RECHT | 10.09.2020 AUS IZ IMMOBILIENANWÄLTE 2020/2021/2020, S. 6

Von **Lars Wiederhold**

Wappnen gegen die Pandemie - Es gilt Risiken und Kosten in FM-Verträgen gerecht zu verteilen.

Quelle: stock.adobe.com, Urheber: Kingkan

Die nicht vorhersehbare Corona-Pandemie zwingt im Facility-Management Auftraggeber und Auftragnehmer dazu, ihre vertraglichen Regelungen zu hinterfragen. Denn vor allem die Nutzung von Immobilien und damit die Aufgaben der für sie verantwortlichen Gebäudedienstleister haben sich durch das Virus verändert. Mancher möchte deshalb in Verträgen eine Pandemieklausel eingebaut sehen.

Platsch! Milan Rajkovic klatscht den Bodenwischer auf das Vinyl, dass das Wasser nur so spritzt. Er ist sauer. Sein Chef hat ihm gerade mitgeteilt, dass er Kurzarbeit anmelden muss. Heute soll Rajkovic nochmal in einem Bad Homburger Bürohaus die Böden schrubben. Ab morgen ist Schluss damit. Milan gibt es in Wirklichkeit nicht. Seine Geschichte aber ist für zahlreiche Reinigungskräfte Realität.

"Erstmal kein Bedarf", hat der Kunde der mittelständischen Gebäudereinigungsfirma gesagt und kurzerhand die Bezahlung gestoppt. "Corona-Lockdown, Sie wissen schon." Dabei war wegen der Ausbreitung des Virus erst einmal sogar mehr zu tun gewesen als sonst. Alles sollte zum Schutz vor einer Infektion doppelt und dreifach gereinigt und sogar -desinfiziert werden.

"Kein Bedarf", heißt es vor allem auch im Cateringgeschäft. Das trifft sowohl Gebäudedienstleister, die Essenslieferungen für Unternehmensevents organisieren, als auch solche, die Kantinen betreiben. Nicht selten ist wegen der Corona-Pandemie das Auftragsvolumen eines halben Jahres komplett weggefallen.

Im Facility-Management (FM) blieb nach dem Ausbruch der Corona-Pandemie kein Stein auf dem anderen. Weniger als 40% der Unternehmen, die das Beratungshaus CBRE in einer Studie befragte, verfügten zu Beginn der Pandemie über einen Notfallplan für das interne Immobilienmanagement. Plötzlich mussten die Unternehmen und ihre Gebäudedienstleistern viele Entscheidungen, für die sie sich sonst Zeit genommen und die entsprechenden Verträge angepasst hätten, ad hoc und auf Zuruf regeln.

Leergezogene Bürogebäude und Zutrittsverbote

Denn das Virus dockte im gesamten Wirkungsfeld der Facility-Manager an. Bürogebäude wurden leergezogen, die Mitarbeiter wechselten zu Tausenden ins Homeoffice. Schulen und Kitas, Läden und Outletcenter, Opern und Sportstadien schlossen für lange, ungewisse Zeit ihre Pforten. Pflege- und Seniorenheime standen häufig unter Quarantäne und durften nicht mehr von Externen betreten werden. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Gebäudemanagern und ihren Auftraggebern und die Wirklichkeit passten von heute auf morgen nicht mehr zusammen.

"Eine Besonderheit während des Lockdowns war, dass die sonst für eine Änderung des Leistungsumfangs üblichen mehrwöchigen Vorankündigungsfristen keine Rolle gespielt haben", bestätigt Klaus Forster. Er ist Rechtsanwalt bei der

Kanzlei Rödl & Partner, zu deren Fachgebieten das FM-Vertragsrecht zählt. Zudem leitet Forster den Arbeitskreis Ausschreibung und Vergabe im Facility-Management beim Branchenverband Gefma.

Quelle: stock.adobe.com, Urheber: Kingkan

Doch fielen nicht nur Arbeiten weg. Gleichzeitig entstanden für die Immobiliendienstleister neue Aufgaben. Sie überwachen die Eingänge von Supermärkten. Sie achten darauf, dass die Menschen Sicherheitsabstände einhalten und Masken tragen. Sie desinfizieren Flächen von Büro- oder Industriegebäuden, führen Besucherlisten und entwickeln für Immobilien Lüftungskonzepte, die das Infektionsrisiko mindern sollen.

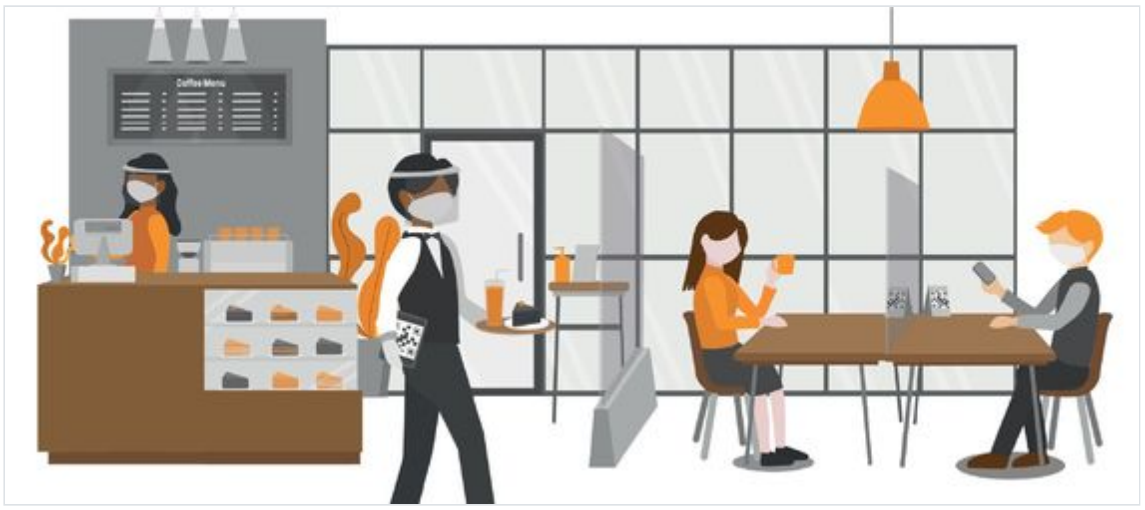
Spontane Entscheidungen waren gefragt

Das alles wirkt sich wirtschaftlich auf die Facility-Manager aus. Eine Berufsgruppe, die sonst für die breite Öffentlichkeit nahezu unsichtbar, die Immobilien am Laufen hält.

Die veränderten Aufgabenbereiche waren plötzlich einfach da. Auf Seiten einiger Auftraggeber und Auftragnehmer wurden deshalb Rufe nach Vertragsanpassungen laut. "Wir haben heftige Monate hinter uns", erzählt Martin Faller, Syndikusrechtsanwalt des Frankfurter Multidienstleisters Wisag. Es seien zahlreiche Kundenanfragen zu den FM-Verträgen eingegangen. Facility-Manager und deren Kunden wollen bei einer erneuten Corona-Welle besser gewappnet sein. Eine mögliche Lösung könnten sogenannte Pandemieklauseln sein. "Diese könnte im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer künftig z.B. regeln, wie damit umzugehen ist, wenn der Auftraggeber pandemiebedingt eine Mehrleistung fordert oder eine Leistung abbestellen möchte", erklärt Jörg Schielein, ebenfalls Rechtsanwalt bei Rödl & Partner.

Nicht jeder will eine Pandemieregelung

Nicht alle Facility-Manager sind allerdings davon überzeugt, dass es solcher Regelungen bedarf. Nils-Peter Petersen, Geschäftsführer von Alba Facility Solutions, ist ein Befürworter der Idee: "Es ist wichtig, dass die Verträge ergänzt werden." In der Corona-Situation hätten die Risiken zu sehr auf den Schultern der Facility-Manager gelastet. Petersen nennt konkrete Beispiele aus den vergangenen Wochen. Weil viele Menschen im Homeoffice waren, musste Alba im Wohnungsbereich plötzlich deutlich größere Abfallmengen bewältigen als üblich. Die Stoßzeiten der Hotline veränderten sich, weil die Menschen ihre Tagesabläufe änderten, und die Kapazität bei den eigenen Fahrzeugen musste verdoppelt werden, damit sich die Mitarbeiter bei der Anfahrt keinem Infektionsrisiko aussetzten.



Quelle: stock.adobe.com, Urheber: Kingkan

Martin Schenk, Vorsitzender der Geschäftsführung von Strabag Property and Facility Services (PFS) und des Vorstands der Gefma, pflichtet Petersen bei der Pandemieklausel bei. "Wir sehen hierfür Bedarf am Markt und haben daher im Strabag-Konzern Vorschläge erarbeitet, die auch für Dienstleistungsverträge greifen." Idealerweise würden diese Klauseln individuell angepasst und sollen verhindern, dass das wirtschaftliche Risiko, das ein unvorhersehbares Ereignis wie die Corona-Pandemie birgt, eine Vertragspartei alleine trägt.

Schenk weiß, welche Anforderung an die Regelungen für den Fall der Fälle zu stellen sind. Sie müssten einerseits das Kerngeschäft und die jeweiligen Branchenanforderungen der Auftraggeber berücksichtigen. Andererseits müssten sie dem Leistungsversprechen des Facility-Managers gerecht werden. "Wir haben bei Abschluss eines Vertrags unseren Auftraggeberinnen und Auftraggebern einen qualitativ gleichbleibenden Service über mehrere Jahre hinweg zugesichert. Das heißt, wir haben über diesen Zeitraum hinweg die notwendigen Ressourcen für die Erbringung der vereinbarten Dienstleistungen in den Preis einkalkuliert und halten sie dementsprechend vor", stellt er klar.

Es geht um Kosten und um Risiken

Letztlich geht es um die Frage, wer die Kosten trägt, lautet Schenks Fazit. Etwa, wenn trotz eines bestehenden Vertrags über FM-Leistungen, diese nicht erbracht werden können, weil z.B. das Gebäude zeitweise nicht genutzt, oder der Zutritt aus Sicherheitsgründen nicht möglich ist. "Die Klauseln können und sollen jedoch den Dialog mit unseren Kundinnen und Kunden nicht ersetzen", betont Schenk - und zielt damit in Richtung der Kritiker einer Pandemieklausel. Die vergangenen Monate hätten gezeigt, wie wichtig eine partnerschaftliche Zusammenarbeit ist.

Genau auf dieses Miteinander verweist nämlich Arnulf Piepenbrock, geschäftsführender Gesellschafter des Facility-Managers Piepenbrock. Er sieht deshalb keinen Bedarf an Pandemieklauseln. "Die Piepenbrock Unternehmensgruppe hat ihre Dienstleistungs- und Werkverträge während der Corona-Pandemie nicht angepasst oder um neue Klauseln ergänzt und wird dies auch in Zukunft nicht tun", sagt er. In denjenigen Einzelfällen, in denen Handlungsbedarf bestand, habe die Unternehmensgruppe individuelle Lösungen gemeinsam mit ihren Auftraggebern gefunden. "Eine pauschalisierte Lösung als Reaktion auf die aktuelle oder mögliche zukünftige Pandemien streben wir nicht an."

Fritz-Klaus Lange, Vorstandsvorsitzender der Unternehmensgruppe Gegenbauer, stellt sich bei der Frage nach der Klausel in keines der Lager. "Selbst im Falle behördlich verordneter Quarantäne von Mitarbeitern würde der FM-Dienstleister nicht grundsätzlich von seinen Leistungspflichten befreit. Die uns bekannten und mit den FM-Verträgen in der Regel eingegangenen Betreiberpflichten bleiben somit nahezu unverändert und auch Wartungs- und Prüfintervalle der Gebäudetechnik bleiben selbst bei geringerer Nutzung weitestgehend bestehen." Lange geht allerdings davon aus, dass die kundenseitig entwickelten FM-Verträge künftig eine strukturierte Pandemieprävention im Rahmen des Betreiberkonzepts voraussetzen. Ein Plan für Geschäftskontinuität für den Fall einer Pandemie sowohl bei Neuvergaben als auch bei der Verlängerung von Bestandsverträgen zeichne dann einen vorausschauenden Dienstleister aus.

Nicht nur die FM-Unternehmen selbst auch deren Rechtsberater sind sich uneins über die Notwendigkeit von Pandemieklauseln. "Es hat sich gezeigt, dass die bestehenden Leistungsverzeichnisse und gute Vertragsstandards eine gute Basis sind, um coronabedingte Mehr- und Minderleistungen abzuwickeln", berichtet etwa Rechtsanwalt Schielein. Und sein Kollegen Forster erlebt gerade, dass der "anfängliche reflexartige Wunsch" nach Pandemieklauseln schon wieder abebbt. "Der Trend geht allgemein eher zu kurzen und verständlichen Verträgen. Gute FM-Verträge liefern meist für die gerade kritischen Fragestellungen eine ausreichende Hilfestellung zur Problemlösung. Zudem gibt es das Bürgerliche Gesetzbuch und als letzten Anker die Rechtsprechung für etwaig ungeregelte Fragestellungen", sagt Forster.

Selbst die Anwälte sind sich nicht einig

Das sieht Susanne Schießer ganz anders. "Die FM-Verträge werden wegen Corona wieder umfangreicher. Entschlacken kann man Verträge nur, wenn das zu Regelnde bereits im Gesetz steht oder der herrschenden Rechtsprechung entspricht. Beides ist mit Blick auf die Pandemie noch nicht gegeben", hält die Rechtsanwältin von der Kanzlei Arnecke Sibeth Dabelstein dagegen.

Schießer hatte vor Corona mit den Verhandlungen für einen FM-Vertrag begonnen. "Nachdem die Pandemie ausgebrochen war, ist bei uns schnell der Erkenntnisprozess gereift, dass es dringend umfassender Ergänzungen im Vertragbedarf." Auch sie sagt: Im Kern gehe es dabei um eine Risikoabwägung. "Aus Sicht des Auftraggebers soll der Auftragnehmer alles dafür tun, dass eine Immobilie auch während der Pandemie am Laufen gehalten wird und diese Leistungen im Sinne der Betreiberverantwortung dokumentieren, z.B. bei der gesetzlich vorgeschriebenen Wartung von technischen Anlagen." Der Auftragnehmer wolle dagegen die Freiheit besitzen, eine Dienstleistung einzuschränken, z.B. wenn er auf Drittunternehmer und Zulieferer angewiesen ist, die coronabedingt ausfallen.

"Wir haben dahingehend einen Kompromiss gefunden, dass der Auftragnehmer zusichert, die Immobilien des Auftraggebers vorrangig zu betreuen, auch dann, wenn z.B. personelle Engpässe auftreten. Zudem wird klargestellt, dass der Dienstleister seine Aufgaben auf Mietflächen nur wahrnehmen kann, wenn der Mieter die allgemeinen Hygienevorgaben einhält", berichtet Schießer. Über Zahlungspflichten sei dagegen weniger diskutiert worden. "Wir waren uns schnell einig, dass der Auftraggeber nicht zahlen muss, wenn vom Auftragnehmer keine Leistung erbracht wird."

Keine Anpassung des Vertrags ist fahrlässig

Quelle: stock.adobe.com, Urheber: Kingkan

Ganz in Schießers Sinne argumentiert das Beratungshaus TME Associates. Vertragsanpassungen wegen Corona seien ein Muss. "Alles andere wäre fahrlässig", meint Alexander Risto, Senior Manager bei TME. Das Unternehmen hat zahlreiche Punkte identifiziert, die von Auftraggebern und Auftragnehmern wegen der Pandemie zu beachten sind. Im betrieblichen Kontinuitätsmanagement des Auftraggebers sei z.B. zu klären, welche Bereiche im Pandemiefall betriebsnotwendig sind. "Welche Prozesse sind überlebenswichtig? Gibt es neuralgische Punkte in der Wertschöpfungskette? Wie können wir diese schützen? Auf welche Prozesse kann man eine Zeit lang verzichten? Wie wirkt sich das aus?", stellt Risto die Fragen, die zu klären sind, bevor Unternehmen ihre FM-Verträge anpassen. Gerade bei laufenden Bauprojekten sei entscheidend, welchen Einfluss die Pandemie nimmt und wieviel Verzug der Bauherr sich leisten kann.

Risto hat genaue Vorstellungen davon, was zu regeln ist. TME empfiehlt Unternehmen, Pandemiepläne zu entwickeln, in denen verschiedene Risikostufen festgelegt werden. Zugleich gilt es zu analysieren, an welchen Stellen die Firmen kritische Infrastruktur besitzen. Daraus werden dann Maßnahmen und Abläufe abgeleitet, zu denen z.B. ein geordneter Shutdown, das Stillstandsmanagement und die Hochlaufphase von Immobilien zählen. Kommunikationsstrategien und Meldeketten gehören ebenfalls zum Paket.

Das alles muss sich in den Verträgen der Facility-Manager wiederfinden. Die einzelnen Regelungen sind anzupassen - oder eben eine Pandemieklausel wird ergänzt. Nach dem Motto "Im Falle einer Pandemie treten folgende Punkte in Kraft". "Dabei sollten die verschiedenen Pandemieszenarien hinsichtlich der Maßnahmen, Dauer und Regionalität möglichst genau definiert und monetär sein", beschreibt Risto. Auch für laufende Verträge ist ein Nachtrag hierzu aus seiner Sicht wichtig.

Preismodelle müssen auf den Prüfstand

Dafür braucht das Rad nicht neu erfunden werden. "Die Notwendigkeit der Flexibilität und Skalierbarkeit von FM-Leistungen haben wir schon lange vor Corona propagiert", betont Risto. Leistungen müssten bei gesunkenem Bedarf des Kunden, z.B. wegen geringerer Büronutzung, reduziert werden können. Dafür habe es schon vorher in FM-Verträgen Regelungen gegeben, z.B. für eine stufenweise Leistungsreduktion. "Allerdings ist man vor Corona selten von einem kompletten Shutdown ausgegangen, die Stufen müssen also für den Pandemiefall angepasst werden", erklärt Risto. Wenn Leistungen, z.B. in der Kantine, komplett ausgesetzt werden, sind diese neu zu bewerten.

Rechtsanwalt Forster stimmt dem zu: "In besonders stark von der Krise betroffenen FM-Segmenten wie dem Catering wird es zu einer Anpassung der Preismodelle kommen. Wo bislang nach den Realkosten für Personal und Material abgerechnet wurde, könnten künftig flexiblere Lösungen Einzug halten, wie Sockelpreise für die Bereitstellung einer Leistung plus eine Vergütung für den tatsächlichen Leistungsabruf." Wisag-Syndikus Faller kennt das dahinterstehende Problem, das einer Abrede bedarf. Denn durch den Wegfall der Leistung fallen für den Auftragnehmer nicht auch die Kosten zu 100% weg, z.B. wenn der Dienstleister für einen Auftrag bestimmte Maschinen im Einsatz hat.

Vertrauen statt Vertragswerk

Schriftliche Regelungen gut und schön, Verträge sind nicht alles, findet Eberhard Sasse, Vorstand des Facility-Managers Dr. Sasse. "Juristen können nur das Grundkonzept, die Statik der Zusammenarbeit festlegen." So sei die Corona-Pandemie nicht die Stunde der Controller gewesen. Wer in der Krisensituation zu sehr an starren vertraglichen Regeln festgehalten hat, habe sich selbst geschadet. "Wir brauchen Partner, denen wir vertrauen können", sagt Sasse.

Quelle: stock.adobe.com, Urheber: Kingkan

Das Vertrauensverhältnis ist auch für Rechtsanwalt Schielein, der qua Beruf eigentlich für schriftliche Festlegungen plädieren muss, ein entscheidender Punkt. "Die Pandemie ist eine Art Katalysator im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Wenn das Verhältnis schon vorher gut war, wurden gemeinsame Lösungen gefunden. Wenn nicht, nutzte der Auftraggeber die Gelegenheit, die Zusammenarbeit mit dem Dienstleister einzuschränken."

"Man versucht, einen Rest Partnerschaft zu bewahren, aber letztlich sind es doch alles betriebswirtschaftlich agierende Unternehmen", lautet dagegen die nüchterne Einschätzung von Thomas Glatte, früherer Präsident von CoreNet Global für Zentraleuropa, Verband für Corporate Real Estate Management (CREM). Derzeit sondierten die FM-Dienstleister vorsichtig die Lage, ob sie Verträge zu ihren Gunsten anpassen können. Meistens knickten sie in den Verhandlungen aber ein. Doch auch mit den bestehenden Verträgen seien für beide Seiten faire Lösungen in der Krise möglich.

Öffnungsklauseln statt Pandemieklauseln

Über sogenannte Öffnungsklauseln lasse sich in der Corona-Zeit ein Mehr an Leistung mit zuvor festgelegten Pauschalpreisen abdecken, wenn es sich um keinen signifikanten Anstieg handelt, erklärt Glatte. Liege der Anstieg höher, werde die Vergütung erhöht, allerdings unter Berücksichtigung von Skaleneffekten, die der Dienstleister nutzen kann, z.B. weil die Fahrtkosten trotz der Auftragserweiterung identisch bleiben. Im Gegenzug würden bei einer Leistungsreduzierung diese Effekte zu seinen Gunsten eingepreist.

Glatte schätzt, dass sich während der Corona-Pandemie bei den FM-Aufträgen ein Minus oft an anderer Stelle durch ein Plus aufgehoben hat, z.B. wenn Büroräume seltener, aber Sanitärräume häufiger gereinigt wurden. Im Catering stand dem gesunkenen Aufwand bei der Essenszubereitung der höhere Organisationsaufwand wegen der Corona-Auflagen gegenüber. "In der Summe passte das meistens." Problematisch könnte die Kalkulation allerdings werden, wenn die Mitarbeiter wieder mehr die Kantinen gehen und die strengen Sicherheitsvorschriften weiterhin gelten.

Digitalisierung als Ausweg

Sind Zusatzleistungen nicht über eine Öffnungsklausel abgedeckt, muss der Dienstleister Nachträge zu einem marktüblichen Preis anbieten. Die Frage, was marktüblich ist, birgt Streitpotenzial, sagt Anwältin Schießer. "Die Preise haben sich während der Pandemie nach oben geschaukelt. Vieles wurde zunächst ad hoc und gütlich geregelt, aber möglicherweise rollt auf die Juristen eine Klagewelle zu."

Quelle: stock.adobe.com, Urheber: Kingkan

Losgelöst davon, ob und welche Klausel im Vertrag existiert, rät FM-Berater Peter Prischl den Facility-Managern dringend dazu, ihr Kalkulationswesen professioneller aufzustellen. Die Branche sei extrem preisgedrückt. Und in der Corona-Krise seien Kunden gegenüber den Dienstleistern teils nach der Methode aufgetreten, "Mach jetzt gefälligst mit". Deshalb sei es für die Facility-Manager wichtig, schnell Anpassungen, z.B. bei der Einsatzplanung, vornehmen zu können. Zudem könnten sie so besser erkennen, wo ggf. eine zusätzliche Vergütung möglich ist. "Die digitalen Instrumente dafür gibt es längst", sagt Prischl. Womöglich liegt die Lösung für die Facility-Manager somit in der Digitalisierung - und nicht in einer Pandemieklausel.