

Rechtshandbuch Facility Management

Eike N. Najork
(Hrsg.)

Rechtshandbuch Facility Management

Unter Mitarbeit von
T. Gabriel, M. Goetzmann, R. Lamm, N. Mrazek

 Springer

Herausgeber
Dr. Eike N. Najork, LL.M.
Bismarckstraße 11-13
50672 Köln
Deutschland
e.najork@cbh.de

ISBN 978-3-540-89162-8 e-ISBN 978-3-540-89163-5
DOI 10.1007/978-3-540-89163-5
Springer Dordrecht Heidelberg London New York

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

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2009

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

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.

Einbandentwurf: WMXDesign GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem Papier

Springer ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media (www.springer.com)

Vorwort

Dieses Buch behandelt die rechtlichen Themen, die sich im Zusammenhang mit Facility Management stellen und die sich in der Beratungspraxis als besonders relevant herausgestellt haben.

Facility Management ist auch von der juristischen Seite betrachtet interdisziplinär. Die betroffenen Materien reichen vom Vergaberecht über das Arbeitsrecht, das Gemeinschaftsrecht und Deliktsrecht bis zum Prozessrecht und dem Recht der Schiedsgerichtsbarkeit. Dem entsprechend haben sich für dieses Werk Autoren mit verschiedenen Tätigkeitsschwerpunkten zusammengefunden.

Die Entwicklung der einzelnen Rechtsgebiete ist unterschiedlich weit vorangeschritten. Die Frage des Betriebsübergangs bei der Vergabe von Facility Management-Leistungen hat mehrmals das Bundesarbeitsgericht und den Europäischen Gerichtshof beschäftigt. Grundsatzurteile zum Betriebsübergang wie die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen „Christel Schmidt“ vom 14. April 1994 stammen aus dem Bereich Facility Management. Entsprechend hoch ist die Regelungsdichte und Rechtssicherheit. Dagegen gibt es zu den erst in jüngerer Zeit entstandenen komplexen Facility Management-Verträgen nahezu keine Rechtsprechung oder Literatur, was es teilweise erforderlich machte, Grundsätzliches aus Normen und Rechtsprechung zu anderen Rechtsgebieten, wie dem Baurecht, abzuleiten.

Soweit Rechtsprechung zu den behandelten Themen veröffentlicht ist, ist diese bis zum 31. Oktober 2008 berücksichtigt. Die sich aus dem zum 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Forderungssicherungsgesetz ergebenden Gesetzesänderungen konnten noch in letzter Minute eingearbeitet werden.

Köln im März 2009

Die Verfasser

Inhaltsverzeichnis

A. Grundlagen des Facility Management-Vertrags	1
I. Vertragsgegenstand.....	1
II. Rechtsquellen.....	1
1. Bürgerliches Gesetzbuch.....	1
2. Internationales Privatrecht.....	1
3. Gemeinschaftsprivatrecht.....	2
4. Dienstleistungsrichtlinie.....	2
III. Privatrechtlicher Vertrag.....	2
IV. Vertragsparteien.....	3
V. Dauerschuldverhältnis.....	3
VI. Vertragstyp.....	4
VII. Gegenseitiger Vertrag.....	5
VIII. Vertrag zu Gunsten Dritter/mit Schutzwirkung für Dritte.....	5
B. Abschluss des Facility Management-Vertrags	7
I. Angebot und Annahme.....	7
II. Vertragsübernahme.....	8
III. Formvorschriften.....	9
1. Formfreiheit.....	9
2. Gesetzliche Schriftform.....	9
3. Elektronische Form.....	10
4. Textform.....	10
5. Öffentliche Beglaubigung.....	11
6. Notarielle Beurkundung.....	11
7. Mietverträge.....	12
8. Vereinbarte Schriftform.....	13
9. Gemeindeordnungen.....	14
IV. Bedingungen.....	15
V. Vertretung.....	15
VI. Öffentlich-rechtliche Genehmigungen.....	16
1. Gewerbeordnung.....	16
2. Rechtsdienstleistungsgesetz.....	16
VII. Vorvertragliche Pflichten.....	17
1. Letter of Intent.....	17
2. Vorvertrag.....	17
3. Verschulden bei Vertragsverhandlungen.....	18

VIII. Allgemeine Geschäftsbedingungen	18
1. Rechtliche Grundlagen.....	18
2. Definition.....	19
3. Anwendungsbereich bei Unternehmern.....	20
4. Einbeziehung bei Unternehmern.....	20
5. Inhaltskontrolle	20
C. Öffentliche Auftragsvergabe.....	23
I. Einführung.....	23
II. Sinn und Zweck des Vergaberechts.....	23
III. Rechtsquellen des Vergaberechts	24
1. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	25
a) Wettbewerbsgrundsatz.....	27
b) Transparentes Vergabeverfahren	27
c) Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot	27
2. VgV.....	28
3. Verdingungsordnungen.....	28
4. Übrige Vorschriften	29
IV. Vergabe von Facility Management-Leistungen.....	29
1. Isolierte Vergabe.....	30
2. Gesamtvergabe / PPP.....	32
V. Vergabearten.....	34
1. Öffentliche Ausschreibung / Offenes Verfahren.....	35
2. Beschränkte Ausschreibung / Nichtoffenes Verfahren	36
3. Freihändige Vergabe/Verhandlungsverfahren	37
4. Wettbewerblicher Dialog.....	38
VI. Verfahrensablauf	38
1. Offenes Verfahren.....	39
a) Europaweite Vergabebekanntmachung.....	39
b) Versand der Verdingungsunterlagen an die Bieter	41
c) Eingang der Angebote	43
d) Vorinformation	47
e) Zuschlag.....	48
2. Nichtoffenes Verfahren.....	48
a) Europaweite Vergabebekanntmachung.....	48
b) Teilnahmewettbewerb	49
c) Eingang der Angebote	50
d) Vorinformation.....	50
e) Zuschlag.....	50
3. Verhandlungsverfahren.....	50
a) Bekanntmachung	51
b) Teilnahmewettbewerb	51
c) Versand Verdingungsunterlagen an ausgewählte Bewerber	51
d) Indikative Angebotsphase.....	52
e) Verhandlungen.....	52

f) Aufforderung letztverbindliches Angebot	52
g) Eingang letztverbindliches Angebot	53
VII. Verfahrensbesonderheiten	53
1. Aufhebung	53
2. Dokumentationspflichten/Vergabeakte	54
VIII. Rechtsschutz im Vergaberecht	56
1. Antrag nach § 107 Abs. 1 GWB	56
2. Antragsbefugnis, § 107 Abs. 2 GWB	57
3. Rüge, § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB	58
4. Form des Nachprüfungsantrags, § 108 GWB	59
5. Entscheidung der Vergabekammer, § 114 GWB	59
6. Sofortige Beschwerde	59
D. Inhalt des Facility Management-Vertrags	61
I. Objekt	61
II. Laufzeit	61
III. Pflichten des Auftragnehmers	62
1. Pflichten des technischen Facility Managements	62
a) Instandhaltung	62
b) Wartung	63
c) Inspektion	64
d) Prüfung	65
e) Instandsetzung	65
f) Verbesserung	66
g) Störungsbeseitigung	66
h) Betreiben/Bedienen	66
2. Pflichten des infrastrukturellen Facility Management	67
a) Gebäudereinigung	67
b) Bewachung	68
c) Außenanlagen	69
d) Catering	70
e) Energielieferung	70
3. Pflichten des kaufmännischen Facility Managements	71
a) Vermieterpflichten	71
b) Betriebskosten	72
c) Abschluss von Mietverträgen	76
d) Kündigung von Mietverträgen	76
e) Einziehung von Mieten	77
f) Abweichungen von Weisungen	77
g) Nachricht/Auskunft/Rechenschaft	78
h) Gebäudeversicherung	79
i) Versorgungsverträge	80
j) Gebot der Wirtschaftlichkeit	81
k) Mängelverfolgung	81

4.	Sonstige Pflichten	82
a)	Kooperationspflicht	82
b)	Verschwiegenheitspflicht	83
c)	Datenschutz.....	83
d)	Verpflichtung zur Optimierung	83
e)	Verkehrssicherungspflicht	84
IV.	Pflichten des Auftraggebers.....	84
1.	Vergütung	84
a)	Einheitspreisvertrag	84
b)	Pauschalpreisvertrag.....	84
c)	Ersatz von Aufwendungen.....	85
d)	Geschäftsführung ohne Auftrag.....	85
e)	Abschlagszahlungen	86
2.	Kooperationspflicht.....	87
3.	Sonstige Pflichten	87
4.	Allgemeine Sorgfaltspflicht	88
5.	Abnahme von Werken	88
6.	Überlassung von Personal.....	89
V.	Einschaltung von Subunternehmern	91
VI.	Sicherheiten	92
1.	Sicherungshypothek	92
2.	Bürgschaften.....	93
VII.	Vertragsstrafen.....	94
VIII.	Vollmachten für den Auftragnehmer	96
IX.	Service-Level-Agreements	96
E.	Beendigung des Vertrags	99
I.	Gründe der Beendigung.....	99
1.	Zeitablauf.....	99
2.	Ordentliche Kündigung.....	99
3.	Freie Kündigung des Auftraggebers	100
4.	Fristlose Kündigung bei Vertrauensstellung.....	101
5.	Kündigung aus wichtigem Grund	101
6.	Insolvenz des Auftraggebers.....	103
7.	Insolvenz des Auftragnehmers.....	104
8.	Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers	104
9.	Tod des Auftragnehmers.....	104
II.	Pflichten des Auftragnehmers.....	105
1.	Rückgabe überlassener Räume und Anlagen	105
2.	Übergabe von Unterlagen und Daten.....	105
F.	Betriebsübergang.....	107
I.	Einführung.....	107
1.	Der status quo der Rechtslage.....	107
2.	Gestaltungsmöglichkeiten für den Rechtsanwender	108

II.	Rechtsgrundlagen	109
1.	Kodifiziertes Recht	109
2.	Rechtsprechung / Gebot der richtlinienkonformen Auslegung	110
III.	Tatbestandsvoraussetzungen eines Betriebsübergangs	111
1.	Wechsel des Betriebsinhabers – Allgemeine Grundlagen.....	112
a)	Frühere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	112
b)	Fortführung einer wirtschaftlichen Einheit	113
c)	Der 7-Punkte-Katalog	114
d)	Das Bild vom „Legen ins gemachte Bett“	116
e)	Das „Gepräge“ eines Betriebes: Produktion vs. Dienstleistung	118
f)	Keine Notwendigkeit eigenwirtschaftlicher Nutzung.....	119
g)	Outsourcing / Auftragsnachfolge / Funktionsnachfolge	122
h)	Veränderungen des Betriebszwecks	124
2.	Wechsel des Betriebsinhabers beim Facility Management Vertrag.....	126
a)	Technische Facility Management-Verträge	127
b)	Infrastrukturelle Facility Management-Verträge	128
c)	Kaufmännische Facility Management-Verträge	129
d)	Gestaltungsmöglichkeiten bei Facility Management-Verträgen	129
3.	Übergang durch Rechtsgeschäft.....	130
a)	Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts im Sinne des § 613a BGB.....	130
b)	Problematik bei Facility Management-Verträgen.....	131
IV.	Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs.....	132
1.	§ 613a BGB als zwingende Vorschrift.....	133
a)	Das Vermeiden eines Betriebsübergangs.....	133
b)	Vorabvereinbarungen.....	134
c)	Nachträgliche Vereinbarungen.....	135
2.	Zuordnung von Arbeitnehmern.....	135
a)	Einvernehmliche Zuordnung.....	135
b)	Objektive Zuordnung.....	136
3.	Erfasste Arbeitsverhältnisse.....	137
4.	Rechtsnachfolge bei individualvertraglichen Ansprüchen – § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB	138
a)	Wechsel der Arbeitgeberstellung – Eintritt in Arbeitgeberrechte	139
b)	Wechsel der Arbeitgeberstellung – Eintritt in Arbeitgeberpflichten und andere Rechtspositionen	139
5.	Fortgeltung von Kollektivnormen – § 613a Abs. 1 Satz 2-4 BGB	143
a)	Grundsatz der Transformation - § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB.....	144
b)	Kollektivrechtliche Fortgeltung / Ablösung – § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB.....	145
c)	Die Veränderungssperre des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB	147

d) Bezugnahmeklauseln	149
6. Die gesamtschuldnerische Nachhaftung gemäß § 613a Abs. 2 BGB.....	150
7. Das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB	152
V. Unterrichtung der Arbeitnehmer.....	154
1. Rechtsgrundlage und Gesetzeszweck	154
2. Form und Zeitpunkt der Unterrichtung.....	155
a) Form der Unterrichtung	155
b) Zeitpunkt der Unterrichtung	157
3. Schuldner der Unterrichtung	157
4. Inhalt der Unterrichtung	158
a) Tatsachengrundlage	159
b) Einzelfragen	159
c) Kontrollmaßstab der Rechtsprechung.....	161
5. Verbleibende Rechtsunsicherheit.....	162
VI. Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer	162
1. Voraussetzungen des § 613a Abs. 6 BGB	162
2. Die Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 BGB.....	163
3. Rechtsfolgen des Widerspruchs	164
a) Rückwirkung des Widerspruchs	164
b) Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis / offene Fragen	164
G. Leistungsstörungen.....	167
I. Einleitung	167
II. Verletzung einer Werkpflicht	167
1. Leistungsverzögerung.....	167
a) Fälligkeit	167
b) Rechtsfolgen	168
2. Rechte des Auftraggebers bei Mängeln des Werks.....	168
a) Begriff des Mangels.....	169
b) Nacherfüllung	171
c) Selbstvornahme.....	172
d) Rücktritt.....	173
e) Minderung.....	174
f) Schadensersatz	174
g) Aufwendungsersatz	175
h) Zurückbehaltungsrecht	176
III. Verletzung einer Dienstpflicht.....	177
1. Leistungsverzögerung.....	177
2. Mängelansprüche	177
a) Minderung.....	177
b) Wegfall der Vergütung	178
c) Zurückbehaltungsrecht.....	178
d) Schadensersatz.....	178
IV. Zahlungsverzug	179
V. Gläubigerverzug	179

H. Betreiberverantwortung.....	181
I. Einleitung.....	181
II. Zivilrechtliche Betreiberverantwortung.....	181
1. Definition der Verkehrssicherungspflicht.....	182
2. Beispiele für Verkehrssicherungspflichten.....	183
a) Räum- und Streupflicht.....	183
b) Schutz und Warnung vor Dachlawinen.....	184
c) Beleuchtung von Grundstückszugängen und Parkplätzen.....	185
d) Sicherung von Zugängen.....	185
e) Schutz eines Gebäudes vor unbefugtem Zutritt.....	186
f) Verkehrssicherungspflicht gegenüber spielenden Kindern.....	186
g) Weitere Beispiele.....	186
3. Grundlagen der Verkehrssicherungspflicht.....	187
a) Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften.....	187
b) DIN-Normen.....	188
c) Gemeindliche Satzungen.....	189
d) Betriebssicherheitsverordnung.....	189
e) Vorschriften der Landesbauordnung.....	190
f) GEFMA-Richtlinien.....	190
4. Gesetzliche Anspruchsgrundlagen.....	191
a) Grundnorm.....	191
b) Verstoß gegen Schutzgesetz.....	192
c) Haftung für Verrichtungsgehilfen.....	192
d) Haftung des Grundstücksbesitzers.....	192
e) Haftung des Gebäudebesitzers.....	194
f) Haftung des Gebäudeunterhaltspflichtigen.....	194
g) Haftung aus Haftpflichtgesetz.....	195
h) Haftung aus Wasserhaushaltsgesetz.....	196
i) Haftung aus Umwelthaftungsgesetz.....	196
j) Vertragliche Haftung.....	197
5. Delegation von Verkehrssicherungspflichten auf Dritte.....	197
a) Ausdrückliche oder stillschweigende Übertragung.....	198
b) Trotz Delegation bestehen bleibende Pflichten.....	198
6. Haftung für Fehlverhalten Dritter.....	199
a) Vertragliche Haftung.....	199
b) Deliktische Haftung.....	200
7. Haftung für Organe nach § 31 BGB.....	200
8. Mitverschulden.....	201
III. Strafrechtliche Betreiberverantwortung.....	202
1. Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen.....	202
a) Nichtvornahme der gebotenen Handlung.....	203
b) Hypothetische Kausalität.....	203
c) Garantenstellung.....	203
d) Rechtswidrigkeit.....	204
e) Schuld.....	205
f) Rechtsfolgen.....	205

2.	Abgrenzung Vorsatz-/Fahrlässigkeitsdelikte	205
a)	Vorsatz	205
b)	Fahrlässigkeit	205
c)	Abgrenzung bewusste Fahrlässigkeit / bedingter Vorsatz	206
3.	Einzelne Tatbestände	206
a)	Tötungsdelikte	206
b)	Körperverletzungsdelikte	206
c)	Brandstiftungsdelikte	206
d)	Umweltdelikte	206
e)	Straftatbestände außerhalb des StGB	207
4.	Verantwortung innerhalb der Geschäftsführung	207
IV.	Öffentlich-rechtliche Betreiberverantwortlichkeit	208
1.	Baurecht	208
2.	Umweltrecht	208
a)	Immissionsschutz	208
b)	Gewässerschutz	209
c)	Kreislaufwirtschafts-/Abfallrecht	209
d)	Bodenschutz	209
e)	Umweltschadensgesetz	210
3.	Prüfpflichten	210
4.	Dokumentationspflichten	211
V.	Vermeidung und Begrenzung des Haftungsrisikos und einer Strafbarkeit	211
1.	Compliance	212
a)	Definition	212
b)	Risikoidentifikation	212
c)	Abgrenzung von Verantwortungsbereichen	212
d)	Information und Kommunikation	213
e)	Kontrollsystem und Dokumentation	213
2.	Versicherbarkeit	213
3.	Haftungsbegrenzung	214
a)	Begrenzung nach Art der Rechtsgutverletzung	214
b)	Begrenzung nach Verschuldensgrad	214
c)	Haftungsbegrenzung der Höhe nach	215
I.	Streitbeilegung	217
I.	Einführung	217
II.	Das selbständige Beweisverfahren	217
1.	Die Bedeutung des selbständigen Beweisverfahrens	217
2.	Zulässigkeit des selbständigen Beweisverfahrens	218
a)	Zustimmung des Gegners	218
b)	Veränderungsgefahr	218
c)	Selbständiger Sachverständigenbeweis	219
3.	Parteien des selbständigen Beweisverfahrens	220

4.	Die Streitverkündung	221
5.	Die Formulierung der Beweisfrage	221
6.	Die Bezeichnung der Beweismittel	222
7.	Die Glaubhaftmachung	223
8.	Zuständiges Gericht	223
9.	Beweisbeschluss und Beweisaufnahme	224
10.	Rechtsfolgen des selbständigen Beweisverfahrens	225
11.	Die Kosten	226
III.	Das Erkenntnisverfahren	227
1.	Zulässigkeitsfragen	227
2.	Darlegungs- und Beweislast im Klageverfahren	227
a)	Die Vergütungsklage	227
b)	Vorschussklage für Mängelbeseitigungskosten	228
c)	Klage auf Nachbesserung	228
d)	Einwendungen im Prozess	228
3.	Der Prozess in erster Instanz	229
4.	Die Berufungsinstanz	230
a)	Tatbestandsberichtigungsantrag	230
b)	Die Beschwerde	231
c)	Berufungsbegründung	231
5.	Die Streitverkündung	232
a)	Zulässigkeit der Streitverkündung	232
b)	Zeitpunkt und Form der Streitverkündung	233
c)	Die Interventionswirkung	233
6.	Insolvenz im Facility Management-Prozess	234
IV.	Schiedsgerichtsverfahren	234
1.	Die Bedeutung des Schiedsgerichtsverfahrens	234
2.	Rechtliche Grundlagen in der ZPO	235
3.	Anwendbarkeit des deutschen Schiedsverfahrensrechts	235
4.	Schiedsabrede/Schiedsklausel	235
a)	Form der Schiedsabrede/Schiedsklausel	236
b)	Ort des Schiedsverfahrens	237
c)	Bildung des Schiedsgerichts	237
d)	Schiedsgerichtsordnung	237
e)	Vertraulichkeit	238
5.	Schiedsspruch	238
6.	Vor- und Nachteile eines Schiedsgerichtsverfahrens	238
a)	Vorteile des Schiedsgerichtsverfahrens	238
b)	Nachteile des Schiedsgerichtsverfahrens	239
V.	Der Schiedsgutachtenvertrag	239
VI.	Mediation und sonstige außergerichtliche Streitbelegungen	241
1.	Mediation	241
a)	Der Mediator	241
b)	Mediationsverfahren	241

c) Vollstreckbarkeit eines Vergleichs	242
d) Vor- und Nachteile des Mediationsverfahrens	242
2. Dispute Boards.....	242
Literaturverzeichnis.....	245
Stichwortverzeichnis	247

A. Grundlagen des Facility Management-Vertrags

I. Vertragsgegenstand

Kernbestandteil des Facility Management-Vertrags ist das entgeltliche Betreiben und die Instandhaltung technischer Gebäudeanlagen. Diese Pflichten des „technischen“ Facility Managements können auch als Facility Management im engeren Sinne bezeichnet werden. Je nach Willen der Vertragsparteien können zusätzlich weitere Leistungen in den Facility Management-Vertrag einbezogen werden. Das gilt insbesondere für Leistungen des kaufmännischen Facility Managements (zum Beispiel Vermietung) und des infrastrukturellen Facility Managements (zum Beispiel Gebäudereinigung, Pflege von Außenanlagen).

II. Rechtsquellen

1. Bürgerliches Gesetzbuch

Die gesetzlichen Regelungen für den Facility Management-Vertrag ergeben sich primär aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Seit dem 1. Januar 2003 ist auch für vor dem 1. Januar 2002 geschlossene Facility Management-Verträge das Bürgerliche Gesetzbuch in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung anwendbar.

2. Internationales Privatrecht

Bei Verträgen mit Auslandsbezug, aus denen Rechte vor deutschen Gerichten geltend gemacht werden, entscheidet sich, welches nationale Recht anwendbar ist, nach dem deutschen internationalen Privatrecht, das in Art. 3 ff. EGBGB niedergelegt ist. Nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB unterliegt der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Für den Fall, dass die Parteien kein Recht wirksam bestimmt haben, unterliegt der Vertrag gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 1 BGB dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist.

3. Gemeinschaftsprivatrecht

Eine ständig wachsende Bedeutung hat das Gemeinschaftsprivatrecht, das Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft.

Dieses Recht findet sich zum Teil in Richtlinien, die in das deutsche Recht umgesetzt werden müssen. So gehen die Regelungen zum Betriebsübergang in § 613a BGB ebenso wie inzwischen die Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen in §§ 305 ff. BGB auf Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft zurück.

Teilweise ergibt sich das Gemeinschaftsprivatrecht auch aus Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft. Ein Beispiel hierfür ist die Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO)¹. Aus der Verordnung ergibt sich, die Gerichte welches Mitgliedsstaats für die gerichtliche Geltendmachung von Forderungen aus Facility Management-Verträgen zuständig sind.

Es gibt Bestrebungen der Gemeinschaft, das Zivilrecht weiter zu vereinheitlichen. Ein europäisches Zivilgesetzbuch, welches das BGB ablösen würde, gibt es hingegen noch nicht.

4. Dienstleistungsrichtlinie

Das Facility Management fällt in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie.² Nach Art. 2 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie gilt die Richtlinie für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedsstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden. Eine Ausnahme für den Bereich des Facility Managements gibt es nur nach Art. 2 Abs. 2 lit. k) der Dienstleistungsrichtlinie für private Sicherheitsdienste. Durch die Umsetzung der Richtlinie soll der Dienstleistungsverkehr über die Grenze hinweg vereinfacht werden. Die Mitgliedsstaaten sind verpflichtet, die Dienstleistungsrichtlinie bis spätestens zum 28. Dezember 2009 in nationales Recht umzusetzen (Art. 44 Abs. 1 der Dienstleistungsrichtlinie).

III. Privatrechtlicher Vertrag

Der Facility Management-Vertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag. Das gilt auch dann, wenn die öffentliche Hand oder von der öffentlichen Hand gehaltene Gesellschaften am Vertrag beteiligt sind.³ Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag liegt nur

¹ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Abl. EG Nr. L12 vom 16.01.2001, S. 1.

² Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

³ Zur Vergabe durch die Öffentliche Hand siehe unter Kap. C.

dann vor, wenn das Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts liegt. Entscheidend für die Einordnung als öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag ist der Gegenstand des Vertrags beziehungsweise dessen Vertragsinhalt⁴. Dabei kommt es maßgeblich darauf an, ob sich der Vertragsinhalt auf einen öffentlich-rechtlich geregelten Sachverhalt bezieht.⁵ Der Facility Management-Vertrag beinhaltet grundsätzlich keine durch das öffentliche Recht geregelten Sachverhalte.

IV. Vertragsparteien

Vertragspartei eines Facility Management-Vertrags kann jede natürliche oder juristische Person sein. Auftraggeber des Facility Management-Vertrags muss nicht der Eigentümer der Immobilie sein. Facility Management Leistungen können ebenso von Mietern, Erbbauberechtigten, Treuhändern, Insolvenzverwaltern, Zwangsverwaltern oder sonstigen an der Bewirtschaftung der Immobilie Interessierten beauftragt werden.

Eine gesetzliche Bezeichnung für die Vertragsparteien gibt es nicht, weil der Facility Management-Vertrag nicht als eigener Vertragstyp – wie der Dienstvertrag oder der Werkvertrag – gesetzlich geregelt ist. Für die Bezeichnung der Vertragsparteien als Auftragnehmer und Auftraggeber spricht, dass die Bezeichnung allgemein verständlich und üblich ist. Sie wird zudem in der VOL verwandt. Dabei ist es unschädlich, dass ein Facility Management-Vertrag kein Auftrag im Sinne des § 662 BGB ist, weil Facility Management Leistungen typischerweise nicht unentgeltlich angeboten werden. Es ist auch jede andere Bezeichnung möglich.

V. Dauerschuldverhältnis

Der Facility Management-Vertrag ist ein Dauerschuldverhältnis.⁶ Insoweit ist er insbesondere mit Dienstverträgen und Mietverträgen vergleichbar. Das Gesetz regelt das Dauerschuldverhältnis nur vereinzelt. Gesetzliche Regelungen gibt es zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB) und zum Fortbestehen von Dauerschuldverhältnissen in der Insolvenz (§ 108 InsO).

Während der Dauer des Dauerschuldverhältnisses entstehen seine – auch vertragstypischen - Pflichten ständig wieder neu. Das Ende des Dauerschuldverhältnisses ist durch das Ende der Laufzeit und nicht durch das Erfüllen einer bestimmten Pflicht gekennzeichnet. Darin unterscheidet sich das Dauerschuldverhältnis insbesondere vom Werkvertrag, dessen Erfüllung zwar auch einige Zeit in An-

⁴ Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 10.04.1986 – GmS-OGB 1/85.

⁵ Stelkens/Bonk/Sachs, § 54 Rdn. 76.

⁶ BGH, Urteil vom 23.01.2002 – XII ZR 5/00, NJW-RR 2002, 946-947, für einen „Instandhaltungsvertrag“.

spruch nehmen kann, der aber auf die Erfüllung eines bestimmten Erfolgs gerichtet ist. Ist der Erfolg erreicht und das Werk abgenommen, endet die vertragstypische Herstellungspflicht. Die charakteristischen Pflichten des Facility Management-Vertrags sind entweder Dauerpflichten, wie das Betreiben, oder Entstehen in regelmäßigen Abständen neu, wie Wartungspflichten oder Reinigungspflichten.

VI. Vertragstyp

Der Facility Management-Vertrag ist in der Regel ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 Abs. 1 BGB). Geschäftsbesorgung ist jede selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art in fremdem Interesse.⁷

Facility Management ist grundsätzlich eine wirtschaftliche Tätigkeit in fremdem Interesse. Facility Management dient dem Erhalt und der Steigerung der verwalteten Immobilie als Wirtschaftsgut. Dabei wird der Auftragnehmer im Interesse des Auftraggebers tätig. Der Auftraggeber übergibt dem Auftragnehmer in der Regel die Immobilie oder zumindest die haustechnischen Anlagen für die Dauer des Facility Management-Vertrags zu treuen Händen und vertraut darauf, dass der Auftragnehmer auf Grund seines Know-hows das ihm überlassene Wirtschaftsgut in seinem Interesse behandelt. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof einen mit dem Facility Management-Vertrag insoweit vergleichbaren Hausverwaltervertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag eingeordnet.⁸

Der Facility Management-Vertrag enthält Elemente des Werk- und des Dienstvertrags. Der Werkvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass sich der Schuldner (Auftragnehmer) zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs verpflichtet, § 631 Abs. 1 BGB. § 631 Abs. 2 BGB konkretisiert den Vertragsgegenstand des Werkvertrags dahin gehend, dass es sich um die Herstellung oder Veränderung einer Sache oder um einen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg handeln kann. Sofern ein Facility Management-Vertrag die Pflicht zur Instandsetzungs- und Verbesserungsarbeiten enthält, handelt es sich um einen Werkvertrag. Anwendungsbereich des Dienstvertrages gemäß § 611 BGB sind Dienste jedweder Art wie zum Beispiel Inspektionen.

Auf Grund der unterschiedlichen Hauptleistungen ist der Facility Management-Vertrag ein gemischter Vertrag, der sich in der Regel keinem der im BGB geregelten Vertragstypen eindeutig zuordnen lässt. Dogmatisch einzuordnen ist er am ehesten als Kombinationsvertrag. Bei diesem schuldet eine Partei Hauptleistungen, die mehreren verschiedenen Vertragstypen entsprechen.⁹

⁷ BGH, Urteil vom 17.10.1991 – III ZR 352/89.

⁸ BGH, Urteil vom 20.11.1997 – III ZR 310/95.

⁹ Palandt/Grüneberg, vor § 311, Rdn. 21.

VII. Gegenseitiger Vertrag

Der Facility Management-Vertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Die Zahlungspflicht des Auftraggebers und die vertragstypischen Leistungen stehen in einem Synallagma. Vertragstypische – wesentliche – Leistungen sind zumindest das Betreiben und Instandhalten der gebäudetechnischen Anlagen.

Auf den Facility Management-Vertrag finden aus diesem Grund die gesetzlichen Vorschriften für gegenseitige Verträge Anwendung. Dabei handelt es sich insbesondere um § 320 BGB (Einrede des nicht erfüllten Vertrages), § 321 BGB (Unsicherheitseinrede) und § 322 BGB (Urteil zu Leistungen Zug um Zug). Die weiteren Vorschriften über gegenseitige Verträge (§ 323 ff. BGB) sind dagegen auf den Facility Management-Vertrag nur eingeschränkt anwendbar¹⁰.

Die Vertragsparteien können die Rechtsfolgen der §§ 320 ff. BGB durch Individualvereinbarung ausschließen.¹¹ Ein Ausschluss der §§ 320 ff. BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist dagegen nur begrenzt möglich. Das gilt insbesondere für den Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB.

VIII. Vertrag zu Gunsten Dritter/mit Schutzwirkung für Dritte

Der Facility Management-Vertrag ist in vielen Fällen ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Bei einem solchen wird ein Dritter (in der Regel ein Nutzer der Immobilie) in einen bestehenden Vertrag mit einbezogen. Er kann zwar keinen Anspruch auf eine (Haupt-) Leistung aus diesem Vertrag geltend machen. Es bestehen jedoch vertragsähnliche Verhaltenspflichten, insbesondere Schutz- und Aufklärungspflichten, die auch ihm gegenüber gelten. Eine Verletzung dieser Verhaltenspflichten führt zu einem vertraglichen Schadensersatzanspruch, denn der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte begründet ein Schuldverhältnis. Praktische Bedeutung hat dieser Anspruch im Vergleich zum Deliktsrecht wegen der Haftung für Hilfspersonen gemäß § 278 BGB anstelle von § 831 BGB (Exkulpationsmöglichkeit) und der Verschuldensvermutung bei Pflichtverletzungen gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Letzteres spielt auch bezüglich der Beweislastverteilung eine wichtige Rolle. Neben diesen Vorteilen für den Geschädigten ergeben sich allerdings auch Nachteile. Zum einen müssen - basierend auf dem Rechtsgedanken des § 334 BGB - mögliche Haftungsausschlüsse und kürzere Verjährungsfristen auch für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte gelten. Zum anderen erfolgt auch eine Zurechnung des Mitverschuldens von Hilfspersonen des Dritten über die §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 BGB.

Voraussetzung für die Einbeziehung des Dritten in den Vertrag ist erstens, dass der Dritte mit der Hauptleistung nach dem Inhalt des Vertrages bestimmungsgemäß in Berührung kommt und den Gefahren (einer Schlechtleistung etwa) ebenso

¹⁰ Najork, NJW 2006, 2881, 2882.

¹¹ Palandt/Grüneberg, vor § 320, Rdn. 18.

stark ausgesetzt ist wie der Gläubiger selbst. Klassisches Beispiel hierfür sind die Hausangehörigen des Mieters bei der Wohnungsmiete. Zweitens ist Voraussetzung, dass sich ein auf Drittschutz gerichteter (zumindest auch konkludenter) Parteiwille ermitteln lässt¹². Drittens muss dem Haftenden der Kreis der geschützten Personen erkennbar sein und viertens muss der Dritte auch schutzbedürftig sein. Letzteres ist nicht der Fall, wenn ein inhaltsgleicher vertraglicher Anspruch - gleich gegen wen - besteht.

So ist der Mieter eines Bürohauses nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs in den Schutzbereich des Wartungsvertrages zwischen Eigentümer und Heizungsfirma einbezogen¹³. Der Eigentümer hatte im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall einen Wartungsvertrag über die Ölheizung abgeschlossen und überließ der Heizungsfirma gleichzeitig einen eigenen Schlüssel zum Heizungskeller, damit jederzeitiger Zugang gesichert war. Als er den Schlüssel bei einem Defekt des Ölbrenners nicht fand und den Fehler daher nicht beheben konnte, entstand dem Mieter ein Schaden, da seine Angestellten wegen der Kälte nicht arbeiten konnten. Diesen Schaden musste der Heizungsunternehmer dem Mieter auf Grund des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte ersetzen.

Dogmatisch abzugrenzen ist der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte vom Vertrag zugunsten Dritter. Letzterer ist in § 328 BGB geregelt. Bei diesem erhält der Dritte ein eigenes Recht, die Leistung vom Versprechenden zu fordern. Ein solch eigenes Recht Dritter wird in der Regel nur dann anzunehmen sein, wenn Auftragnehmer und Auftraggeber ausdrücklich vereinbaren, dass einem Dritten (wie zum Beispiel einem Nutzer, der dem Konzern des Auftraggebers angehört) ein unmittelbares Recht nach § 328 BGB zustehen soll.

¹² BGH, Urteil vom 02.11.1983 – IVa ZR 20/82, NJW 1984, 355.

¹³ OLG Köln, Urteil vom 10.03.1976 – 2 U 135/75, VersR 1976, 1182.

B. Abschluss des Facility Management-Vertrags

I. Angebot und Annahme

Der Facility Management-Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen vom Auftragnehmer und Auftraggeber zustande. Fallen die Erklärungen zeitlich auseinander, wird das erste Angebot als Antrag, das zweite als Annahme bezeichnet. Nach § 145 BGB ist derjenige, der die Schließung eines Vertrages anträgt, an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn Auftragnehmer oder Auftraggeber ein schriftliches Angebot unterzeichnen und der anderen Vertragspartei zuschicken. Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (§ 147 Abs. 2 BGB). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt sich die Annahmefrist des § 147 BGB aus mehreren Elementen zusammen, nämlich der Übermittlung des Angebots an den Empfänger, der Bearbeitungs- und Überlegungszeit des Empfängers und der Zeit für die Übermittlung der Annahmeerklärung.¹⁴ Der zeitlich entscheidende Punkt ist in der Regel, welche Zeit der Angebotsempfänger zur Bearbeitung und Entscheidungsfindung benötigt. Nicht berücksichtigt wird dabei, ob der zuständige Geschäftsführer im Urlaub ist, wenn der Angebotsempfänger ein Vollkaufmann ist. Ein Vollkaufmann darf nicht allein auf Grund des Urlaubs des Geschäftsführers Geschäftsbriefe über längere Zeit liegenlassen.¹⁵ Bei wirtschaftlich bedeutenden Verträgen muss der Anbietende davon ausgehen, dass der Angebotsempfänger Zeit benötigt, das Angebot wirtschaftlich und juristisch zu prüfen oder durch Dritte prüfen zu lassen. Eine gefestigte Rechtsprechung zur Annahmefrist von Facility Management-Verträgen gibt es bislang nicht. Bei wirtschaftlich bedeutenden Verträgen dürfte die Annahmefrist jedoch in der Regel nicht unter zwei bis drei Wochen liegen.

¹⁴ BGH, Urteil vom 02.11.1995 – X ZR 135/93.

¹⁵ BGH, Urteil vom 02.11.1995 – X ZR 135/93.

II. Vertragsübernahme

Im Gegensatz zum Mietvertrag, gibt es keine gesetzliche Norm, durch die der Erwerber eines bewirtschafteten Grundstücks in den Facility Management-Vertrag eintritt. Dagegen ist der Eintritt in einen Facility Management-Vertrag nach § 16 Abs. 2 des Gesetzes zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz) möglich. Nach dieser Vorschrift tritt mit der Rückübertragung von Eigentumsrechten oder der Aufhebung der staatlichen Verwaltung oder mit der vorläufigen Einweisung nach § 6a VermöG der Berechtigte in alle in Bezug auf den jeweiligen Vermögenswert bestehenden Rechtsverhältnisse ein. Der Facility Management-Vertrag ist ein in Bezug auf einen Vermögenswert (Immobilie) bestehendes Rechtsverhältnis. Eine Einschränkung der Übernahme besteht für Hausverwalterverträge.¹⁶ Die Ausnahme für Hausverwalterverträge begründet der Bundesgerichtshof damit, dass der Berechtigte sein Eigentum bei einem bestehenden Hausverwaltervertrag nicht in Besitz nehmen könne. Dagegen hindert ein bestehender Facility Management-Vertrag den restituierten Eigentümer nicht, seine Immobilie in Besitz zu nehmen, sobald die Verwaltung nicht im Rahmen des kaufmännischen Facility Managements vereinbart wurde. Facility Management-Verträge werden daher in der Regel nicht von der von der Rechtsprechung festgestellten Ausnahme für Hausverwalterverträge erfasst.

Es gibt im BGB keine Regelung zur rechtsgeschäftlichen Übertragung eines Schuldverhältnisses im Ganzen. Es existieren lediglich Vorschriften zur Vertragsübernahme als Folge anderer Rechtsgeschäfte, so in den §§ 566, 581 Abs. 2, 613a, 1251 BGB, § 69 VVG und den §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG. Die Rechtsprechung hält trotzdem eine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme für zulässig.¹⁷ Es handelt sich dabei nicht um ein Zusammentreffen von Abtretung und Schuldübernahme, sondern um ein einheitliches Rechtsgeschäft¹⁸. Dieses besteht aus einer Verfügung über das Schuldverhältnis, die der Zustimmung aller Beteiligten bedarf. Es sind zwei Ansätze denkbar. Entweder schließen die Parteien einen dreiseitigen Vertrag oder die ausscheidende Partei schließt mit der eintretenden Partei einen Vertrag, welchem der Vertragspartner zustimmt. Während diese Zustimmung formfrei ist,¹⁹ bedarf der Übernahmevertrag der Form des übernommenen Vertrages.²⁰ Wird der ausscheidende Vertragspartner insolvent, kann der verbleibende Partner die Vertragsübernahme auch noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens genehmigen.²¹ Der verbleibende Vertragspartner kann in entsprechender Anwendung des § 404 BGB der neuen Vertragspartei die Einwendungen entgegensetzen, die im Zeitpunkt des Ausscheidens des alten Vertragspartners gegenüber dem alten Vertragspartner entstanden. Ferner kann er sich auf Mängel der Vertragsübernahme berufen, nicht aber auf Mängel des Grundgeschäftes.

¹⁶ BGH, Urteil vom 14.05.2004 – V ZR 304/03.

¹⁷ BGH, Urteil vom 20.06.1985 – IX ZR 173/84, NJW 1985, 2528.

¹⁸ BGH, Urteil vom 20.04.2005 – VII ZR 29/02, NJW-RR 2005, 958.

¹⁹ BGH, Urteil vom 12.03.2003 – XII ZR 18/00, NJW 2003, 2158.

²⁰ BGH, Urteil vom 29.11.1978 – VIII ZR 263/77, NJW 1979, 369.

²¹ Lange, ZIP 1999, 1373.

III. Formvorschriften

Das BGB kennt unterschiedliche Arten von Formvorschriften. Als wichtigste sind die gesetzliche und gewillkürte Schriftform (§§ 126, 127 BGB), die öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB) und die notarielle Beurkundung (§§ 128, 127a BGB) zu nennen. Daneben kennt das BGB die qualifizierte elektronische Form (§ 126a BGB) und die Textform nach § 126b BGB. Grundsätzlich wird das Rechtsgeschäft im Ganzen von den Formerfordernissen erfasst, so dass auch Nebenabreden und spätere Änderungen sowie Ergänzungen formbedürftig sind.

1. Formfreiheit

Der Facility Management-Vertrag bedarf grundsätzlich keiner Form. Er kann sowohl durch mündliche als auch durch schriftliche Äußerungen geschlossen werden. Nur in den gesetzlich festgelegten Fällen oder bei einer dahin gehenden Parteivereinbarung ist die Einhaltung der Form erforderlich.

Wird eine gesetzliche vorgeschriebene Form nicht beachtet, so ist das Rechtsgeschäft gemäß § 125 Abs. 1 BGB nichtig. Gleiches gilt für eine nicht formgerecht getroffene Nebenabrede. Ob diese sich auf die Wirksamkeit des (Haupt-) Rechtsgeschäftes insgesamt auswirkt, richtet sich nach § 139 BGB. Im Zweifel ist danach das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne die nichtige Nebenabrede vorgenommen sein würde. Im Einzelfall kann es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn eine Partei die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Formmangels geltend macht. Nach der Rechtsprechung ist dies bei schuldrechtlichen Verträgen nur in Fällen zur „Vermeidung schlechthin untragbarer Ergebnisse“ möglich.²²

2. Gesetzliche Schriftform

Die Schriftform regelt das Gesetz in § 126 BGB. Eine gesetzliche Schriftform ist für Facility Management-Verträge nicht vorgesehen, so dass § 126 BGB auf Facility Management-Verträge nicht unmittelbar anwendbar ist. Seine Bedeutung erlangt § 126 BGB im Bereich des Facility Managements durch § 127 Abs. 1 BGB. Danach gelten die Vorschriften des § 126 BGB im Zweifel auch für die durch Rechtsgeschäft bestimmte Form.

Ist schriftliche Form vorgeschrieben, so muss gemäß § 126 Abs. 1 BGB eine Urkunde erstellt und von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder durch notariell beglaubigtes Handzeichen unterzeichnet werden. Urkunde ist die schriftliche Verkörperung einer Erklärung. Sie kann gedruckt oder auch mit Hand geschrieben sein. Ist die Erklärung auf verschiedenen Blättern enthalten, so bilden die einzelnen Seiten grundsätzlich nur dann eine Urkunde, wenn zwischen ihnen eine als dauernd gewollte körperliche Verbindung - wie bei zusammenge-

²² BGH, Urteil vom 27.10.1967 – V ZR 153/64, NJW 1968, 39.

hefteten Seiten - hergestellt ist.²³ Diese körperliche Verbindung wird dann nicht gefordert, wenn sich deren Inhalt aus fortlaufender Paginierung, fortlaufender Nummerierung der einzelnen Bestimmungen, einheitlicher graphischer Gestaltung, inhaltlichem Zusammenhang des Textes oder vergleichbaren Merkmalen zweifelsfrei ergibt.²⁴ Bei Anlagen, die lediglich unwesentliche Nebensätze betreffen oder bloße Orientierungshilfen sind, ist es unschädlich, wenn sie nicht mit der Vertragsurkunde eine Einheit bilden.²⁵ Die Unterzeichnung muss den Text der Urkunde räumlich abschließen. Nur das vor der Unterschrift Stehende ist von der Unterschrift gedeckt. Ein Nachtrag, der einen wesentlichen Punkt regelt, muss erneut unterzeichnet werden.²⁶ Bei einem Vertrag ist nach § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erforderlich. § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB gestattet es, dass jeder nur die für den anderen bestimmte Urkunde unterzeichnet, wenn jeder Vertragspartner eine Urkunde haben will und der Vertrag in mehrfacher Ausführung vorliegt. Zulässig ist auch die Unterzeichnung eines noch unausgefüllten Blattes, eine sogenannte Blankounterschrift, da kein zeitlicher Zusammenhang mit der Errichtung des Textes verlangt ist. Das Vorliegen der Namensunterschrift oder des notariell beglaubigten Handzeichens für die Unterzeichnung ist notwendig, damit der Aussteller zweifelsfrei festgestellt werden kann. Ist letzteres gewährleistet, so kann auch mit dem Familiennamen oder einem Pseudonym unterzeichnet werden. Nach der Rechtsprechung darf der Vertreter auch mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnen.²⁷ Nicht ausreichend sind demgegenüber Namensstempel, Fernschreiben, Faxe oder Telegramme, da es an der Eigenhändigkeit fehlt.

3. Elektronische Form

Die elektronische Form nach § 126a BGB kann, wenn sich aus dem Gesetz nichts Gegenteiliges ergibt und der Vertragspartner einverstanden ist, die Schriftform ersetzen, § 126 Abs. 3 BGB. Um § 126a BGB zu genügen, muss der Aussteller der Erklärung seinem Namen eine sogenannte qualifizierte elektronische Signatur hinzufügen.

4. Textform

Ist Textform vorgesehen, muss die Erklärung in einer Urkunde (wie Kopien, Faxe und Telegramme) oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe des Schriftzeichens geeignete Weise (wie Disketten, CD-ROM oder Computer-Festplatten) abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung

²³ BGH, Urteil vom 13.11.1963 – V ZR 8/62, WM 1964, 65.

²⁴ BGH, Urteil vom 24.09.1997 – XII ZR 234/95, NJW 1998, 58.

²⁵ BGH, Urteil vom 30.06.1999 – XII ZR 55/97, NJW 1999, 2591.

²⁶ BGH, Urteil vom 24.01.1990 – VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518.

²⁷ BGH, Urteil vom 03.03.1966 – II ZR 18/64, NJW 1966, 1069.

durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden, § 126b BGB. Die Textform erfüllt in erster Linie Informationspflichten. Im Unterschied zur Schriftform kann die Unterschrift oder elektronische Signatur hier fehlen. Eine E-Mail genügt im Gegensatz zu einer Homepage den Anforderungen der Textform. Der Empfänger kann auf die E-Mail zugreifen, wenn sie auf seinem Server bei einem Online-Provider ankommt. Nicht ausreichend ist es dagegen, wenn die Erklärung lediglich über eine Homepage im Internet lesbar, abrufbar oder speicherbar ist. Die Erklärung ist erst dann zur dauerhaften Wiedergabe abgegeben, wenn der Vertragspartner den Text aus dem Internet herunterlädt und diesen ausdruckt oder auf der Festplatte oder Diskette speichert.

5. Öffentliche Beglaubigung

Nach § 129 Abs. 1 BGB muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift oder das Handzeichen des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden, um der öffentlichen Beglaubigung zu genügen. Der Notar bestätigt auf der Urkunde, dass die Unterschrift von demjenigen herrührt, der die Erklärung wirklich abgegeben hat, indem er in seinem Beglaubigungsvermerk die Person bezeichnet, welche die Unterschrift vollzogen hat (§ 40 Abs. 3 BeurkG). Erforderlich ist diese Art der gesetzlichen Schriftform insbesondere bei Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt (§ 29 GBO) oder Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister (§ 12 HGB).

Die öffentliche Beglaubigung ist daher für Facility Management-Verträge nicht beim Abschluss, sondern allenfalls in der Durchführung relevant, wenn – etwa zur Bestellung von Dienstbarkeiten – eine öffentliche Beglaubigung erforderlich ist.

6. Notarielle Beurkundung

Die notarielle Beurkundung einer Erklärung nach § 128 BGB erfolgt in einem besonderen Verfahren vor dem Notar. Die Erklärung wird nach Beratung durch den Notar diesem gegenüber abgegeben, niedergeschrieben, dem Erklärenden vorgelesen, von ihm genehmigt und unterschrieben; der Notar unterzeichnet anschließend die Niederschrift (vgl. §§ 8 ff. BeurkG). Die notarielle Beurkundung kann die schriftliche Form und die öffentliche Beglaubigung ersetzen, §§ 126 Abs. 4, 129 Abs. 2 BGB. § 128 BGB gilt nur für Verträge, nicht aber, wenn nur die Erklärung eines Beteiligten zu beurkunden ist oder ausdrücklich die Anwesenheit beider Parteien gefordert wird. Ausreichend ist die sukzessive Beurkundung oder auch Stufenbeurkundung. Dabei kann zuerst das Angebot und dann die Annahme beurkundet werden, und zwar von verschiedenen Notaren an verschiedenen Orten (vgl. § 152 BGB).

Eine notarielle Beurkundung ist für Facility Management-Verträge nicht erforderlich. Eine Ausnahme gilt jedoch dann, wenn beurkundungspflichtige Regelungen in besonderen Konstellationen in den Facility Management-Vertrag aufgenommen werden. Die wichtigste Ausnahme, die für den gesamten Facility

Management-Vertrag eine notarielle Beurkundung erforderlich machen kann, ist § 311b BGB.

§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB verlangt für Verträge die notarielle Beurkundung durch die sich eine der Vertragsparteien verpflichtet, Eigentum an einem Grundstück zu erwerben. Es handelt sich um eine abstrakte Schutzvorschrift, die auch Anwendung findet, wenn keine der Vertragsparteien schutzbedürftig ist. Auch bei der Veräußerung ausländischer Grundstücke ist die Vorschrift anwendbar, wenn die Anwendung deutschen materiellen Rechts vereinbart wird. Andererseits reicht bei Veräußerung eines deutschen Grundstücks im Ausland nach Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB die Einhaltung der Ortsform aus. Die Vorschrift gilt nicht bei Veräußerung oder Erwerb von Grundstücksbestandteilen (oder Grundstückszubehör).²⁸ Der Formzwang erstreckt sich auch auf die Vollmachtserteilung, wenn bereits durch diese eine weitergehende Bindung erreicht wird. Die Nichtigkeit aller Vereinbarungen tritt auch bei unvollständiger Beurkundung ein, wenn formbedürftige und nicht formbedürftige Vereinbarungen derart in einem rechtlichen Zusammenhang stehen, dass auch die an sich nicht formbedürftigen Abmachungen unter den Formzwang fallen. Ein formnichtiger Vertrag wird gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB durch die Auffassung und Eintragung im Grundbuch wirksam geheilt. Voraussetzung der Heilung ist, dass die formunwirksamen Abreden mit tatsächlichem Verpflichtungswillen getroffen sind. Die Heilung wirkt nur ex nunc, das bedeutet, die gegenseitigen Ansprüche entstehen erst mit Heilung. Eine Heilung ist auch für Nebenabreden möglich.

7. Mietverträge

§ 550 BGB betrifft die Form des Mietvertrags und bestimmt, dass der Mietvertrag, wenn er für längere Zeit als ein Jahr nicht in schriftlicher Form abgeschlossen wird, für unbestimmte Zeit gilt. Der Anwendungsbereich betrifft Wohnräume und andere Räume (§ 578 Abs. 2 Satz 1 BGB), Grundstücke (§ 578 Abs. 1 BGB) sowie Teile davon und Pachtverträge (§ 581 Abs. 2 BGB). Schriftliche Form meint die gesetzliche Schriftform des § 126 BGB. Bilden Vertrag und Anlagen eine einheitliche Urkunde, so sind die Unterschriften nur auf der Anlage ausreichend.²⁹ Zusatzabreden wie beispielsweise ergänzende Vereinbarungen, Vertragsänderungen, Verlängerungen der Laufzeit, Eintritt eines weiteren Mieters oder Ersatzmieters in den Vertrag sowie der Schuldbeitritt einer weiteren Person müssen ebenfalls schriftlich fixiert werden. Für solche Zusatzvereinbarungen kommt es auf die Verbindung mit dem Ursprungsvertrag nicht an, wenn in diesen klar zum Ausdruck kommt, dass es bis auf die zusätzlich getroffenen Vereinbarungen bei den Regelungen des Ursprungsvertrags bleibt.³⁰ Werden diese Zusätze formwidrig abgeschlossen, wird dadurch grundsätzlich auch ein formgerecht schriftlich abge-

²⁸ MüKo-Kanzleiter, § 311b, Rdn. 15.

²⁹ KG Berlin, Urteil vom 25.01.1999 – 8 U 2822/97, ZMR 1999, 705.

³⁰ BGH, Urteil vom 23.02.2000 – XII ZR 251/97, NJW-RR 2000, 744.