

## **Rechtsprechung**

### **Mietrecht**

#### ***Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit von starren Fristenplänen für Schönheitsreparaturen in Wohnungen auch bei der Geschäftsraummiete anzuwenden?***

##### **Ausgangspunkt**

Nach der gesetzlichen Regelung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB schuldet zwar der Vermieter die Durchführung von Schönheitsreparaturen im Rahmen seiner Pflicht zur Gebrauchsüberlassung und Erhaltung der Mietsache, üblich im Wirtschaftsverkehr ist jedoch die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Gewerbemieter, meist mit Formulklauseln, in denen ein sogenannter "starrer Fristenplan" enthalten ist. Dies galt, anders als bei der Wohnraummiete, bei Gewerbemietverhältnissen als wirksam, mit der Folge der Verpflichtung des Mieters zur Durchführung der Arbeiten entsprechend dem Fristenplan.

##### **Das Problem**

Der BGH hat mit seiner Entscheidung vom 06.04.2005 (BGH NJW 2005, 2006) darauf hingewiesen, dass es auch nach der zum 01.09.2001 wirksam gewordenen Mietrechtsreform an einer Besserstellung des Wohnraummieters gegenüber dem Gewerbemieter im Hinblick auf die Gebrauchserhaltungspflicht des Vermieters fehle. Das Gesetz unterscheidet an dieser Stelle (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht zwischen der Geschäftsraum- und der Wohnraummiete. Die Auswirkungen dieser Rechtsauffassung des BGH sind für Geschäftsraummietverhältnisse weit reichend, da das Gesetz nur an wenigen Stellen eine Besserstellung des Wohnraummieters gegenüber dem Gewerberaummieter vorsieht (etwa beim Erfordernis eines Kündigungsgrundes bei der Wohnraummiete). Als "ersten Schritt" hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 04.05.2006 eine Klage eines Vermieters von Gewerberäumen auf Feststellung der Verpflichtung des Mieters zur Durchführung von Schönheitsreparaturen abgewiesen und unter Verweis auf die vorge-

nannte Rechtsprechung des BGH eine Gleichbehandlung des Gewerberaummieters mit einem Wohnraummieter angenommen. Es bleibt zu erwarten, ob sich der BGH dieser Entscheidung anschließt und/oder in anderen Fällen den strengen Maßstab des Wohnraummietverhältnisses auf Gewerberaummietverträge anwendet, in denen das Gesetz ebenfalls nicht eindeutig zwischen Wohnung und Geschäftsraum differenziert.

### **Die Entscheidung**

Das OLG Düsseldorf vertritt als erstes mit dieser Rechtsfrage befasstes Oberlandesgericht in Deutschland die Auffassung, dass wie im Wohnraummietrecht ein mit einem Geschäftsraummieter formularmäßig vereinbarter starrer Fristenplan gegen §§ 305 ff. BGB verstoße und damit unwirksam sei (OLG Düsseldorf NJW 2006, 2047-2049). Das OLG verweist auf die Rechtsauffassung des BGH in seiner Entscheidung vom 06.04.2005, wonach eine Besserstellung des Geschäftsraummieters gegenüber dem Wohnraummieter im Hinblick auf die zulässige Grenze der Überwälzung von Erhaltungspflichten durch den Vermieter im Gesetz nicht vorgesehen sei. Weiter vertritt des OLG die Auffassung, dass das Gesetz den Geschäftsraummieter, also den Unternehmer, nicht generell weniger vor belastenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen schützen will als den Wohnraummieter, also den Verbraucher. Hierzu weist das OLG darauf hin, dass die Überwälzung von Schönheitsreparaturen in beiden Fällen nach der gleichen gesetzlichen Bestimmung, § 307 BGB, zu prüfen sei. Auch eine allgemein geringere Schutzbedürftigkeit des Geschäftsraummieters sei nicht anzunehmen, da auch Geschäftsraummieter wie Wohnraummieter in der Regel langfristig mieten, und demnach nicht wie der vom Gesetz angenommene "typische" Unternehmer Geschäfte der betreffenden Art häufig abschließen und besser damit vertraut sind, als der "typische" Verbraucher. Damit behandelt das OLG Düsseldorf bei der Prüfung der Wirksamkeit formularmäßiger Mietvertragsklauseln den Gewerberaumieter weitgehend gleich dem Wohnraummieter!

### **Fazit**

Für Vermieter ist als Folge der Entscheidung des OLG Düsseldorf bei neu abzuschließenden Verträgen zu beachten, dass diese keinen starren Fristenplan für Schönheitsreparaturen vorsehen, sondern dass diese Fristen für den Mieter erkenn-

bar "aufgeweicht" sind, etwa mit der Formulierung "in der Regel" oder "im Allgemeinen".

Was die weitgehende Gleichbehandlung des Gewerberaummieters mit dem Wohnraummieter in den Fällen anbelangt, in denen das Gesetz zwischen den Beiden nicht ausdrücklich unterscheidet, ist nach Auffassung des Verfassers vor einer dies bestätigenden Entscheidung des BGH kein vollständiges Anpassen der Gewerberaummietverträge an die Wohnraummietverträge sinnvoll, da nicht sicher damit gerechnet werden kann, dass der BGH die Person des Unternehmers im Sinne der §§ 304 ff. BGB künftig je nach Branche differenziert betrachtet.

Christoph Hamm

**Rechtsprechung**  
**Vergaberecht**

***Freiwillige Anwendung des europäischen Kartellvergaberechts –  
das hat Konsequenzen!***

**Ausgangspunkt**

Führt ein privater Auftraggeber eine Ausschreibung durch und erklärt, die Ausschreibung werde nach den Regeln der VOB/A oder VOL/A durchgeführt, stehen den Teilnehmern der Ausschreibung unter Umständen Schadensersatzansprüche nach denselben Grundsätzen zu, die für öffentliche Auftraggeber gelten. Dies hat der BGH mit Urteil vom 21.02.2006 (X ZR 39/03) entschieden.

**Problematik / Fall**

Gerade bei größeren privaten Unternehmen und damit vom Grundsatz her bei privaten Auftraggebern kommt es in der Praxis vor, dass deren Ausschreibungsbedingungen auf die VOB/A oder die VOL/A verweisen und damit auf das europäische Kartellvergaberecht. Im Vordergrund steht dabei der Wunsch, die Ausschreibung nach bewährtem Muster zu strukturieren. Es wird auf das vorbenannte Regelwerk verwiesen, ohne die einzelnen Vorschriften zu prüfen und das Für und Wider abzuwägen. Bei größeren privaten Unternehmen steht hierbei der Wunsch im Vordergrund, Transparenz und Gleichbehandlung von externen Bietern zu beachten. Dies

gilt insbesondere dann, wenn das Unternehmen in großem Umfang Beschaffungsvorgänge vornimmt. Des Weiteren erfolgt dies in der Absicht, auch firmenintern die Entscheidungsfindung transparent zu machen.

In dem entschiedenen Fall hat ein privater Auftraggeber Bauleistungen gemäß § 17 Nr. 1 VOB/A ausgeschrieben. Der dortige Kläger gab das günstigste Angebot ab. Ein anderer Bieter soll den Zuschlag erhalten, worauf der Kläger die Vergabestelle anrief. Diese empfahl dem Auftraggeber, das Angebot des Bestbietenden anzunehmen. Allerdings bleibe es dem Auftraggeber ungenommen, die Ausschreibung aufzuheben, um mit geändertem Leistungsumfang neu auszuschreiben. Dies geschah. In der zweiten Ausschreibung erhielt nunmehr der Bieter den Auftrag, den der Auftraggeber auch in der ersten Ausschreibung favorisiert hatte. Der Bestbietende und Kläger war der Auffassung, die Leistung sei nur unwesentlich verändert worden. Er machte Ersatz des Erfüllungsinteresses in Höhe von 120.000,00 EUR geltend. Das OLG wies die Klage ab und führte aus, ein Privater könne allenfalls den Ersatz des negativen Interesses schulden, weil er nicht an den Gleichheitsgrundsatz gebunden sei. Es gelte die Privatautonomie.

### **Die Entscheidung**

Der BGH ist dem nicht gefolgt. Er entschied, dass es nicht darauf ankomme, ob es sich beim Auftraggeber um einen öffentlichen oder privaten handele. Der Auftraggeber hatte ohne Einschränkung erklärt, dass er die Ausschreibungen nach den Regeln der VOB/A durchführen werde, womit er in gleicher Weise wie ein öffentlicher Auftraggeber einen Vertrauenstatbestand bei den Teilnehmern der Ausschreibung geschaffen habe. Die Teilnehmer dürften daher auch bei dieser Ausschreibung eines Privaten darauf vertrauen, dass der Ausschreibende die Regeln der VOB/A einhalte. Werde dieses Vertrauen enttäuscht, hafte er in gleicher Weise und unter gleichen Voraussetzungen wie ein öffentlicher Auftraggeber, also auch unter Umständen auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses.

### **Konsequenz**

Es ist vom Grundsatz her sehr erfreulich, dass große private Auftraggeber freiwillig das Vergaberecht anwenden, um intern und extern Transparenz herzustellen und

für Gleichbehandlung der Auftragnehmer zu sorgen. Hierfür bietet es sich aus nahe liegenden Gründen an, auf das bekannte Regelwerk der VOB/A und der VOL/A Bezug zu nehmen bzw. diese zu vereinbaren. Allerdings muss den privaten Auftraggebern die Konsequenz klar sein. Der Vergaberechtsschutz findet Anwendung. Die Teilnehmer/Bieter können sämtliche Rechte geltend machen, die ihnen auch bei öffentlichen Ausschreibungen durch öffentliche Auftraggeber zustehen. Hierbei ist zu beachten, dass europaweite Ausschreibungen durch öffentliche Auftraggeber in weitem Umfang Bieterrechte gewähren und damit in demselben Umfang justiziabel sind, bis hin zur erfolgreichen Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.

Es ist daher für private Auftraggeber nicht ohne weiteres empfehlenswert, vollständig auf die Verdingungsordnungen Bezug zu nehmen bzw. in der Ausschreibung bekannt zu geben, die allgemeinen Verdingungsordnungen fänden Anwendung. Zu beachten ist auch, dass diese freiwillige Selbstbindung der privaten Auftraggeber an das Vergaberecht auch unterhalb der Schwellenwerte die vorgenannten Konsequenzen hat, das heißt auch bei der freiwilligen Anwendung der Basisparagrafen der Verdingungsunterlagen.

Um Schadensersatzansprüche oder zumindest langwierige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden, sollte auf die freiwillige Anwendung der Verdingungsunterlagen verzichtet werden. Es können selbstverständlich in Anlehnung an die Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechende Regelungen in eine „Ausschreibung“ aufgenommen werden, wobei dann auch kein Bezug zu den Verdingungsordnungen hergestellt werden muss. Im Gegenteil empfiehlt sich sogar eine Klarstellung in der Ausschreibung, dass es sich nicht um eine „öffentliche Ausschreibung“ im Sinne des Vergaberechts handele. Dieses Vorgehen setzt natürlich Kenntnis des Inhalts der Verdingungsverordnungen voraus, um durch Auswahl der Regelungen und Aufnahme in die Verdingungsunterlagen gleichwohl Transparenz und Gleichbehandlung sicherzustellen, ohne sich dem „scharfen Schwert“ des Vergaberechts zu unterwerfen, damit bei Auswahl der Bieter, bei den Verhandlungen mit den Bietern und letztendlich beim Vertragsschluss die Vorteile der Privatautonomie genutzt werden können.

Dr. Jörg Pamperien

**Gesetzgebung**  
**Kapitalmarktrecht*****Regulierung von geschlossenen Fonds aufgrund MiFID?*****Ausgangslage**

In den letzten Wochen wurde vielfach die Frage diskutiert, ob der Vertrieb von Anteilen an geschlossenen Fonds künftig zusätzlich zu der erst im letzten Jahr hierfür eingeführten Prospektierungspflicht gesetzlich reguliert würde. Ausgangspunkt ist die Erwägung, dass solche Anteile aufgrund der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (2004/39/EG) – „MiFID“ als Wertpapiere betrachtet werden könnten, so dass nach Umsetzung der MiFID ab November 2007 Anteile an geschlossenen Fonds den für Wertpapiere geltenden Kapitalmarktregelungen unterworfen wären.

Die 2004 beschlossene MiFID ersetzte die seit 1993 geltende Wertpapierdienstleistungsrichtlinie, welche die nationalen Bestimmungen zu Wertpapierdienstleistungen zur Vereinheitlichung der europäischen Kapitalmärkte harmonisierte. Ziel der MiFID ist es, diese Harmonisierung für den Bereich des Wertpapierverkehrs fortzuschreiben. Dabei stellt die MiFID insbesondere auf Aktien und Schuldverschreibungen als typische kapitalmarktfähige Wertpapiere ab.

**Problematik**

Vor diesem Hintergrund ist zunächst nicht ersichtlich, weshalb die Anwendbarkeit der MiFID auf Anteile an geschlossenen Fonds thematisiert wird.

Gemäß Art. 1 Abs. 1 MiFID soll die Richtlinie für Wertpapierfirmen und geregelte Märkte gelten, wobei Wertpapierfirmen definiert sind als juristische Personen, die im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gewerbsmäßig eine oder mehrere Wertpapierdienstleistungen für Dritte erbringen und/oder eine oder mehrere Anlagetätigkeiten ausüben (Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 MiFID). Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten wiederum sind bestimmte genannte Tätigkeiten (Anhang I MiFID), wenn sie unter anderem auch „übertragbare Wertpapiere“ umfassen. Die Definition dieses Begriffes ist Auslöser der Diskussion, denn gemäß Art. 4 Abs. 1 Nr. 18 MiFID sind übertragbare Wertpapiere solche, „die auf dem Kapitalmarkt gehandelt werden können, wie Aktien und andere, Aktien oder Anteilen

an Gesellschaften, Personengesellschaften [...] gleichzustellende Wertpapiere“. Dieser Wortlaut wirft zwangsläufig die Frage auf, ob danach auch Anteile an geschlossenen Fonds, die regelmäßig als Personengesellschaften konzipiert sind, von der Zielrichtung der MiFID umfasst sind.

### **Stellungnahme des Bundesfinanzministeriums**

In der früheren Wertpapierdienstleistungsrichtlinie war der Verweis auf Personengesellschaften nicht enthalten. Insoweit enthält die MiFID also eine Erweiterung des Wertpapierbegriffes. Nach Aussage des Bundesfinanzministeriums („BMF“) soll dies jedoch nicht zu einer Anwendbarkeit der MiFID auf Anteile an Personengesellschaften führen. Insoweit weist das BMF darauf hin, dass auf Grund des Wortlauts der deutschen und insbesondere der englischen Fassung für alle unter die Definition fallenden Papiere maßgeblich sei, dass die Papiere auf dem Kapitalmarkt handelbar und, soweit es sich nicht um Aktien handelt, mit Aktien vergleichbar sind. Diese Voraussetzungen sind nach Auffassung des BMF bei Anteilen an geschlossenen Fonds nicht gegeben (Schreiben des BMF v. 21.06.2006).

Das BMF berücksichtigt dabei, dass geschlossene Fonds derzeit durch die nach dem Verkaufsprospektgesetz geregelte Prospektspflicht reguliert sind, im übrigen jedoch keiner Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BaFin“) unterliegen. Würden geschlossene Fonds künftig als Wertpapiere qualifiziert werden, hätte dies weitreichende Folgen beispielsweise hinsichtlich des Pflichtenkatalogs des Wertpapierhandelsgesetzes („WpHG“), des Kreditwesengesetzes („KWG“) und des Wertpapierprospektgesetzes („WpPG“).

### **Ausblick**

Nach derzeitigem Diskussionsstand und der vom BMF vertretenen Auffassung ist davon auszugehen, dass Anteile an geschlossenen Fonds nicht von der Umsetzung der MiFID in Deutschland betroffen sein werden.

Allerdings bleibt zu beachten, dass sich der Inhalt des Wertpapierbegriffs sowohl der früheren Wertpapierdienstleistungsrichtlinie als auch der der MiFID dadurch ändern kann, dass sich die Usancen am Markt ändern.

Abstellend auf die Handelbarkeit ist - grundsätzlich - erforderlich, dass die Wertpapiere vertretbar (austauschbar, fungibel) und zirkulationsfähig sind. Es handelt sich dabei nach derzeitigem deutschem Recht um zwei getrennt zu prüfende Unterkriterien der Handelbarkeit, wobei das Schwergewicht auf dem Unterkriterium der Zirkulationsfähigkeit liegt. Die einschlägigen Bestimmungen des Kreditwesengesetzes (§ 1 Abs. 11 KWG) wurden vom Gesetzgeber daher bewusst "dynamisch" gefasst, um zukünftigen Entwicklungen flexibel Rechnung tragen zu können. In Einzelfällen ist deshalb von dem tatsächlichen Handel auf die Handelbarkeit zu schließen, denn dies stellt sogar ein "Mehr" gegenüber der bloßen theoretischen Möglichkeit eines Handels mit den betreffenden Instrumenten dar. In diesem Fall brauchen die Kriterien Fungibilität und Zirkulationsfähigkeit nicht geprüft und verifiziert zu werden.

Bildet sich also in Zukunft die Marktusage heraus, Anteile an geschlossenen Fonds ungeachtet der nach deutschem Recht geltenden gesellschaftsrechtlichen Hürden zu übertragen, wie dies durch die Implementierung und Etablierung von Zweitmarkthandelsplattformen für Kommanditanteile jüngst zunehmend versucht wird, ist nicht auszuschließen, dass das BMF oder die BaFin ihre Einschätzung ändern und solche „handelbaren“ Anteile künftig als Wertpapiere im Sinne der MiFID bzw. der einschlägigen deutschen Regularien mit sämtlichen daran anknüpfenden Konsequenzen qualifizieren.

Dr. Ulrich Keunecke

#### Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind in der Praxisgruppe Real Estate & Investments unserer Kanzlei tätig.

Mit unserem Newsletter möchten wir unsere Mandanten und interessierte Dritte über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur informieren. Sollten Sie an diesen Informationen nicht interessiert sein, bitten wir Sie, uns dies per eMail mitzuteilen.

Sofern Sie zu bestimmten Themen oder zum Newsletter insgesamt Fragen oder Anregungen haben, können Sie sich jederzeit gerne an die Ihnen bekannten Ansprechpartner wenden. Gerne greifen wir auch Ihre Ideen für künftige Beiträge oder weitere Empfänger des Newsletters auf. Bitte wenden Sie sich an: [Christian.Weinheimer@heussen-law.de](mailto:Christian.Weinheimer@heussen-law.de) (Büro München) oder [Karsten.Kuehne@heussen-law.de](mailto:Karsten.Kuehne@heussen-law.de) (Büro Berlin).

#### Weitere Informationen

Besuchen Sie auch unsere Homepage unter der URL <http://www.heussen-law.de>

#### Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524

#### *Geschäftsführung:*

RA Georg-Réné Lubinski; RA Christian Weinheimer

#### Verantwortlich i.S.d. MDSStV und des Presserechts:

Jan Dittmann  
**Büro München:**  
Brienner Straße 9 / Amiraplatz  
80333 München  
Telefon: +49 (0) 89 29 09 7-0  
Telefax: +49 (0) 89 29 09 7-200

Dr. Ulrich Keunecke  
**Büro Berlin:**  
Lise-Meitner-Straße 1  
10589 Berlin  
Telefon: +49 (0) 30 7009 49-10  
Telefax: + 49 (0) 30 7009 49-89

#### Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen aus dem Bau- und Immobilienrecht im Überblick dar und ersetzt nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir bitten um Ihr Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Angaben trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernehmen.