhält.

Im Fall des § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG (Überschreitung der zulässigen Überlassungshöchstdauer) ist der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer **nicht unwirksam**, wenn der Leiharbeitnehmer schriftlich bis zum **Ablauf eines Monats nach Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer** gegenüber dem Verleiher oder Entleiher erklärt, dass er an dem Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher festhält.

- 184** Wenn eine Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen dem Verleiher und dem Entleiher nach den o. g. Vorschriften gegeben ist (vgl. oben Rn 183) und der Leiharbeitnehmer diese auch nicht durch eine wirksame und fristgerechte Erklärung, an dem Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher festhalten zu wollen, beseitigt wird, ergeben sich anschließenden **Rechtsfolgen der Unwirksamkeit** aus § 10 AÜG. Die Schutzwürdigkeit der Arbeitnehmer erfordert es, dass gem. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG eine **Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer** greifen muss.¹⁵⁴ Der Inhalt dieses Arbeitsverhältnisses ist im AÜG nicht umfassend geregelt. Gem. § 10 Abs. 1 S. 3 AÜG gilt die zwischen dem Verleiher und dem Entleiher vorgesehene Arbeitszeit als vereinbart. Soweit zwischen dem Verleiher und dem Entleiher keine Regelung besteht, greift § 10 Abs. 1 S. 4 AÜG ein und sorgt hinsichtlich Inhalt und Dauer des Arbeitsverhältnisses für die Anwendung der für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften.

Insoweit knüpft der Gesetzgeber an solche gravierende Verstößen gegen die Vorschriften gegen das AÜG sehr weitreichende Rechtsfolgen. Der Entleiher wird in solchen Fällen automatisch kraft Gesetz der Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers, womit dieser zu seiner Stammebelegschaft zählt, ohne dass, dieser mit diesem einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder dies beabsichtigt war (sog. gesetzliche Fiktion).

¹⁵⁴ Zu den Einzelheiten siehe: Schüren/Schüren, AÜG, § 10 Rn. 20 ff.

14.4.7 Kollektivrechtliche Auswirkungen der Arbeitnehmerüberlassung

Betriebsverfassungsrechtlich ist der Leiharbeiter dem Betrieb des Verleihers zugeordnet, § 14 Abs. 1 AÜG. Gem. § 14 Abs. 2 AÜG bestehen umfangreiche Beteiligungsrechte des Betriebsrats des Entleiherbetriebes auch für Maßnahmen, die den Leiharbeiter betreffen.¹⁵⁵ In diesem Rahmen wird in der ab dem 01.04.2017 gültigen Fassung des Gesetzes unter anderem ausdrücklich klargestellt, dass, soweit Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG), das Europäische Betriebsräte-Gesetz sowie der auf Basis dieser Gesetze erlassenen Wahlordnungen eine bestimmte Anzahl oder Anteil von Arbeitnehmern voraussetzen, auch Leiharbeiter im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen. Dies ist lediglich ausdrücklich bei dem Schwellenwert für einen erzwingbaren Sozialplan im Sinne des § 112 a BetrVG ausdrücklich ausgeschlossen.

185

In Bezug auf die Wahl des Betriebsrates im Entleiherbetrieb stellt § 14 Abs. 1 S. 1 AÜG klar, dass Leiharbeiter dort nicht als Betriebsräte wählbar sind somit Ihnen kein passives Wahlrecht zusteht. Auch in Bezug aktive Wahlrecht für den Betriebsrat des Entleiherbetriebes ergeben sich durch die o.g. gesetzlichen Neuerungen keine Änderungen, da § 7 Abs. 2 BetrVG regelt, Leiharbeiter im Entleiherbetrieb nur wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden.

186

14.5 Arbeitnehmerentsendegesetz

Das **Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG)** formuliert Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend in das Inland entsandte Arbeitnehmer und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer. Das Gesetz erreicht diese Arbeitsbedingungen durch Erstreckung tarifvertraglicher Mindestlöhne auf alle Arbeitnehmer einer Branche. Dabei werden Branchen erfasst, welche in der Regel eine Tarifbindung von über 50 % aufweisen.¹⁵⁶

187

Inhaltlich differenziert das Gesetz zwischen den **allgemeinen Arbeitsbedingungen** und **tariflichen Arbeitsbedingungen**, die im Folgenden näher beleuchtet werden sollen. Weiterhin bestehen Regelungen in den §§ 10 ff. AEntG speziell für die Pflegebranche, die bei der Betrachtung jedoch ausgeblendet werden.¹⁵⁷

14.5.1 Allgemeine Arbeitsbedingungen

§ 2 AEntG setzt das Vorhandensein von Rechts- und Verwaltungsvorschriften hinsichtlich bestimmter Arbeitsbedingungen voraus und erstreckt diese zwingend auf sämtliche

188

¹⁵⁵ Umfassend hierzu: Schaub/Koch, § 120 Rn. 90 ff.

¹⁵⁶ BR-Drs. 542/08, S. 12; Küttner/Röller, Personalbuch 2011, Arbeitnehmerentsendung, Rn. 4.

¹⁵⁷ Umfassend hierzu: Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., § 162 Rn. 49 ff.

Arbeitsverhältnisse zwischen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern und deren im Ausland ansässigen Arbeitgebern. Insbesondere zu erwähnen ist hierbei § 2 Nr. 1 AEntG, der die Anwendung von **Mindestentgeltsätzen** im Sinne der Festlegungen nach dem Gesetz über die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG) vorschreibt.

Hinweis

Katalog nach § 2 AEntG:

§ 2 AEntG enthält einen Katalog der erfassten Regelungen aus nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften:

- Mindestentgeltsätze einschließlich Überstundensätze (**Nr. 1**)
- bezahlter Mindestjahresurlaub (**Nr. 2**)
- Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten (**Nr. 3**)
- Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen (**Nr. 4**)
- Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz (**Nr. 5**)
- Schutzmaßnahmen zugunsten von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen (**Nr. 6**)
- Gleichbehandlung von Männern und Frauen, sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen (**Nr. 7**)

Diese Arbeitsbedingungen finden im Gegensatz zu den tariflichen Arbeitsbedingungen unabhängig von der jeweiligen Branche Anwendung.

14.5.2 Tarifliche Arbeitsbedingungen

- 189** Gem. § 3 AEntG wird unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung von Rechtsnormen eines bundesweiten Tarifvertrages zwingend auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen im räumlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmern erstreckt (sog. **Tarifnormerstreckung**). Diese Wirkung tritt nach § 3 AEntG zunächst ein, soweit eine Rechtsverordnung nach § 7 AEntG gegeben ist oder der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wurde.
- 190** Die Tarifnormerstreckung kann jedoch nur greifen, soweit neben den Anforderungen aus § 3 AEntG eine einbezogene Branche gegeben ist (§ 4 AEntG), Gegenstand des Tarifvertrages Arbeitsbedingungen im Sinne von § 5 AEntG sind und die besonderen Regelungen aus § 6 AEntG die Anwendung nicht ausschließen. Die von § 4 AEntG einbezogenen Branchen sind dabei für das Facility Management von erheblicher Bedeutung, da insbesondere das **Baugewerbe** (§ 4 Nr. 1), die **Gebäudereinigung** (§ 4 Nr. 2) sowie die **Sicherheitsdienstleistungen** (§ 4 Nr. 4) erfasst werden.

Hinweis**Beachte:**

Betreffend des Bereichs des Facility Managements ist nach den o.g. Vorschriften durch Verordnung die Tarifnormerstreckung folgende Tarifverträge geregelt:

- **Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne für gewerbliche Arbeitnehmer in der Gebäudereinigung im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland** (TV Mindestlohn) vom 30. Oktober 2015 (TVMindestlohnGebäude 2016), **wobei die Verordnung bis zum 31.12.2017** gültig ist.
- **Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft, Deutschland** - TV Mindestlohn vom 25.9.2013, verbindlich ab 1.2.2014 durch die zweite Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für Wäschereien im Objektkundengeschäft vom 27.1.2014 (BANz. AT 31.01.2014 V1). **Die Verordnung tritt am 30.9.2017 außer Kraft.**

Quelle: Bundesministerium für Arbeit und Soziales Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge Stand: 1. April 2017

14.5.3 Wirkungen der Tarifnormerstreckung

Liegen die Voraussetzungen der Tarifnormerstreckung vor, ergeben sie die rechtlichen Folgen aus § 8 AEntG. Hiernach sind in- und ausländische Arbeitgeber verpflichtet, ihren Arbeitnehmern mindestens die in dem Tarifvertrag für den Beschäftigungsort vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren sowie einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien die Beiträge zu leisten, die der Einrichtung nach § 5 Nr. 3 AEntG zustehen. Dies gilt nach § 8 Abs. 2 AÜG auch dann, wenn der Arbeitgeber an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist. Es ist dem Arbeitgeber auch nicht möglich, sich dieser Rechtsfolge durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern zu entziehen, da die Rechtsnormen des Tarifvertrags in diesen Fällen nach § 8 Abs. 3 AÜG auch für den Leiharbeitnehmer gilt.

191

Service teil

Sachwortverzeichnis – 771

Sachwortverzeichnis

3-W-Regel 102

A

- Abbruch 475
- Abfallbeseitigung 203
- Abfallbesitzer 397
- Abfälle aus Gewerbe und Industrie 423
- Abfälle aus privaten Haushaltungen 423
- Abfallentsorgung 205
- Abfallentsorgungsvertrag 409
- Abfallerzeuger 409
- Abfallhierarchie 421
- Abfallhof 421
- Abfallrahmenrichtlinie 421
- Abfallsammelraum 421
- Abflussprinzip 660, 667, 693
- Abflussprinzips 695
- Abgastemperatur 502
- Abhandenkommen von Sachen 387
- Abhängigkeit, persönliche 711
- Ableseprotokoll 670
- Ablesung 675
- Abnahme 178
- Abrechnungseinheit 681
- Abrechnungsmodalitäten 233
- Abtretungsverbot 241
- Abwasserabgabengesetzes 458
- Abwasserentsorgung 409
- Abwasserverordnung 458
- allgemein anerkannte Regeln der Technik 188, 400, 479
- Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) 158
 - , Unwirksamkeit 160
- Allgemeinstrom 686
- allgemeinverbindlich 739
- Altlastenkataster 449
- Altlastensanierung 409
- Analyse 495
- Änderungskündigung 727
- Anfechtungsklage 408
- Angebot, Auswahl des wirtschaftlichsten 92
 - , Definition wirtschaftlichstes 92
- Angebotsphase 42
- Angebotsverfahren 35
- Angemessenheit der Preise oder Kosten 91
- Angestellte, leitende 712, 747
- Annahmeverzug 744
- Anordnungsrecht 232
- Anscheinsvollmacht 163
- Anspruchserhebungsprinzip 380
- Arbeit, abhängige 709
- Arbeitgeber 712
- Arbeitgeberverbände 737
- Arbeitnehmer 710
 - , Verhinderung des 719
- Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG 765
- Arbeitnehmerschutzrecht 721
- Arbeitnehmerüberlassung 752, 760
 - , Erlaubnis 756
 - , unerlaubte 763
- Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) 750
- Arbeitnehmerüberlassungsvertrag 755
- Arbeitsgemeinschaften 753
- Arbeitsgericht 723, 749
- Arbeitsgerichtsbarkeit 709
- Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) 709
- Arbeitskampfrecht 742
- Arbeitskampfrisiko 744
- Arbeitspflicht 715
- Arbeitsplatz, Wegfall 725
- Arbeitsrecht, kollektives 735
- Arbeitssicherheit 191
- Arbeitsstättenrichtlinien 284
- Arbeitsstättenverordnung 284
- Arbeitsverhältnis, befristetes 728
 - , fehlerhaftes 714
 - , Fiktion 764
 - , Haftung im 720
 - , Störungen im 718
 - , unbefristetes 728
- Arbeitsvermittlung 753
- Arbeitsvertrag 149, 154, 710, 712 f., 750
 - , Lehre vom fehlerhaften 714
- Architektur- und Ingenieurbüro 372
- „As-Built“ 260
- „As-Built“-Modell 250 f., 254, 261, 263, 266
- „As-Planned“-Modell 251
- Ästhetik 97
- Auditor 414, 536, 576
- Auditorenvertrag 415
- Aufhebung 104
 - , Informationspflichten 107
 - bei Vorliegen rechtfertigender Gründe nach VgV 105
- Aufhebungsvertrag 721, 728

Aufrechnungsverbot 241
 aufschiebende Wirkung 408
 Aufstellflächen 354
 Auftrag, Definition öffentlicher 20
 –, öffentlicher 20
 Auftraggeber, § 98 GWB 16
 –, öffentlicher 16
 –, staatsnahe 17
 –, aufgrund überwiegender Finanzierung 18
 Auftragsgeberidentifizierung 509
 Auftragswert, Schätzung 32
 Aufwendungsersatz 622
 Aufzug 681
 Aufzugswärter 681
 Ausführungsfrist 99
 Ausgleichsanspruch 448
 –, nachbarschaftsrechtlicher 383
 Auskunftspflicht 203
 Ausschluss 82
 Ausschlussfrist 657, 666
 – des § 4 S. 1 i.V.m. § 7 KSchG, materiell-rechtliche 723
 Ausschreibung 581
 Außenbeleuchtung 686
 Aussperrung 744
 Auswahlmessen 406
 Auswertungsmatrix 90
 AVV Baulärm 464
 AwSV 444, 460

B

Bauabfälle 419
 Bauauftrag 21
 Baubeseitigungsanordnung 475
 Baueinstellung 475
 Baugenehmigung 403
 Baugewerbe 754
 Bauherr 373
 Bauleistungen 22
 Bauleistungsversicherung 371
 Bauleitplanung 410
 bauliche Maßnahmen 609
 –, Baumaßnahmen durch den Mieter 612
 –, Instandhaltung und Instandsetzung 609
 –, Modernisierung 610
 –, Schönheitsreparaturen 612
 –, sonstige Baumaßnahmen durch den Vermieter 611
 Bauordnung 403, 674
 Bauordnungsrecht 469
 Bauordnungsverfügung 403, 475
 Bauplanungsrecht 469
 Baustelle 464
 Bauträger 373
 Bau- und Abbruchabfälle 426
 Bearbeitungsschaden 387
 Beauftragter, Bestellung 208
 Bebauungsplan 410
 Bedarfs- oder Eventualpositionen 64
 Bedingung 728
 Befriedungsfunktion 738
 Befristung 728
 Behinderte 201
 Behinderung 240, 266
 Behinderungssachverhalt 257, 266
 beiderseitige Tarifgebundenheit 739
 Bekanntmachung 72
 –, EU-weit 72
 –, Ex-Post- 108
 Belastungsarten 287
 Belegkopien 669
 Beleuchtungsanlagen 506
 Beratungsrechte 748
 Berichtswesen 134
 Berufsverbandsprinzip 737
 Beschaffungsgegenstand, Definition und Auswahl 42
 Beschaffung, strukturierte 511
 Beseitigung 418
 Besitzbegründungswille 420
 Besondere Vertragsbedingungen BIM 258
 Bestandsaufnahme 186, 489
 Bestandschutz 210
 Bestuhlungsplan 360
 Betreiber 445
 Betreiberhandbuch 544
 Betreiberpflichten 200, 557
 Betreiberverantwortung 192, 196, 264, 284, 543
 –, Sachverständigenprüfung 297
 –, Sicherstellung 296
 –, Überwachungspflicht 298
 betriebliche Übung 715, 718
 Betriebsbegriff 747
 Betriebseinrichtung 370
 Betriebserwerber 733
 Betriebshaftpflicht 376
 Betriebsinhaber, Wechsel 731
 Betriebskosten 98, 602
 Betriebskostenabrechnung, formelle und materielle Anforderungen 646, 657
 –, formelle und materielle Fehler 659
 –, formell wirksame 668
 –, Frist 667
 –, unverschuldetes Versäumen 667
 –, Zustellung 671

Betriebskosten, aperiodische **685**
–, aperiodisch entstehende **641**
–, Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten **604**
–, neue **653**
–, sonstige **641, 673, 684**
–, Verwaltungskosten **603**
Betriebskostenarten, verbrauchsabhängige **655**
Betriebskostenpauschale **697, 699**
Betriebskostenspiegel **665**
Betriebskostenverordnung **639**
Betriebskostenvorauszahlung **699**
Betriebspflicht **606**
Betriebsrat **713, 722, 746, 748**
–, Anhörungsrechte **748**
–, Beteiligungsrechte **748 f.**
–, erzwingbare Mitbestimmungsrechte **749**
Betriebsratsmitglieder **748**
Betriebsratswahl **746**
Betriebsrat, Unterrichtsrechte **748**
–, Wahl **748**
–, Widerspruchsrecht **748**
–, wirtschaftliche Angelegenheiten **745**
Betriebsrisiko **720**
Betriebssicherheitsverordnung **283, 444**
–, Rechtsgrundlagen **283**
Betriebsstilllegung **732**
Betriebsstrom **679, 681**
Betriebsübergang **729**
Betriebs- und Wirtschaftsstörungen **719**
Betriebsunterbrechungs-Versicherung **371**
Betriebsuntersagung **204**
Betriebsveräußerer **733**
Betriebsvereinbarung **749**
– als privatrechtlicher Normenvertrag **749**
Betriebsverfassung **745**
Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) **745**
–, persönlicher Geltungsbereich **746 f.**
–, sachlicher Geltungsbereich **746**
–, wahlberechtigte Arbeitnehmer **746 f.**
Betriebsverfassungsrecht **745**
Betriebszertifikat **528**
Bewertung der FM-Performance **581**
Bewertungslogik **583**
Bewertungsmatrix **509**
BGH **109**
Bienen- oder Wespenneest **684**
Bietergemeinschaft **84**
Bieter, technische und berufliche Leistungsfähigkeit **83**
–, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit **83**
BigBIM **249**

Bildschirmarbeitsverordnung **284**
BIM – BVB **261**
BIM-Manager **249 f., 255, 257 ff., 262, 264**
BIM-Modell **254, 256 f., 260 f., 262, 264 f., 267 f.**
Blei **455**
Blitzschutzanlage **692**
blue-pencil-Test **158**
Bodenschutz **205**
Bonus-Malus-System **231**
Brandmeldeanlage **359**
Brandmelde- und Sprinkleranlagen **692**
Brandschau **475**
Brandschutz **197, 333, 470**
–, abwehrender **338**
–, anlagentechnischer **338**
–, baulicher **338**
–, betrieblicher **338**
Brandschutzbeauftragter **343, 346**
Brandschutzdienststelle **350**
Brandschutzfunktionsstelle **352**
Brandschutzhelfer **343**
Brandschutzmanagementsystem **353**
Brandschutzordnung **343**
Brandschutz, organisatorischer **338**
–, vorbeugender **338**
Brandursachen **335**
Brauchwasserinstallation **455**
BREEAM **528**
Brennergröße **503**
Bruttowarmmiete **642**
Budget **192**
Budget-System **231**
Building Information Modeling **245**
Bundesbodenschutzgesetz **398, 437**
Bundesbodenschutzverordnung **437**
Bundes-Immissionsschutzgesetz **399**
Bürgschaft **236**
Businessplan **485**

C

Catering **165**
Centermanagement, Kosten **644**
Checklisten, Musterbeispiele **310**
closedBIM **248**
CO₂-Emission **486**
Computer Aided Facility Management (CAFM) **252**
Contracting **648**
Controlling **273, 485**

D

Dachrinnenreinigung 684, 692
 Dachziegel 203
 Darlegungs- und Beweislast 670
 Datenaustausch 258
 Datenerfassung 508
 Datenmanagement 256
 Datenschutz 240
 Dauerrechnung 664
 Dauerschuldverhältnis 143, 184
 Deichgebühren 673
 Dekontaminationsmaßnahmen 439
 Denkmal 478
 Denkmalschutzrecht 478
 Details der Services 572
 DGNB 414, 528
 Diagnose 498
 Dialog, Abschluss 41
 Dialogphase 41
 Dichtheitsprüfung 641
 Dienstleistungen, soziale und andere besondere 14
 Dienstleistungsauftrag 22
 Dienstleistungskonzession 24
 Dienstvertrag 154, 170
 –, freier 711
 Differenzberechnung 657
 DIN 31 051 151
 DIN 277 654, 679
 DIN 283 679
 DIN EN ISO 50001 521
 DIN-Norm 149, 202
 Direkteinleitung 458
 Diskriminierungsverbot 8
 Dokumentation 213, 286, 493, 581
 –, Rechtsgrundlagen 214
 Dokumentationsaufgabe 187
 Drei-Säulen-Modell 146
 DrittelbG 746
 Druckluftanlagen 506
 Duldungsverfügung 448
 Duldungsvollmacht 163

E

E-Check 692
 EDV-Tools, Datenmanagement 308
 –, Dokumentenmanagement 308
 –, Dynamisierung 308
 –, Feindisposition 307
 –, Jahreswartungsplanung 307
 –, Reports 308
 –, statische Disposition 308

Effizienz 129
 Eichkosten 674
 Eichordnung 675
 Eichung 664
 Eigenleistung 689
 Eigentümer der Sachherrschaft 404
 Eigenverantwortung 199
 Eignung 81
 –, Definition 82
 Eignungsfeststellung 461
 Eignungskriterien 81
 Eignungsleihe 84
 Eignungsnachweis 87
 Eignungsprüfung 84
 –, Auswertungsmatrix 90
 –, Zeitpunkt 86
 Einfamilienhäuser 677
 Einheiten 656
 Einheitspreis 230
 –, Abrechnung nach 230
 Einigungsstelle 749
 Einkaufszentren 644
 Einschaltpunkt der Kälteanlage 503
 Einsparmaßnahmen 499
 Einwendung 668
 Einwendungsfrist 668
 Einzelöfen 677
 Einzelraumfeuerungsanlage 465
 Eisspeicher 504
 elektromagnetische Felder 390
 Elektronik-Versicherung 370
 elektronisches Nachweisverfahren 431
 elektrotechnische Anlagen 505
 Energie-Benchmarking 496
 Energieberichtserstellung 501
 Energiecontrolling-System 492
 Energieeffizienz 56
 Energieeinsparverordnung 513
 Energiekennwerte 496
 Energiemanagement 255, 485
 –, Analyse 515
 –, Definition 487
 –, Implementierung 515
 –, Konzeption 515
 –, Maßnahmen 498
 –, Software 492
 –, wiederkehrende Audits 515
 –, Zertifizierung 515
 Energiemanagementsystem 514
 –, Implementierung 522
 –, Zertifizierung 522
 Energiewirtschaftsgesetz 517
 Entfristungsklage 729
 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) 719

Entgeltlichkeit 21
Entkalkungsgeräte 674
Entledigung 417
Entledigungstatbestand 417
Entledigungswille 417
Entleiher 752, 755, 764
Entsorgung 409
Entsorgungsnachweis 431
Entsorgungsunternehmen 424
Entwässerungspumpe 676
Equal Pay-Anspruch 762
Erfüllungsausschluss 386
Erfüllungsbürgschaft 236
Erlaubnis 759
Erlaubniserteilung 757
Ermächtigungsgrundlage 403
Erneuerbare-Energien-Gesetz 515
Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz 516
Ersatzvornahme 236, 408
Erschließungsbeiträge 673
Erschließungsermessens 406
Etagenheizungen 677
EuGH 109
Exkulpation (Entlastung/Rechtfertigung) 219

F

Fachlose 67
Facility Management, Grundsätze 144
–, kaufmännisches 177
Facility Management Modell 130
Facility Management-Vertrag 143
–, Angebot 155
–, Annahme 155
–, Formfreiheit 156
–, Leistungspflichten 164
–, rechtliche Grundlagen 149
–, rechtliche Qualifikation 152
Facility Manager, Verantwortlichkeit 196
Fahrlässigkeit, grobe 720
–, leichte 721
–, mittlere 721
Fälligkeit 234
Fehlwurfquote 429
Feinanalyse 520
–, Aufgaben und Inhalte 520
–, Ausgangsdaten 520
–, Berichtsfassung 521
Fernwärme 648 f.
Fernwirkung 744
Festbrennstofffeuerungsanlage 465
Festpreis 230
–, Pauschal- 229
feuergefährliche Arbeiten 361, 390

Feuerlöscher 357
Feuer-Rohbauversicherung 369
Feuerstättenbescheid 687
Feuerungsanlage 465
Feuerversicherer 350
Feuerwärmeleistung 466
Feuerwehr 362
Feuerwehr-Laufkarte 359
Feuerwehrplan 359
Feuerwehrumfahrten 354
Filteranlagen 674
Firmentarifvertrag 741
Fixkosten 653, 664
Fläche 175
Flächenabweichung 679
Flächenmanagement 146, 175, 255
Flächen, versiegelte 676
Flucht- und Rettungsplan 360
Folgekosten 56
Förderungsmanagements 672
Form, elektronische 658
Form, Schrift- 658
Form, Text- 658
Formwirksamkeit 713
Fristen 233, 723, 727
–, Übersicht 76
Full-Service-Klausel 162
Funktionsnachfolge 731
Fürsorgepflichten 200
Fußbodenheizung 677

G

Gap-Analyse 497
Gas-Check 692
Gebäudealtlast 437
Gebäudeleittechnik 505
Gebäudemanagement 145
Gebäudereinigung 684
Gebäudereinigungsvertrag 154
Gebäudesteckbrief 187
Gebäudesubstanz 578
Gebäudesubstanzanalyse 223
Gebäude-Versicherung 369
Gebietskörperschaft 17
Gebot der Verhältnismäßigkeit 743
Gebot fairer Kampfführung 743
Gefährdungsarten 287
Gefährdungsbeurteilung 186, 285
Gefährdungshaftung 195
Gefahrenabwehr 401
–, Effektivität 407
Gefahrenschwelle 444
Gefahrenverhütungsschau 475

gefahrgeneigte Anlage 445
 Gefahrstoffrecht 409, 478
 Gefahrstoffverordnung 289
 GEFMA 160 565
 GEFMA Richtlinie 100-1 143, 151
 GEFMA Richtlinie 100-2 151
 GEFMA Richtlinie 160 528
 Geheimhaltung 240
 Gemeinlastprinzip 411
 Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) 74
 Geräteerkennung 498
 Geräuschbelastung 464
 Gerichtsstand 240
 gering-investive Maßnahmen 499
 Gesamtzusage 715, 718
 Geschäftsbesorgung (§ 675 Abs. 1 BGB) 152
 Gesetze 273
 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 10
 gesetzliche Pflichten des Betreibers 198
 Getrennthaltungspflicht 422
 Gewährleistungsausschluss 451
 Gewässerschutz 205
 Gewerbeabfallverordnung 205, 416
 Gewerberaummierte 668
 gewerbliche Sammlungen 426
 gewerbliche Siedlungsabfälle 426
 Gewerkschaft 737, 746
 Gewichtung 575
 gif e.V. 679
 Glasdach 684
 Glasversicherung 651, 687 f.
 Gleichbehandlungsgebot 8
 Graffiti 684, 692
 Grobanalyse 518
 –, Aufgaben und Inhalte 519
 –, Ausgangsdaten 518
 –, Berichtsfassung 520
 Grundgebühr 653, 686, 691
 Grundsteuer 673, 696
 Grundstückskontamination 409
 Günstigkeitsprinzip 738, 750
 Guthaben 668, 700

H

Haftpflichtversicherung 235
 Haftungsrisiko 273
 Haftung, verschuldensabhängige 235
 –, verschuldens(un-)abhängige 196
 Handlungsempfehlung 221
 Hauptleistungspflichten 715 f., 744
 Hauptpflicht 715
 Hausanschlussleitung 453
 Hausratsversicherung 688
 Hauswart 689
 Hauswartkosten 682
 Heizgradtagetabelle 693
 Heizkesselgröße 503
 Heizkostenerfassungsgerät, elektronisches 677
 Heizkostenverordnung 642
 Heizungsanlage 502
 –, Nutzungsgrad 507
 Herstellkostenkalkulation, Soll-/Ist-Abgleich 310
 Herstellungsanspruch vor Abnahme 180
 Hinweispflichten 755
 Hochfrequenzanlage 468
 Hydraulik der Sekundäranlage 503
 Hygienemaßnahme 213

Identität des Beschaffungsgegenstandes, sogenannte 36
 IFC 248
 IFC-Schnittstelle 248
 Illegalität, formelle 476
 –, materielle 476
 Immissionsschutz 204
 Immissionsschutzgesetz 687
 Implementierung 186
 Indirekteinleitung 458
 Individualarbeitsrecht 709 f.
 Industrieverbandsprinzip 737
 Informationszugang 450
 infrastrukturelles Facility Management 146
 Inhaber 445
 Inhaber der Sachherrschaft 404
 Inhaltskontrolle 728
 Inhalts- und Schrankenbestimmung 446
 In-House-Geschäfte 28
 Initiativrecht 749
 Innovationspartnerschaft 42
 Inspektion 155, 169
 Instandhaltung 164, 167, 211
 –, ausfallabhängige 277
 –, Kostenplanung 281
 –, Mengenplanung 281
 –, reaktive 277
 –, vorbeugende 277
 –, vorrausschauende 275
 –, zustandsorientierte 275
 Instandhaltungsplanung, strategische 277 f.
 Instandhaltungsprozess 275, 281
 Instandhaltungsstrategie 255
 Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten 645

Instandsetzung **164, 170, 475**
 Interessenabwägung **724, 726**
 Investitionskosten **56**
 investive Maßnahmen **500**

J

Jahresbruttomiete **661**
 Jahreswartungsplanungskalender **279**

K

Kälteanlage, Coefficient of Performance **507**
 Kältemaschine, optimaler Betriebspunkt **504**
 Kaltwasserzähler **643, 651, 674**
 Kampfparität **743, 745**
 Kanalisation **458**
 kaufmännisches Facility Management **146**
 Kehrgebühren **686**
 Kernprozess **144**
 Kesselreinigung **680**
 Kinder **201**
 Klär- und Sickergrube **676**
 Kleinreparaturklausel **645**
 Kleinstbetriebe **747**
 Klimaschutz **205**
 Klima- und Lüftungsanlagen **691**
 Klingel- und Gegensprechanlage **692**
 Koalition **736**
 –, gegnerfreie **736**
 Koalitionsfreiheit **735, 737**
 Kollektivarbeitsrecht **709**
 Kombination aus § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VgV (Konstruktive Leistungsbeschreibung) **55**
 Kommunikation, regelmäßige **501**
 Komplettheitsklausel **263**
 Komplettübertragung **217**
 Konformitätsprüfung **576**
 Konkurrenzschutz **607**
 Kontoführungsgebühren **696**
 Konzepte **95**
 Konzessionsgeber **16, 19**
 Kooperation **190**
 Kooperationsprinzip **410**
 Kopfprinzip **653**
 Kosten, angemessene **665**
 Kostenbeeinflussbarkeit **293**
 Kostenvorschuss **236**
 Kostenzurechnung **411**
 Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz **516**
 Kreislaufwirtschaftsgesetz **416**
 Kühlturmregime und Hydraulik **504**
 Kühlwassertemperatur, gleitende **504**

Kundendienst und technische Hilfe **99**
 Kündigung **166, 721, 744**
 –, außerordentliche **726, 744**
 –, ordentliche betriebsbedingte **725**
 –, ordentliche personenbedingte **723**
 –, ordentliche verhaltensbedingte **724, 744**
 –, wegen Vertragsänderungen **64**
 –, wichtiger Grund **726**
 Kündigung des Mietverhältnisses **624**
 –, außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigen Grund **628**
 –, außerordentliche fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges **627**
 –, außerordentliche Kündigung **626**
 –, ordentliche Kündigung **626**
 Kündigungserklärung **721**
 Kündigungsfrist **722**
 Kündigungsgründe **227**
 Kündigungsschutz **727**
 Kündigungsschutzgesetz **723**
 –, Anwendungsbereich **723**
 –, persönlicher Anwendungsbereich **723**
 Kündigungsschutzprozess **723**
 Kürzungsrecht **642, 677**

L

Landesvergabegesetz **15**
 Lebenszyklusbetrachtung **292**
 Lebenszykluskosten **56, 98, 291**
 –, Empfehlungen **293**
 –, Normen **293**
 –, Richtlinien **293**
 Lebenszyklusmodell einer Immobilie **145**
 LEED **414, 528**
 Leerstandsrisiko **663**
 Legionellen **454**
 Legionellenprüfung **680**
 Leiharbeiternehmer **756, 760, 763 f.**
 Leiharbeitsverhältnis, echtes **751**
 –, unechtes **751**
 Leiharbeitsvertrag **756**
 Leihe **389**
 Leistung **124**
 Leistungsbeschreibung **49, 166**
 –, eindeutige und erschöpfende **49**
 –, „Endgültigkeit“ **61**
 –, funktionale **53**
 – als Kombination aus § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VgV und § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV (konstruktive Leistungsbeschreibung) **52**
 – mit Leistungs- oder Funktionsanforderungen (Leistungsprogramm) **51**
 – mit Leistungsprogramm **53**

- unter Bezugnahme auf technische Anforderungen (konventionelle Leistungsbeschreibung) 52
- unter Bezugnahme auf technische Anforderungen (Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis) 53
- Leistungsbestimmungsrecht 42
- Leistungscontrolling 234
- Leistungskontrolle, Aufgabenerfüllung 309
- , Qualitätskontrolle 309
- Leistungsmodell 133
- Leistungspflichten, Haupt- 185
- Leistungsprinzip 660
- Leistungssoll 157
- Leistungsverweigerungsrecht 232
- Leistungsverzeichnis 274
- Leitfabrikate 60
- Leitungswasserschaden 674
- Letter of Intent 589
- Level of Detail (LoD) 260
- Lieferauftrag 21
- Liefertermin 99
- Life-Cycle-Costing 291
- LittleBIM 249
- LoD 266
- LoD 100 260
- LoD 200 260
- LoD 300 260
- LoD 400 260
- LoD 500 260 f.
- LoD 600 260
- Löschdecken 359
- losweise Vergabe 67

M

- Mangel 179
- Mangelbeseitigungsnebenkosten 382
- Mängelrecht 180, 234
- nach Abnahme 181
- Manifestations-Theorie 380
- Markterkundung 44
- Marktüblichkeit des Gewerkezuschnitts 69
- Maßnahmendatenblatt 518
- Mehrbelastungsabrede 693
- Mehrvergütungsanspruch 232
- Meldepflicht 203
- Messkapsel 683
- Messkonzepterstellung 490
- MF-G 655, 679
- Mietbeginn 596
- Miete 389, 598
- , Grundmiete, Teil- und Inklusivmiete 598
- , Staffelmiete 599
- , Umsatzmiete 599
- , Wertsicherungsklausel 599
- Mietermehrheiten 671
- Mieterwechsel 693
- Mietminderung 617
- , Doppelvermietung 621
- , öffentlich-rechtliche Beschränkungen 619
- , Rechtsmangel 621
- , Substanzmangel 618
- , Umweltmangel 619
- , zugesicherte Eigenschaft 620
- Mietsicherheiten 605
- Mietverlustversicherung 688
- Mietvertrag, Nachtrag zum 616
- Mietzweck 594
- , Apotheke 594
- , Arztpraxis 594
- , Autowerkstatt 594
- , Büro 595
- , Café 595
- , Gaststätte 595
- , Gewerbe 595
- , Lebensmittelgeschäft 595
- Minderung 661
- Mindestanforderungen 71
- Mindestlohn 716
- , gesetzlicher 716
- Mindestlohngesetz (MiLoG) 716
- MitbestErgG 746
- Mitbestimmung 745
- Mitbestimmungsgesetz – MitbestG 745
- Mitbestimmungsrecht 748
- Mitteilungspflicht 203
- mitversicherte Personen 378
- Mitwirkungspflicht 744
- Mitwirkungsrecht 748
- Monitoring 134, 495
- Montage-Versicherung 371
- Montan-MitbestG 745
- Müllabfuhr 682
- Musterbauordnung 470
- Musterbeispiele, Prüfnachweise 312
- , Wartungsnachweise 312

N

- Nachbesserungsbegleitschäden 382
- Nacherfüllung, Frist zur 235
- Nachforderung 80
- Nachhaltigkeit 410, 486
- Nachhaltigkeit im FM 567
- , Bewertung 570
- Nachhaltigkeitsdimensionen und -kriterien 574

Nachhaltigkeitszertifikat 527
 Nachrüstung von Gebäuden 211
 Nachunternehmer 224, 374
 –, Zustimmung zum Einsatz 224
 Nachweis 576
 Nachweisführung 582
 Nachzahlungsanspruch 699
 Nebenangebot 70
 –, Zulässigkeit 70
 Nebenkosten, sonstige 602
 Nebenpflichten, auftraggeberseitige 190
 –, auftragnehmerseitige 191
 Nettokaltmiete 639
 Neubauzertifikat 528
 Neueichung 683
 Niederfrequenzanlage 468
 Niederschlagswasser 457, 676
 Normhierarchie 709
 Notrufbereitschaft 681
 Nutzerwechsel 643 f.
 Nutzungsänderung 501
 Nutzungsprofil 533
 Nutzungsuntersagung 475

O

Objekt, gemischt-genutztes 656 f., 661, 675, 683
 öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit 28
 ökologische Qualität 546, 571
 ökonomische Qualität 549, 571
 Öltankreinigung 641
 Öltankversicherung 688
 openBIM 248
 Ordnungsrecht 409
 Ordnungswidrigkeit 204
 Organisation, Ablauforganisation 306
 –, Aufbauorganisation 306
 Organisationsverschulden 149, 218
 Output 123

P

Pacht 389
 Parkplatzbetreiber 203
 Parteien des Mietvertrages 591
 –, AG 593
 –, Eheleute 592
 –, Einzelkaufleute 593
 –, Erbengemeinschaft 592
 –, GbR 592
 –, GmbH 593
 –, KG 593
 –, natürliche Personen 592

–, OHG 593
 –, Partnerschaftsgesellschaften 593
 –, Wohnungsgenossenschaft 593
 Pauschale 646
 Pauschalpreis 229
 Personalvertretungsrecht 747
 Personen, arbeitnehmerähnliche 712
 Personenschaden 379
 Pflichten, Delegierbarkeit 207
 –, persönliche 206
 –, spezifische des Betreibers 209
 – der konkret handelnden natürlichen Personen 200
 – des Betreibers 200
 Pflichtenheft 193
 Pflichtenübertragung bei Mietverhältnissen 216
 Pflichtverletzung 716
 Plan-Do-Check-Act 572
 Planungsmethode 245 f., 253, 255, 258, 261
 Pönale 238
 Portfolioübergabe 187
 Präklusionswirkung 723
 Pre-Assessment 537, 561
 Preisgleitung 230
 Primärrechtsschutz, Grundzüge 109
 Produktverantwortung 416
 Produktvorgabe 58
 –, sog. „echte“ 59
 –, „verdeckte“ 60
 Prognose 725, 727
 –, negative 724
 – zur Einsparung 509
 Prozessqualität 539
 Prüfpflicht 209
 Prüfung auf Vollständigkeit sowie auf rechnerische und fachliche Richtigkeit 80
 Prüfungsreihenfolge 71
 Public Private Partnership 27

Q

Qualität der FM-Organisation 572
 Quartierszertifikat 529

R

Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Beschäftigten in der Gebäudereinigung 739
 Rahmenvereinbarung 29
 –, Laufzeit 31
 –, Varianten 30
 Rahmenvertrag 187
 Rangfolgenregelung 189

Rasenmähen **685**
 Rauchabzugsanlage **692**
 Rauchmelder **692**
 Rauchwarnmelder **355**
 raumlufttechnische Anlagen **504**
 –, Luftmengenindikator **508**
 Räumpflicht **198, 203**
 Räumungshelfer **343**
 Realkirchensteuer **673**
 Rechtsschutzversicherung **688**
 Rechtsprinzip **413**
 Rechtsquellen **149**
 Rechtsschutz **108**
 –, vorläufiger **111**
 Rechtsverhältnisse der beteiligten Personen-
 gruppen **147**
 Rechtsweg und Nachprüfungsorgane **108**
 Recycling **418**
 Regelungsabrede **750**
 Regelungssperre (sog. Tarifvorbehalt) **750**
 Regieleistungen **231**
 Reinigungsmittel **684**
 Reinigungsvertrag **172**
 Religionsgemeinschaften **747**
 Rentabilität **99**
 Reparatur **682**
 Restmülltonne **429**
 Re-Zertifizierung **529, 532**
 Richtlinien **9**
 Risikoüberprüfung, Immissionsschutz **295**
 –, Klimaschutz **295**
 –, Umweltschäden **294**
 Risikovorsonge **401**
 Rohmietenberechnung **662**
 Rückgabe der Mietsache **632**
 Rücklauftemperatur **502**
 Rügepräklusion **111**

S

Sachschaden **379**
 Sachverständigenprotokollierung, Verordnung
316
 Sammelentsorgungsnachweis **431**
 Sammelplatzleiter **343**
 Sanierungsplanung **439**
 Sanierungsuntersuchung **439**
 Sauna **691**
 Schadenereignis-Theorie **380**
 Schadensausgleich, innerbetrieblicher **721**
 –, Regeln des innerbetrieblichen **720**
 Schadensersatz **622**
 –, anfänglicher Mangel **622**
 –, nachträglicher Mangel **623**
 Schädlingsbekämpfung **684**
 Schätzung **674**
 Schimmelbildung **390**
 Schlupfmenge **675**
 Schmutzwasser **457**
 Schmutzwasserkosten **676**
 Schneefanggitter **203**
 Schnee- und Eisglätte **212**
 Schornsteinfegerleistung **466**
 Schriftform **590, 723, 727 f., 755**
 Schriftformerfordernis **697, 722**
 Schriftformklausel **714**
 –, doppelte **714**
 –, einfache **714**
 Schutzbedürftigkeit **287**
 Schutzfunktion **738**
 Schutz gegen Kriminalität **198**
 Schutz gegen Naturgewalten **198**
 Schutzprinzip **410**
 Schutz von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit
 und Eigentum **201**
 Schwachstellenanalyse, Cause Mapping **310**
 Schwellenwert **31**
 Schwimmbad **691**
 Sektorenauftraggeber **16, 18**
 Sektorentätigkeit **19**
 Sektorenverordnung (SektVO) **12**
 Sekundärrechtsschutz **112**
 Service Level **235, 237**
 Service Level Agreements **162**
 Sicherheit **236**
 Sicherheitsleistung **162**
 Sicherheitsprüfung **681**
 Sicherungsmaßnahmen **439**
 Sofortvollzug **408**
 Soll-Vorauszahlung **661, 667**
 Soll-Vorauszahlungsbasis **661**
 Sonderbauordnung **474**
 Sonderkündigungsrechte **228**
 Sorgfaltspflichten **402**
 Sozialauswahl **725**
 Sozialpflichtigkeit des Eigentums **446**
 soziokulturell-funktionale Qualität **552, 572**
 Sperrmüllentsorgung **683**
 Stand der Technik **150, 400, 410**
 Standsicherheit **470**
 Stand von Wissenschaft und Technik **400**
 Stichtagsbeschaffung **510**
 Stillhaltefrist **103**
 strafrechtliche Aspekte **220**
 Straßenausbaubeiträge **673**
 Streik **744**
 Streikbruchprämie **745**
 Streupflicht **198, 203**

Stromsteuergesetz 517
 Strukturierung 509
 Summationsschaden 447
 sustainable development 412

T

TA-Abfall 204
 TA-Lärm 204
 TA-Luft 204
 Tankreinigung 680
 tariffähige und tarifzuständige Parteien 743
 Tariffähigkeit 738
 Tarifgebundenheit 739, 741
 Tarifnormen 738
 Tarifnormerstreckung 767
 Tarifvertrag 738, 750
 –, betrieblicher Geltungsbereich 741
 –, Geltung 741
 –, normativer Teil 738
 –, schuldrechtliche Teil 738
 – für die Arbeitnehmerüberlassungsbranche 762
 Tarifvertragsgesetz (TVG) 737
 Tarifvertragsrechts 737
 TA-Siedlungsabfall 204
 Tätigkeit, betrieblich veranlasste 720
 Tätigkeitsschaden 387
 technische Qualität 557
 technischer Wert 97
 Technisches Facility Management 146
 Technisches Gebäudemanagement 167
 Teilinklusive miete 646, 697, 699
 Teillose 67
 Teilnahmewettbewerb 35
 –, Erste Stufe: Teilnahmewettbewerb 37
 –, mit 37
 –, ohne 38
 –, Zweite Stufe: Angebotsverfahren 37
 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) 728
 Termin 233
 Terrorversicherung 688
 Transparenz 486
 Transparenzgebot 8, 644
 Treu und Glauben 702
 TRGS 439
 Trinkwasserverordnung 397

U

Übergabe der Mietsache 616
 Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils 730
 Überlassung 752

–, vorübergehende 761
 Überlassungshöchstdauer 761, 764
 Überlassungszeiträume 761
 Übertragbarkeit 569
 Übertragung der Verantwortung (Delegation) 214
 Überwachung, Cockpit-Anzeigen 319
 –, Cockpitdarstellung (4 Perspektiven) 330
 –, Kennzahlensystem 318
 –, Steuerungsgrößen 319
 –, Stichprobenkontrolle 328
 –, VDI 2893 320
 –, vier Perspektiven 321
 –, Vorteile 318
 Ultima Ratio-Prinzip 724, 727
 Umlagevereinbarung 645
 Umsatzsteuer 600, 640, 664, 686
 Umwandlungsgesetz 732
 Umwelteigenschaften 98
 Umwelteinwirkung, schädliche 464
 Umwelt-Haftpflicht-Versicherung 383
 Umweltinformation 450
 Umweltschadensversicherung 385
 Umweltschutz 191
 Unfallverhütungsvorschriften der entsprechenden Berufsgenossenschaften 202
 Unmittelbarkeit der Verursachung 403
 Unternehmen 21
 Unternehmensmitbestimmung 745
 Unternehmenspflichten 200
 Unternehmensverfassung 745
 Unterrichtung 733
 Unterrichtung gem. § 613a Abs. 5 BGB 733
 Unterschwellenmitteilung 7
 Untervermietung 606
 Unwirksamkeit, formelle 666
 Urheberrecht 240, 257, 259, 267

V

Verantwortlichkeiten, Abgrenzung 194
 Verantwortlichkeit von Personengruppen 195
 Verantwortungsbereich – geschütztes Rechtsgut, Abgrenzung 197
 Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. 523
 Verbände 18, 735
 Verbandstarifvertrag 741
 Verbrauchserfassung 642
 –, Betriebsstunden 314
 –, Einrichtung 652
 Verbrauchskosten 691
 Verdunstungsgeräte 677, 693
 Verfahren, beschleunigtes 111

- , nicht offenes 35, 86
 - , offenes 34, 86
 - Vergabearten 33
 - , Hierarchie 33
 - Vergabekammer 109
 - , Ablauf des Verfahrens 109
 - Vergabe, losweise 67
 - Vergaberecht, freiwillige Unterwerfung 16
 - , Grundprinzipien 8
 - , Grundstrukturen 5
 - , haushaltsrechtliche Implikationen 44
 - Vergabesenat 109, 110
 - Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen 13
 - Vergabeunterlagen, notwendige Bestandteile 46
 - , Zeitpunkt der Fertigstellung 48
 - Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit 13
 - Vergabeverordnung (VgV) 11
 - Vergütung 165, 229
 - Vergütungspflicht 716
 - Verhandlungsverbot 34
 - Verhandlungsverfahren 36, 86
 - Verjährung 181, 441, 633, 701
 - Verkehrssicherung 212
 - Verkehrssicherungspflichten 193, 199, 264, 283, 401, 421, 608
 - , Rechtsgrundlagen 283
 - Verleiher 755 f., 760, 763
 - Vermieterpfandrecht 634
 - Vermögensschaden 379, 387
 - Verordnungen 273
 - Verpflichtung 108
 - Versicherung 195, 218
 - Versicherungsfall 380
 - Versicherungsschutz 367
 - Versicherungssparte 368
 - Versicherungssumme 378
 - Versorgung 409
 - Verstoß-Theorie 380
 - Verteilungsgerechtigkeit 656
 - Vertrag 20
 - , Beendigung durch Kündigung 226
 - , Beendigung durch Zeitablauf 225
 - , freie Kündigung 226
 - , gegenseitiger 184
 - , gemischter 143, 152, 183
 - , Kündigung aus wichtigem Grund 227
 - , ordentliche Kündigung 226
 - mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter 148
 - Vertragsänderungen während der Vertragslaufzeit 62
 - Vertragsarten, Abgrenzung 23
 - Vertragsbestandteile 188
 - Vertragsdauer 225
 - Vertragsgestaltung 183
 - Vertragslaufzeit 596
 - , Verlängerungsklausel 597
 - , Verlängerungsoption 597
 - Vertragsobjekt 187
 - Vertragsschluss 155
 - Vertragsstrafe 162
 - Vertragsstrafenansprüche 237
 - Vertragsverhältnis, Abwicklung nach Beendigung 228
 - Vertragsverhandlung, Abbruch 157
 - Vertrag, typengemischter 23
 - Vertretungsmacht 162
 - Verursacherprinzip 410
 - Verwalterhonorar 696
 - Verwaltungsakt 402
 - Verwaltungskosten 639, 641, 643, 660
 - Verwaltungsvorschriften 273
 - Verwertung 418
 - Verwirkung 441, 701
 - VOB/B 161, 189
 - VOL/B 189
 - Vollinklusive miete 697
 - Vollmacht 240
 - Vollmachtsurkunde 722
 - Vollwartungsverträge 660, 681
 - Vorabinformationsschreiben gem. § 134 GWB 102
 - Vorbehalt 670
 - Vorlauftemperatur 502
 - Vorschriftenaktualität, Controlling 309
 - Vorvertrag 589
 - Vorwegabzug 661 ff., 675, 683, 689
- ## W
- Wachdienstvertrag 173
 - Wahl- oder Alternativpositionen 66
 - Wärmelieferung, gewerbliche 648
 - Wärmelieferverordnung 648
 - Wärmemengenzähler 677
 - Wärmenetze 4.0 503
 - Wärmezähler 677
 - Wartung 164, 167, 676
 - Wartungskosten 680, 682
 - Wartungsleistung 153
 - Wartungs- und Prüfplanung, Anforderungen 278
 - , Grobplanung 279
 - , Ressourcenplanung 279
 - , Softwarelösungen 279
 - Wasseraufbereitungsanlage 674

Wassergefährdungsklasse **461**
Wasserrohrbruch **689**
Wasserversorgungsanlage **674**
Wasserzähler **674**
Wechselprozess **512**
Wegnahmerecht des Mieters **634**
Weisungsrechts des Arbeitgebers **715**
Weiterbeschäftigung **734**
Weiterbeschäftigungspflicht **749**
Werbegemeinschaft **644**
Werbekosten und Werbegemeinschaft **608**
Werkschutz **174**
Werk- und Bauvertrag **153**
Werk- und Dienstverträge **752**
Wertung **65 f.**, **71**
wettbewerblicher Dialog **40**
Wettbewerbsgrundsatz **8**
Widerspruch **408**, **732**, **734**
Wiederverwendung **418**
Winterdienst **682**, **685**
Wirtschaftlichkeitsgebot **665**, **682**, **687 f.**, **693**
Wirtschaftlichkeitsgrundsatz **683**
Wirtschaftsrisikos **719**
Wohnanlage **354**
Wohnfläche **654**
Wohnflächenverordnung **176**, **654**, **679**
Wohnraum, preisgebundener **697**
Wohnungseigentumsrecht **677**

Z

Zählermiete **653**, **664**, **686**, **691**
Zahlungsmodalitäten **233**
Zapfstelle **453**
Zeitreihenanalyse **497**
Zertifizierung **486**
Zertifizierungsprozess **536**, **576**
Zertifizierungssystem **568**
Zertifizierung von Sonderimmobilien **578**
Zugang **671**, **722**
Zugänglichkeit der Leistung insb. für Menschen
mit Behinderungen und „Design für alle“ **97**
Zulässigkeit **65**, **66**
Zuschlag **104**
Zuschlagserteilung, praktischer Nutzen und
Rechtsfolgen bei Verstoß **108**
Zuschlagskriterien, Aufstellung **93**
–, Auswertungsmatrix **100**
–, Facility Management-relevante **99**
–, nachträgliche Änderung **93**
Zustimmungsverweigerungsrecht **749**
Zwangsmittel **408**
Zwangsversteigerung **694**
Zweckmäßigkeit **97**
Zweitwohnungssteuer **673**
Zwischenablesung **644**, **693**
Zwischenzähler **679**