

Neue Lösungsansätze zur Wahrnehmung der Betreiberverantwortung

# Rechtssicheres Facility Management

Die Anforderungen des Gesetzgebers an die sorgfältige Wahrnehmung der Betreiberverantwortung durch Eigentümer und Betreiber von Gebäuden und gebäudetechnischen Einrichtungen sowie die eingeschalteten Dienstleister haben sich in den letzten Jahren laufend verschärft. So sehen sich Unternehmen, Gebietskörperschaften und die darin handelnden Personen konfrontiert mit einer Vielzahl von stetig sich verändernden rechtlichen Anforderungen und sind damit auch zunehmenden Haftungsrisiken ausgesetzt. Diese Anforderungen zu sämtlichen betrieblichen und organisatorischen Abläufen und Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Betrieb und der Nutzung ihrer Immobilien und Anlagen werden ausgefüllt durch eine umfangreiche Gesetzgebung von EU, Bund und Ländern, einem System von Unfallverhütungsvorschriften, einem nicht minder umfangreichen technischen Regelwerk (DIN-Normen, VDE-Bestimmungen, VDI-Richtlinien etc.) sowie einer in den vergangenen Jahren verschärften und sehr differenzierten Rechtsprechung.

Seit Veröffentlichung der GEFMA-Richtlinie 190 „Betreiberverantwortung“ werden die Rechts- und Gefahrenlage von den Verantwortlichen und Beteiligten im Facility Management deutlicher wahrgenommen und die sich daraus ergebenden Anforderungen besser verstanden. Mittlerweile beschäftigen sich auch Nicht-Juristen mit dem Thema Betreiberverantwortung, das Berücksichtigung in

zahlreichen Organisationsstrukturen und Verträgen gefunden hat. Die Zahl an Seminaren und Workshops zur Schulung der Verantwortungsträger und Mitarbeiter ist in den vergangenen Jahren stetig gewachsen, es wurden Maßnahmen ergriffen und entsprechende Erfahrungen gesammelt.

Dennoch sind sich viele Verantwortliche und Führungskräfte noch immer nicht der möglichen Folgen bewusst, die sich aus Fehlern oder Versäumnissen bei der Erfüllung der sich Ihnen von Gesetzgeber und Rechtsprechung auferlegten Betreiberpflichten ergeben können und für die sie unter Umständen auch persönlich haftbar gemacht werden.

So ist zwar erkennbar, dass das Problembewusstsein vorhanden ist, die notwendigen Konsequenzen hieraus aber nur sehr selten ergriffen und umgesetzt sind. So besteht vielfach noch immer keine genaue Kenntnis über die gesetzlichen Anforderungen in Art und Umfang. Dies ist aber gerade die zwingende Voraussetzung, um die Gesamtheit der Betreiberpflichten anschließend in der betrieblichen Organisation abzubilden bzw. vertraglich auf externe Dienstleister zu übertragen. Weiterhin fehlt es oftmals an einer rechtswirksamen Übertragung der Aufgaben und Pflichten in den Verträgen mit externen Dienstleistern einerseits sowie innerhalb der betrieblichen Organisation andererseits.

Auch herrscht nach wie vor große Verunsicherung hinsichtlich der richtigen und rechtskonformen Umsetzung der Betreiberpflichten und deren Abbildung in



Wer für Facility Management verantwortlich ist, sollte sich mit der neuen Gesetzeslage vertraut machen. FOTO DAPD

der betrieblichen Realität. Beispielsweise stellt sich vielfach die Frage nach Art und Umfang der Überwachung und Kontrolle von Mitarbeitern sowie Dienstleistern. Die Wahrnehmung einer angemessenen Aufsicht ist eine Pflicht jedes Arbeit- oder Auftraggebers, die grundsätzlich nicht delegiert werden kann. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber in § 130 OWiG (Ordnungswidrigkeitengesetz) mit einem möglichen Bußgeld bis zu einer Million Euro sehr deutlich gemacht, dass er der Aufsicht eine hohe Bedeutung beimisst.

Hierzu liegt nun eine Methodik zur Wahrnehmung der Aufsichtspflicht durch Arbeit- und Auftraggeber vor, die die drei Einzelschritte Aufsicht im Regelfall, Aufsicht

im Zweifelsfall und Stichprobenkontrollen unterscheidet und systematisch beschreibt und erläutert. Dabei kommt für die Aufsicht im Regelfall dem Reporting eine zentrale Rolle zu, da der Dienstleister mit einem aussagekräftigen Berichtswesen erheblich zur Erleichterung beitragen kann. Dabei kann das Reporting mit einer eigens dafür eingeführten Konformitätserklärung für Facility-Service-Leistungen unterstützt werden, mit der der Dienstleister in regelmäßigen Abständen die vertragskonforme Erfüllung einiger wesentlicher Punkte bestätigen oder mit einer plausiblen Begründung verneinen muss. Die Anwendung der Konformitätserklärung wird bereits seit 2010 erfolgreich in der Praxis gete-

testet und sollte im Zuge von Neuausschreibungen als geschuldete Leistung in den Vertrag aufgenommen werden.

Einer systematischen und strukturierten Auseinandersetzung mit dem Thema Betreiberverantwortung von der Identifikation der Betreiberpflichten bis hin zur Umsetzung dient der von Rödl & Partner entwickelte Masterplan Betreiberverantwortung, der das Ergebnis der Zusammenfassung aus zurückliegenden und aktuell vorliegenden Erkenntnissen und Erfahrungen zum Thema ist. Er beinhaltet den Gesamtprozess, die wichtigsten Prozessschritte und die Hilfsmittel für die Wahrnehmung der Unternehmer- und Betreiberverantwortung.

Der Masterplan beruht auf der kontinuierlichen Auswertung von über 2000 FM-relevanten Gesetzen, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Normen und Richtlinien hinsichtlich der darin enthaltenen Pflichten, Qualifikations- und Dokumentationsanforderungen, Bußgeldbestimmungen und Straftatbeständen aus der Online-Datenbank REG-IS (RegelwerksInformationSystem) und zerlegt die Gesamt-Aufgabenstellung in einzelne überschaubare Prozessschritte entlang einer Prozesskette in die bekannten Phasen Plan-Do-Check-Act, hinsichtlich des Pflichtenadressaten in Unternehmer- und Betreiberpflichten, diese wiederum nach Lebenszyklusphasen und Prozessen der GEFMA 100/200 sowie nach Bauelementen in Anlehnung an DIN 276-1.

So lassen sich aus dem Masterplan anwenderspezifische Umsetzungspläne ableiten, u.a. zur Aufgabenverteilung auf die konkret Beteiligten im Einzelfall (Eigentümer, Auftraggeber, Dienstleister, Mieter), zur Ausgestaltung der erfolgskritischen Prozessschritte, z.B. der internen und externen Delegation oder Wahrnehmung der Aufsicht und Überwachung, zur etwaigen IT-Unterstützung, zu notwendigen Befähigungen für die Durchführung der einzelnen Aufgaben etc. Darüber hinaus gibt es zu den einzelnen Prozessschritten zahlreiche Erläuterungen und Beschreibungen.

> HENNING WÜNDISCH

Alle Autoren der Artikel dieser Seite sind Rechtsanwältinnen bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Berechtigung der Forderung hängt stets vom geschuldeten Bausoll ab

## Wenn Mehrkosten entstehen

Mehrkostenforderungen am Bau sind regelmäßig Gegenstand von Streitigkeiten und gerichtlichen Auseinandersetzungen. Mehrkosten sind neben formellen Voraussetzungen i. d. R. dann berechtigt, wenn tatsächlich Mehrleistungen über das Vertragssoll hinaus erbracht wurden. Die Frage dieses „Mehr“ ist nicht immer einfach zu beantworten und bedarf einer genauen Analyse des Vertrags und der in Bezug genommenen Unterlagen.

Das OLG Schleswig (Urteil vom 11.05.2011, AZ U 125/08) hatte zum Beispiel die Frage zu klären, ob der Unternehmer Mehrkosten für den Einbau eines Aufzugs verlangen kann, wenn der Platz für ein von ihm kalkuliertes Fabrikat tatsächlich nicht ausreicht und deshalb ein teureres Modell eingebaut werden musste. Die funktionale Leistungsbeschreibung enthielt für den Aufzug eine Fabrikatsvorgabe, bei den Vertragsverhandlungen

wurde die Leistungsbeschreibung ergänzt und ein weiteres Fabrikat alternativ zugelassen. In den genehmigten Bauzeichnungen, die Vertragsgegenstand sind, ist die Breite der Aufzugskabine mit 1,40 Meter angegeben. Das favorisierte Fabrikat konnte nicht eingebaut werden, ohne die Breite der Kabine zu verringern.

Das Gericht hat diesen Fall eindeutig zu Gunsten des Auftraggebers entschieden und dem Unternehmer die Mehrkosten verweigert. Wenn wie hier die Breite der Kabine in den zum Vertrag gehörenden Bestandteilen ausdrücklich festgelegt ist, ist diese Breite Vertragssoll geworden. Dieses Vertragssoll kann der Unternehmer mit seinem preisgünstigeren Fabrikat nicht erfüllen, weil dieses nicht in den Schacht eingebaut werden kann. Eine Verpflichtung des Auftraggebers, den Schacht zu verbreitern, damit das Alternativfabrikat eingebaut werden könnte, besteht nicht. Allein der Umstand,

dass neben dem ursprünglich ausgeschriebenem Fabrikat ein weiteres zugelassen wurde, bedeutet nicht, dass von der weiteren Vorgabe Kabinenbreite 1,40 Meter abgesehen werden sollte.

Wie in nahezu allen Streitfällen, die sich um Mehrkosten entfalten, kommt es darauf an, was im Vertrag konkret vereinbart wurde. Der Auftraggeber sollte genau beschreiben, was er haben möchte, hier einen Aufzug mit einer Kabinenbreite von 1,40 Meter. Wenn der Unternehmer günstigere Alternativen vorschlägt und diese auch in den Pauschalpreis einkalkuliert, entbindet ihn dies jedoch nicht davon, den in funktional beschriebenen Erfolg der Leistung herbeizuführen, also eine Kabine mit 1,40 Meter einzubauen. Es ist dabei irrelevant, ob der Aufzug mit einer geringeren Breite als 1,40 Meter funktionieren würde und baurechtlich zulässig wäre. Entscheidend ist allein, dass 1,40 Meter vereinbart sind. > TANJA NEIN

Kein Mehrvergütungsanspruch bei Annahme eines geänderten Zuschlags

## Risiken bei der Bauvergabe

Ändert der Auftraggeber in seinem Zuschlag das Angebot des Bieters ab, und bringt er dies klar und eindeutig zum Ausdruck, so ist dies als neues Angebot zu werten. Nimmt der Bieter dieses abgeänderte Angebot vorbehaltlos an, werden die Änderungen fester Vertragsbestandteil. Dies hat der BGH in einem Urteil vom 6.9.2012 - VII ZR 193/10 entschieden.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall, hatte das bietende Bauunternehmen gegen die Bundesrepublik auf Mehrvergütung wegen erhöhter Kosten für die Materialbeschaffung geklagt, die ihr aufgrund eines verzögerten Vergabeverfahrens und sich daraus ergebende Veränderung der Bauzeit entstanden sind. Das klagende Bauunternehmen hatte der beklagten Bundesrepublik in einem öffent-

lichen Vergabeverfahren ein Angebot gemacht. Die Bundesrepublik strich aus dem Angebot einige Leistungen und reduzierte den Preis dementsprechend, nahm das Angebot also nicht als Ganzes an. Da sich das Vergabeverfahren zeitlich verzögert hatte, änderte sie darüber hinaus in ihrem Zuschlag auch den Fertigstellungszeitpunkt. Der BGH sah in diesem Zuschlag wegen der darin enthaltenen Änderungen ein neues Angebot gemäß § 150 Abs. 2 BGB. Da das Bauunternehmen dieses neue Angebot vorbehaltlos annahm und ihrerseits keine Änderungen vornahm, akzeptierte es das Angebot in der modifizierten Form. Dafür, dass eine bindende Festlegung hinsichtlich Preis und Bauzeit gewollt war, spricht laut BGH sowohl der eindeutige Wortlaut des Zuschlagschreibens, als auch der Umstand,

dass die beklagte Bundesrepublik nicht nur eine Empfangsbestätigung oder Auftragsbestätigung, sondern eine Annahmestellung erbeten hatte. Eine Anpassung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B, wie sie der BGH in seinem Urteil vom 11.5.2009 (VII ZR 11/08) für einen Fall nicht eindeutiger Abweichung vom Angebot bejaht hatte, sei daher in diesem Fall nicht möglich.

Praktische Konsequenz: Bieter sollten bei einem modifizierten Zuschlag diesen nicht ohne klare Vorbehaltserklärung in Bezug auf etwaige Mehrvergütungsansprüche annehmen. Nur dies bietet ausreichend Sicherheit vor einer Kostenverschiebung zu Ungunsten des Bieters. Auftraggeber dürfen solchen „Vorbehaltannahmen“ den Zuschlag nicht verweigern. > KLAUS FORSTER



## Bauamtsleitertag Bayern 27. November 2012

Im Rahmen des Bauamtsleitertags Bayern am 27. November 2012 möchten wir Ihnen die Möglichkeit geben, sich über **aktuelle und praxisrelevante Themen aus Baurecht, Haftungsrecht und Vergaberecht** zu informieren sowie sich mit unseren Spezialisten und anderen Bauamtsleitern aus Bayern **auszutauschen**.

### Diese Themen erwarten Sie:

#### Vermeidbare Mehrkosten am Bau

- > Gestaltung der Bauverträge und Planverträge
- > Was ist überhaupt Mehrleistung?
- > Welche Mehrleistung ist vergütungsfähig?

#### Ausschreibung von Alternativ- und Bedarfspositionen

- > Vergaberechtliche Problematik
- > Was sind Alternativ- und Bedarfspositionen?
- > Zulässigkeitsvoraussetzungen, Ausnahmen
- > Wie erfolgt die Angebotswertung?

#### Termin

Dienstag, 27. November 2012  
13:00 Uhr – 17:00 Uhr

#### Veranstaltungsort

Rödl & Partner GbR  
Äußere Sulzbacher Str. 100 | 90491 Nürnberg

#### Tagungsgebühr

Die Veranstaltung ist für Sie **kostenfrei**.

Weitere Informationen finden Sie unter [www.roedl.de/seminare](http://www.roedl.de/seminare).

#### Ihr Ansprechpartner

Rödl & Partner GbR

#### Frau Peggy Kretschmer

Äußere Sulzbacher Straße 100 | 90491 Nürnberg

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 02 | E-Mail: [peggy.kretschmer@roedl.de](mailto:peggy.kretschmer@roedl.de)

Rödl & Partner