

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 Rechtsgeschäftes 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 Auflassung 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.

schlossener Hauptvertrag formwidrig und gilt in der Folge für unbestimmte Zeit.³¹ Handelt es sich allerdings nur um einen Verlängerungsvertrag, der formwidrig abgeschlossen wurde, bleibt der formgültig abgeschlossene Hauptvertrag bis zum Ende der darin vereinbarten Laufzeit wirksam.³²

8. Vereinbarte Schriftform

Auf Grund der Privatautonomie ist es den Parteien möglich, rechtsgeschäftlich Schriftform zu vereinbaren. Die Parteien können die Anforderungen, die sie an die Wahrung der Form knüpfen, durch Erleichterungen oder Erschwerungen frei bestimmen. Sie können beispielsweise von der Eigenhändigkeit der Unterzeichnung absehen oder etwa Zustellung des Schriftstückes durch eingeschriebenen Brief vereinbaren. Die Auslegungsregel des § 127 BGB greift ein, wenn eine Vereinbarung über Einzelheiten der Formabrede oder Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung fehlen. Nach dieser Regel gelten im Zweifel die Vorschriften über die gesetzliche Schriftform mit Modifizierungen.

Nach § 127 Abs. 2 BGB genügt zur Wahrung der durch Rechtsgeschäft bestimmten schriftlichen Form die „telekommunikative Übermittlung“. Nicht erforderlich ist daher, dass der anderen Partei die Unterschrift im Original zugeht. Die Unterschrift muss jedoch nach der Rechtsprechung zumindest auf dem Original der Telekopie vorhanden sein.³³

Ferner können in Modifikation zu § 126 Abs. 2 BGB Verträge auch durch Briefwechsel zustande kommen, wenn die Parteien keine Besonderheiten für die Schriftform vorgesehen haben, § 127 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BGB. Das gilt sogar dann, wenn Angebot und Annahme nicht in einer einheitlichen Urkunde zusammengefasst sind, beispielsweise durch einen Brief des einen Teils und ein Telefax des anderen. Es kann nachträglich eine dem § 126 BGB entsprechende Beurkundung verlangt werden, § 127 Abs. 2 Satz 2 BGB. Die Parteien können den vereinbarten Formzwang auch formfrei wieder aufheben. Dies ist sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend möglich, wenn die Parteien die Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung übereinstimmend gewollt haben. Sie müssen dabei noch nicht einmal an die Schriftformklausel gedacht haben³⁴. Wenn die Schriftformklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist, sind wegen des Vorrangs der Individualabrede, § 305b BGB, mündliche Abreden stets gültig. Unwirksam ist die mündlich geschlossene Vereinbarung aber dann, wenn der Vertrag auch für die Aufhebung der Formabrede ausdrücklich Formzwang vorsieht, sogenannte „doppelte Schriftformklausel“³⁵.

Die Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung der vereinbarten Form richten sich ebenfalls nach dem Willen der Parteien, welcher durch Auslegung zu ermitteln ist. Die

³¹ BGH, Urteil vom 29.10.1986 – VIII ZR 253/85, NJW 1987, 948.

³² BGH, Urteil vom 22.02.1994 – LwZR 4/93, NJW 1994, 1649.

³³ BGH, Beschluss vom 11.10.1989 – IVa ZB 7/89, NJW 1990, 188.

³⁴ BGH, Urteil vom 26.11.1964 – VII ZR 111/63, NJW 1965, 293.

³⁵ BGH, Urteil vom 02.06.1976 – VIII ZR 97/74, WM 1976, 717.

Auslegung kann ergeben, dass die vereinbarte Form eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Rechtsgeschäfts darstellt und daher bei Nichteinhaltung der Form Nichtigkeit vorliegt. Sie kann aber ferner ergeben, dass die vereinbarte Form nur als Beweissicherungsmittel gewollt war und daher die Nichteinhaltung der Schriftform die Wirksamkeit nicht berührt. Kann kein Wille festgelegt werden, bestimmt § 125 Satz 2 BGB, dass der Mangel im Zweifel Nichtigkeit zur Folge hat.

9. Gemeindeordnungen

Wenn eine Gemeinde Erklärungen abgibt, durch welche sie eine rechtliche Verpflichtung gegenüber einer anderen Person übernimmt, ist für diese Schriftform erforderlich. Das bedeutet, dass sie grundsätzlich vom Bürgermeister eigenhändig zu unterzeichnen sind (§ 54 Abs. 1 GO BW; Art. 38 Abs. 2 BayGO; § 67 Abs. 2 BbgGO; § 71 Abs. 2 HessGO; § 38 Abs. 4 KVMV; § 63 Abs. 2 NdsGO; § 64 Abs. 1 GO NW; § 49 Abs. 1 GO Rh.-Pf.; § 62 KSVG; § 60 SächsGO; § 70 GO LSA; § 56 Abs. 2 GO SH; § 31 Abs. 2 ThürKO).

In einigen Gemeindeordnungen ist darüber hinaus die Unterzeichnung weiterer Gemeindevertreter notwendig. Allerdings gibt es Ausnahmen bei bestimmten Angelegenheiten, wie insbesondere den Geschäften der laufenden Verwaltung. Was unter diesen Begriff fällt, ist vom Einzelfall abhängig. Kriterien dafür sind die Größe, die Finanzkraft und die Einwohnerzahl der Gemeinde sowie die konkrete Angelegenheit. Beispielsweise wird man bei Aufträgen in Höhe von 50.000,00 € und mehr bei Großstädten durchaus noch von Geschäften der laufenden Verwaltung ausgehen.

Wenn das Schriftformerfordernis (in Fällen, die nicht Geschäfte der laufenden Verwaltung betreffen) nicht eingehalten ist, führt das nicht zur Nichtigkeit nach § 125 BGB.

Grund dafür ist, dass die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze mit dem Inkrafttreten des BGB gemäß Art. 55 EGBGB außer Kraft getreten sind und dem Landesgesetzgeber Gesetzgebungskompetenz zur Neueinführung bürgerlich-rechtlicher Formvorschriften fehlt. Auch wenn die Vorschriften für die Handlungen des Bürgermeisters als Formvorschriften bezeichnet werden, handelt es sich um eine Regelung der Vertretungsmacht. Es geht darum, ob der Bürgermeister innerhalb der ihm als Organ zugewiesenen Vertretungsmacht handelt.³⁶ Verstöße können demnach durch die Neuvornahme oder Einhaltung der Förmlichkeiten geheilt werden. Erfolgt keine Heilung, so kann die Gemeinde gegebenenfalls für Schäden des Vertragspartners infolge einer Missachtung der formellen Erfordernisse gemäß den Vorschriften über ein „Verschulden bei Vertragsschluss“ (§§ 280, 311 Abs. 2, 31, 89 BGB) haftbar gemacht werden.

³⁶ BGH, Urteil vom 10.05.2005 – III ZR 3/99; Urteil vom 16.11.1978 – III ZR 81/77.

IV. Bedingungen

Auftragnehmer und Auftraggeber können im Facility Management-Vertrag vereinbaren, dass der Vertrag unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung stehen soll. Wird der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so wird der Vertrag erst mit Eintritt der Bedingung wirksam (§ 158 Abs. 1 BGB). Wird der Vertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen, so endet die Wirksamkeit des Vertrags in dem Zeitpunkt, in dem die auflösende Bedingung eintritt (§ 158 Abs. 2 BGB).

Eine Bedingung kann jedes zukünftige, ungewisse Ereignis sein. So können Auftraggeber und Auftragnehmer als aufschiebende Bedingung vereinbaren, dass der Auftraggeber Eigentümer der Immobilie wird, auf die sich der Vertrag bezieht oder der Auftraggeber vom Grundstückseigentümer mit dem Property Management beauftragt wird.

V. Vertretung

Die Parteien des Facility Management-Vertrags können sich beim Abschluss des Vertrags und bei der Abgabe von Erklärungen während der Durchführung, (zum Beispiel Bestimmungen von Mengenanpassungen oder Kündigungen) vertreten lassen. Vertretung bedeutet rechtsgeschäftliches Handeln im Namen des Vertretenen mit der Wirkung, dass die Rechtsfolgen unmittelbar in der Person des Vertretenen eintreten. Für eine wirksame Vertretung sind drei Voraussetzungen maßgebend: Der Vertreter muss erstens eine eigene Willenserklärung, zweitens im fremden Namen, drittens mit Vertretungsmacht abgeben. Vertretungsmacht kann bestehen durch gesetzlich angeordnete Vertretungsmacht oder auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Erklärung. Die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht ist die Vollmacht. Dass die Vertretung in fremdem Namen erfolgt, kann bei der Unterzeichnung durch den Zusatz „in Vertretung“ oder „im Auftrag“ kenntlich gemacht werden. Insoweit geltend keine Besonderheiten gegenüber anderen Verträgen.

Wer für die öffentliche Hand vertretungsbefugt ist, ergibt sich aus dem Gesetz. Ist der Auftraggeber eine Gemeinde, wird diese grundsätzlich durch den Bürgermeister vertreten (so in Nordrhein-Westfalen nach § 63 GO NRW), auch wenn innerhalb der Gemeinde die Zuständigkeit über den Abschluss eines Facility Management-Vertrags beim Rat liegen kann. So ist nach § 41 Abs. 1 GO NRW der Rat der Gemeinde für Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung zuständig, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt. Lediglich die Geschäfte der laufenden Verwaltung gelten nach § 41 Abs. 3 GO im Namen des Rates als auf den Bürgermeister übertragen, soweit nicht der Rat sich, einer Bezirksvertretung oder einem Ausschuss für einen bestimmten Kreis von Geschäften oder für einen Einzelfall die Entscheidung vorbehält. Ob der Abschluss eines Facility Management-Vertrags ein „Geschäft der laufenden Verwaltung“ ist oder nicht, kann nicht allgemein beantwortet werden. Dies hängt im Einzelfall davon ab, wie bedeutend der

Vertrag für die Gemeinde ist.³⁷ Kein Geschäft der laufenden Verwaltung liegt vor, wenn die Gemeinde sich grundsätzlich entschließt, die Verwaltung für ihre Liegenschaften auf einen Privaten zu übertragen oder einen langfristigen Vertrag mit erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung für die Gemeinde schließt. Selbst wenn der Rat zuständig ist und der Bürgermeister ohne den erforderlichen Beschluss des Rates handelt, wird die Gemeinde verpflichtet, wenn der Bürgermeister einen Facility Management-Vertrag abschließt.

Auf Ebene des Landes leitet jeder Minister seinen Geschäftsbereich selbständig und unter eigener Verantwortung, beispielsweise für Nordrhein-Westfalen geregelt in Art. 55 Abs. 2 Landesverfassung NW. Auf Ebene des Bundes leitet jeder Bundesminister nach Art. 65 Satz 2 GG seinen Geschäftsbereich selbständig und unter eigener Verantwortung.

VI. Öffentlich-rechtliche Genehmigungen

Eine Genehmigung ist für die Erbringung von Facility Management-Leistungen grundsätzlich nicht erforderlich.

1. Gewerbeordnung

Der Betrieb eines Gewerbes ist nach § 1 Abs. 1 GewO jedermann gestattet, soweit nicht durch die Gewerbeordnung Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben sind. Diejenigen Betriebe, die einer Genehmigung bedürfen, sind in den §§ 29 ff. GewO aufgelistet. Nach diesen Vorschriften kann für den Auftragnehmer eine Genehmigung erforderlich sein. Das hängt davon ab, welche Pflichten er nach dem Facility Management-Vertrag übernimmt. Wer beispielsweise gewerbsmäßig Leben oder Eigentum fremder Personen bewachen will (Bewachungsgewerbe), bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde nach § 34a Abs. 1 Satz 1 GewO.

2. Rechtsdienstleistungsgesetz

Im Bereich des kaufmännischen Facility Managements kann die Tätigkeit des Auftragnehmers in den Anwendungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG)³⁸ fallen. Das Rechtsdienstleistungsgesetz regelt die Befugnis, außergerichtliche Rechtsdienstleistungen zu erbringen (§ 1 Satz 1 RDG). Nach § 2 Abs. 1 RDG ist Rechtsdienstleistung jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Darunter können Tätigkeiten des Auftragnehmers wie die Gewährleistungsverfolgung, Geltendmachung von Nebenkosten und Einziehung von Mieten fallen.³⁹ Von der

³⁷ Vgl. Rehn/Cronauge, § 41 VI.1.

³⁸ BGBl. I 2007, 2840.

³⁹ Vgl. hierzu unten Kap. D.III.3. lit. e).

Erlaubnispflicht sind nach § 5 Abs. 1 RDG Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit ausgenommen, wenn sie als „Nebenleistungen zum Berufs- oder Tätigkeitsbild“ gehören. Als erlaubte Nebenleistungen gelten nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 RDG die im Zusammenhang mit der „Haus- und Wohnungsverwaltung“ erbrachten Tätigkeiten. Sobald der Auftragnehmer das gesamte kaufmännische Facility Management und damit die Hausverwaltung übernimmt, ist eine Genehmigung nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz deshalb nicht erforderlich.

VII. Vorvertragliche Pflichten

1. Letter of Intent

Beim Letter of Intent handelt es sich um eine einseitige Erklärung einer Vertragspartei oder eine gemeinsame Erklärung der Vertragsparteien, in welcher sie ihre Absicht bekundet, auf der Grundlage bereits erzielter Vertragsverhandlungen unter dem Vorbehalt der Einigung über noch offene Punkte einen Vertrag abzuschließen. Dieser Absichtserklärung kommt typischerweise keine bindende Wirkung zu. Dies wird oftmals auch ausdrücklich festgehalten („no binding clause“).

Von der fehlenden Bindungswirkung ausgenommen werden regelmäßig Regelungen über Vertraulichkeit und Exklusivität. Die Regelung über Vertraulichkeit oder Geheimhaltung sichert den Auftraggeber ab, wenn er dem Auftragnehmer – ohne dass ein Vertrag bereits geschlossen ist – Zugang zu vertraulichen Informationen gewährt. Dabei kann es sich um kaufmännische aber auch technische Informationen handeln, die nicht für Dritte bestimmt sind. Die Exklusivität verschafft dem Auftragnehmer zumindest einen Schutz davor, dass der Auftraggeber während der Vertragsverhandlungen mit einem anderen Auftragnehmer verhandelt. Der Auftragnehmer erhält so jedenfalls die Möglichkeit, ein Angebot zu kalkulieren und mit dem Auftraggeber zu verhandeln. Das ist insbesondere in den Fällen wichtig, in denen die Angebotserstellung für den Auftragnehmer aufwendig und kostenintensiv ist.

2. Vorvertrag

Im einzelnen Fall kann die Abgrenzung zwischen einem (noch) rechtlich unverbindlichen Letter of Intent und einem bereits rechtlich bindenden Vorvertrag schwierig sein. Für die Annahme eines Vorvertrages müssen besondere Anhaltspunkte gegeben sein. Die Rechtsprechung verlangt, dass die wesentlichen Vertragsbestandteile des künftig abzuschließenden Hauptvertrages so bestimmt oder bestimmbar sind, dass diese in einem gerichtlichen Verfahren ohne eigenes Ermessen des Gerichts festgestellt werden können.⁴⁰

⁴⁰ BGH, Urteil vom 21.10.1992 – XII ZR 173/90, NJW-RR 1993, 139.

Der Vorvertrag wird allgemein verstanden als ein schuldrechtlicher Vertrag, in dem sich die Vertragsparteien verpflichten, einen Hauptvertrag abzuschließen. Ein Vorvertrag verpflichtet beide Parteien, an dem Aushandeln der Bedingungen des abzuschließenden Vertrages mitzuwirken.

Durch den Inhalt der geschuldeten Leistungen unterscheidet sich der Vorvertrag auch von der Option. Die Option gibt die Möglichkeit, durch einseitige Gestaltungserklärung unmittelbar die Hauptleistungspflichten zu begründen (oder zu verlängern), wohingegen der Vorvertrag lediglich den Abschluss des Hauptvertrages, der seinerseits erst die Hauptleistungspflichten begründet, zum Inhalt hat.

3. Verschulden bei Vertragsverhandlungen

Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB entsteht gemäß § 311 Abs. 2 BGB bereits durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen (Nr. 1), die Anbahnung eines Vertrages, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit der Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut (Nr. 2), oder ähnliche geschäftliche Kontakte (Nr. 3). Es haben sich in Bezug darauf verschiedene Fallgruppen von Pflichtverletzungen herausgebildet, bei denen es einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB gibt. Zu den Pflichtverletzungen zählen die Verletzung von Schutzpflichten während der Vertragsverhandlungen, die Verletzung von Aufklärungspflichten, die Verhinderung des Vertragsabschlusses und der Abbruch von Vertragsverhandlungen ohne Grund.

VIII. Allgemeine Geschäftsbedingungen

1. Rechtliche Grundlagen

Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist in §§ 305 ff. BGB geregelt. Soweit Verträge mit Verbrauchern betroffen sind, basieren die Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen weitgehend auf einer Umsetzung der Klauselrichtlinie RL 93/13/EWG. Sie sind somit in nationales Recht transformiertes Gemeinschaftsrecht.

Bei Auslegungsfragen können beziehungsweise – in der letzten Instanz – müssen nationale Gerichte im Wege des Vorlageverfahrens nach Art. 234 EGV den Europäischen Gerichtshof (EuGH) in die Entscheidung einbeziehen. Das gilt nicht, soweit der Rechtsverkehr zwischen Unternehmen betroffen ist, weil das Gemeinschaftsrecht den Rechtsverkehr zwischen Unternehmen – anders als das deutsche Recht – nicht durch Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen beschränkt.

Die Inhaltskontrolle von Verträgen im Rechtsverkehr zwischen Unternehmen ist in Deutschland wesentlich stärker ausgeprägt als in den meisten Ländern der

Gemeinschaft. In der Schweiz gibt es überhaupt kein Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen, obwohl die meisten anderen Regelungen des Gemeinschaftsrechts auch in das Schweizer Recht übernommen wurden. Für den Rechtsverkehr zwischen Unternehmern bedeutet das, dass eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 234 EGV nicht in Betracht kommt. Es handelt sich bei der Inhaltskontrolle von Verträgen zwischen Unternehmern um rein nationales Recht.

2. Definition

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach der Legaldefinition in § 305 Abs. 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Umfasst sind damit nicht nur allgemeine Regelwerke, die als allgemeine Geschäftsbedingung formuliert und Verträgen beigelegt werden, sondern insbesondere auch Vertragsentwürfe, die der Auftraggeber oder Auftragnehmer zu Beginn der Vertragsverhandlungen übersendet. Für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert gelten nach der Rechtsprechung Vertragswerke bereits dann, wenn eine dreimalige Verwendung beabsichtigt ist.⁴¹ Es ist nicht erforderlich, dass der Vertrag gegenüber verschiedenen Vertragspartnern verwendet werden soll. Die Absicht, die Bedingungen gegenüber nur einem Vertragspartner zu verwenden, reicht aus, damit Allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen.⁴²

Zwar trifft denjenigen, der sich auf Rechtsfolgen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen berufen möchte, die Beweislast dafür, dass es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Die Rechtsprechung nimmt jedoch einen Beweis des ersten Anscheins und damit eine teilweise Beweislastumkehr an, wenn ein gedruckter oder sonst vervielfältigter Text verwendet wird.⁴³ Dieselbe Vermutung ergibt sich nach der Rechtsprechung, wenn die Formulierung darauf schließen lässt, dass die Klauseln mehrfach verwendet werden sollen.⁴⁴ Während es einem Auftraggeber, der Facility Management-Leistungen outsourced, im Einzelfall gelingen kann, diese Vermutung zu widerlegen, wird es einem Auftragnehmer, der regelmäßig Facility Management-Leistungen erbringt, kaum gelingen, die von der Rechtsprechung entwickelte Vermutung des ersten Anscheins erfolgreich zu widerlegen.

Keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen liegen vor, wenn die Vertragsbedingung zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind (§ 305 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dazu reicht es nicht, dass bei den Verhandlungen über die

⁴¹ BGH, Urteil vom 27.09.2001 – VII ZR 388/00.

⁴² BGH, Urteil vom 11.12.2003 – VII ZR 31/03.

⁴³ BGH, Urteil vom 14.05.1992 – VII ZR 204/90.

⁴⁴ BGH, Urteil vom 27.11.2003 – VII ZR 53/03.

einzelnen Klauseln gesprochen wurde. Der Verwender muss nach ständiger Rechtsprechung den „gesetzfremden Kern“ ernsthaft zur Disposition stellen und die Möglichkeit geben, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.⁴⁵

3. Anwendungsbereich bei Unternehmern

§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB schränkt den Schutz der AGB-Regelungen für Unternehmer, juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtliche Sondervermögen ein. Für diese finden die §§ 305 Abs. 2 und 3 (Regelungen zur Einbeziehung), § 308 und § 309 BGB (Klauseln mit und ohne Wertungsmöglichkeit) keine Anwendung. § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB bestimmt, dass § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB in den eben beschriebenen Fällen auch insoweit Anwendung findet, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 308 und 309 BGB genannten Vertragsbestimmungen führt. Dazu später mehr.

Der Unternehmerbegriff entspricht der Regelung des § 14 BGB, wonach Unternehmer eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft ist, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind insbesondere Gebietskörperschaften.

4. Einbeziehung bei Unternehmern

Allgemeine Geschäftsbedingungen können in Verträge zwischen Unternehmen unabhängig von § 305 Abs. 2 und 3 BGB einbezogen werden. Es muss nur in irgendeiner Form eine erklärte Willensübereinstimmung geben. Dies kann auch stillschweigend geschehen. Es ist auch nicht notwendig, dass der Verwender der anderen Vertragspartei unmittelbar die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft. Die Geschäftsbedingungen müssen lediglich auf Anforderung bereitgestellt werden.

5. Inhaltskontrolle

Die Generalklausel des § 307 BGB erklärt Allgemeine Geschäftsbedingungen für unwirksam, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Die Norm beschreibt sodann abstrakt, wann eine unangemessene Benachteiligung in der Regel gegeben ist. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Für Facility Management-Verträge besteht die Besonderheit, dass es – insbesondere für die Frage der Gewährleistung – keine besonderen gesetzlichen Rege-

⁴⁵ BGH, Urteil vom 10.10.1991 – VII ZR 289/90.

lungen gibt, anders als zum Beispiel für den Werkvertrag oder den Mietvertrag. Auch die Zweifelsfallregelung in § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB führt in der Regel nicht weiter. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn wesentliche Rechten oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Was die Natur des Facility Management-Vertrags ist, ist offen. Bei nicht normierten Verträgen, wie dem Facility Management-Vertrag, sei von den „durch die Verkehrsauffassung geprägten Leitbild des Vertrags“ auszugehen.⁴⁶ Ein durch die Verkehrsauffassung geprägtes Leitbild des Vertrags dürfte sich noch nicht durchgesetzt haben.

Im Ergebnis bleibt es daher bei der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB, unter der die Interessen der Vertragsparteien unter besonderer Berücksichtigung der Besonderheiten des Facility Management-Vertrags gegeneinander abgewogen werden müssen.

⁴⁶ Palandt/Grüneberg, § 307, Rdn. 32.



<http://www.springer.com/978-3-540-89162-8>

Rechtshandbuch Facility Management

Najork, E.N. (Hrsg.)

2009, XVI, 252 S., Hardcover

ISBN: 978-3-540-89162-8