

# Real Estate

## Aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechung *Recent Developments and Decisions*

- 2 Aktueller Regierungsentwurf zum Mietrechtsänderungsgesetz (MietRÄndG)  
Current Government Draft for the Leasing Law Amendment Act  
*(Mietrechtsänderungsgesetz, MietRÄndG)*
- 6 Ergänzende Vertragsauslegung: Konkurrenzschutzklausel  
im Gewerberaummietvertrag  
Supplementary Contract Interpretation: Competition Protection  
Clause in Commercial Real Property Lease Agreements
- 9 Eintritt des Erwerbers eines vermieteten Grundstücks in die Umsatzsteuroption  
des Vermieters – Rechtsfragen an der Schnittstelle zwischen Zivilrecht und  
Umsatzsteuerrecht  
Assumption of the value-added tax option of the landlord the acquirer of leased  
real property – legal questions at the edge of civil law to value-added tax law
- 12 Verpflichtung zur Rückzahlung der Mietsicherheit durch den Erwerber  
Repayment of rent deposit by acquirer
- 15 Zur Wirksamkeit einseitiger Leistungsbestimmungsrechte des Vermieters  
in Bezug auf die Höhe der Miete in AGB langfristiger gewerblicher Mietverträge  
bei Änderung der ortsüblichen oder angemessenen Miete  
On the effectiveness of unilateral performance determination rights of  
the landlord in respect to the amount of rent in the general business terms of  
long-term lease agreements, if the customary local or adequate rent changes
- 18 Neue Trends bei der CMBS-Restrukturierung  
New Trends in CMBS-Restructuring



Elmar Günther  
Associate, Frankfurt  
T: +49 69 7941 1141  
eguenther@mayerbrown.com

Aktueller Regierungsentwurf  
zum Mietrechtsänderungsgesetz  
(MietRÄndG)

**Das Bundeskabinett hat am 23. Mai 2012 einen Regierungsentwurf zum „Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln“ beschlossen. Diesem Entwurf war ein erster Referentenentwurf vom 11. Mai 2011 vorausgegangen (siehe hierzu der Beitrag in der Ausgabe Herbst 2011 des Real Estate Newsletters), der im Folgenden durch einen zweiten Referentenentwurf vom 25. Oktober 2011 überarbeitet wurde. Der nun vorliegende Kabinettsentwurf stimmt inhaltlich weitgehend mit dem ursprünglichen Referentenentwurf überein. Weiterhin enthält der Entwurf nicht nur Regelungen zum Wohnraummietrecht, sondern auch die für das Gewerberaummietrecht. Allerdings wurden einige wesentliche Änderungen aufgenommen. Dies betrifft insbesondere im Mietrecht (i) die engere Definition des Begriffs der „energetischen Modernisierung“, (ii) die Anwendbarkeit der Regelungen zum sogenannten Contracting auch im Gewerbemietrecht und im Prozessrecht (iii) die Erweiterung des Anwendungsbereichs einer neuen Sicherungsanordnung. Diese Änderungen sollen nachfolgend kurz dargestellt werden.**

#### ENERGETISCHE MODERNISIERUNG

Unverändert soll der Mieter bestimmte Modernisierungsmaßnahmen einschließlich der energetischen Modernisierungsmaßnahme dulden müssen. Für energetische Modernisierungsmaßnahmen, die die Regierung ausdrücklich fördern möchte, soll der Mieter wie bereits im Referentenentwurf vorgesehen die ersten drei

Current Government Draft for  
the Leasing Law Amendment Act  
(*Mietrechtsänderungsgesetz*,  
*MietRÄndG*)

**On May 23, 2012, the Federal Cabinet adopted a government draft for an “Act about the energetic modernization of leased residential space and simplified enforcement of eviction writs” (*“Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln”*). This draft had been preceded by a draft statute of May 11, 2011 (see the article in the Autumn 2011 issue of the des Real Estate Newsletter), which had subsequently been revised by a second draft statute of October 25, 2011. The content of the present cabinet draft corresponds mostly to the original draft statute. The draft furthermore still contains not only rules pertaining to residential property leasing law, but also to commercial property leasing law. However, some material changes were included. In particular, this concerns with respect to the area of leasing law (i) the narrower definition of the term “energetic modernization”, (ii) the applicability of the rules regarding the so-called “Contracting” also in the commercial property leasing law and regarding procedural law (iii) the extension of the scope of application of a new preservation order (*Sicherungsanordnung*). These changes will be briefly presented below.**

#### ENERGETIC MODERNIZATION

The basic concept remains unchanged that tenants have to tolerate certain modernization measures including energetic modernization measures. For energetic modernization measures, which shall be promoted according to

Monate einer Beeinträchtigung durch die Durchführung der Maßnahme nicht mindern dürfen. Allerdings ist nunmehr klargestellt, dass für den Fall der völligen Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit die Minderung uneingeschränkt erhalten bleibt ebenso wie im Falle einer Dauer der Beeinträchtigung von mehr als drei Monaten. Gleichzeitig durchgeführte andere bloße Modernisierungs- oder Erhaltungsmaßnahmen schließen die Minderung weiterhin nicht aus. Da die konkrete Feststellung der Anteile der verschiedenen Maßnahmen an der Beeinträchtigung schwer fallen dürfte, sind die Gerichte im Streitfall berechtigt, die Anteile zu schätzen. Auch ist klargestellt, dass zwar die Minderung ausgeschlossen ist, nicht aber eventuelle Schadensersatz- oder Aufwendungsersatzansprüche der Mieter.

Anders als im Referentenentwurf ist die Definition der energetischen Modernisierung stark eingeschränkt. Eine solche muss nachhaltig nicht erneuerbare Primär- oder Endenergie in Bezug auf die Mietsache eingespart werden. Im ursprünglichen Entwurf war von Primärenergie allgemein die Rede und überdies kein klarer Zusammenhang zur Einsparung hinsichtlich des Mietobjekts. Daneben ist die Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergie auf sonstige Weise oder der nachhaltige Schutz des Klimas aus der Definition ausgenommen. Solche Maßnahmen – z. B. die Installation einer Photovoltaikanlage unter Einspeisung des Stroms in das allgemeine Netz – sind zwar zu dulden, berechtigen aber weiterhin zur vollen Minderung. Auch die nachhaltige Reduktion des Wasserverbrauchs ist wieder aus dem Definitionsbereich herausgenommen. Unter Endenergie ist dabei entsprechend der Energieeinsparverordnung die Menge an Energie zu verstehen, die der Anlagentechnik eines Gebäudes zur Verfügung stehen muss, um die von Mietern benötigte Nutzenergie (z. B. zum Erwärmen eines Raumes) einschließlich der für den Betrieb der Anlagentechnik benötigten Energie (v. a. Umwandlungsverluste der Anlagentechnik und des Verteilungssystems sowie die Hilfsenergie für die Speicherung und Verteilung im Gebäude) zu decken. Eine Reduktion kann sowohl durch Erhöhung der Effizienz der Anlagentechnik als auch durch verstärkte Eigenbedarfsdeckung über Wind- oder Sonnenenergie (z. B. Solarkollektoren zur Wassererwärmung) und damit einhergehender Verringerung des Zukaufs von Endenergie in Form von fossilen Energieträgern eintreten. Als

the explicit wishes of the government, the tenant shall not be permitted to reduce the rent during the first three months of negative effects due to the implementation of the measure. This was already provided for under the draft statute. Now it is clarified, however, that the rent reduction will be applicable if the premises are no longer usable at all and as well if the negative effects exceed three months. Besides, other ordinary modernization or preservation measures carried out at the same time still allow for the reduction of rent. Since it will most likely be difficult to determine the exact ratio by which the various measures contribute to the negative effects, courts have the right to estimate the ratio in case of disputes. It is also clarified that while the rent reduction is ruled out, potential damage or expense reimbursement claims of tenants are not.

Unlike in the original draft statute, the definition of energetic modernization is severely restricted. Any such measure must sustainably save end energy or non-renewable primary in respect to the leased object. The original draft spoke of primary energy in general and furthermore did not postulate a clear connection with savings in respect of the leased object. In addition, saving non-renewable primary energy in any other manner – e.g. the installation of a photovoltaic system that feeds electricity into the general grid for a remuneration – or the sustainable protection of the climate has been carved out of the definition. The sustainable reduction of water consumption has also been taken out of the scope of the definition again. Such measures do have to be tolerated, but still grant the full rent reduction for defects. End energy shall mean, in accordance with the Energy Savings Directive (*Energieeinsparverordnung*), such amount of energy, which has to be available to the building equipment of a building in order to cover the usage energy required by tenants (e.g. to heat a room) including the energy required for the operation of the building equipment (particularly conversion losses by the building equipment and of the distribution system as well as the auxiliary energy for the storage and distribution within the building). A reduction may occur both (i) through increasing the efficiency of the building equipment and (ii) through increased coverage of the internal demand using wind or solar energy (e.g. solar collectors to heat water) and related reduction of end energy purchases in the form of fossil fuels.

Hauptanwendungsfall der Einsparung von nicht erneuerbarer Primärenergie in Bezug auf die Mietsache sieht die Regierung die Umstellung der Heizungsanlage von fossilen auf erneuerbare Energieträger (z. B. von Öl oder Gas auf Holzpellets). Die Regierung geht auch in solchen Fällen davon aus, dass hierdurch im Regelfall finanzielle Einspareffekte eintreten. Gerade in letztgenanntem Fall ist dies aber sicherlich alles andere als sicher. Die Regierung ist von einer umfassenden Förderung des Klimaschutzes und der nachhaltigen Energieeinsparung durch Ausschluss des Minderungsrechts abgerückt. Vielmehr hat er sich aus Gründen des Mieterschutzes für den Minderungsausschluss nur auf diejenigen Modernisierungsmaßnahmen beschränkt, die nach seiner Auffassung (potentiell) zu finanziellen Einsparwirkungen beim Mieter führen.

#### CONTRACTING

Die Regierung verspricht bei der Umstellung auf gewerbliche Wärmelieferung durch spezialisierte Unternehmen (Contracting) Einsparung von Energie und effizientere Nutzung der Energie. Die Kosten des Contracting statt der Eigenerzeugung durch den Vermieter sollen als Betriebskosten im Rahmen der Positionen Wärme oder Warmwasser künftig umlegbar sein. Dies hängt von dem Vorliegen zweier Voraussetzungen ab: (i) die gelieferte Wärme stammt aus einer neu errichteten Anlage oder aus einem Wärmenetz und (ii) die Kosten der Wärmelieferung dürfen die Kosten der bisherigen Eigenerzeugung von Wärme oder Warmwasser nicht übersteigen, d. h. die Umstellung muss für den Mieter kostenneutral sein. Abweichend von der Lieferung von Wärme aus einer neuen Anlage oder aus einem Wärmenetz kann der Wärmelieferant auch im Wege des „Betriebsführungscontracting“ die bestehende Anlage effizienter betreiben. Dies soll aber nur bei Anlagen möglich sein, die bereits effizient arbeiten, da ältere und ineffizientere Anlagen nach dem Willen des Gesetzgebers möglichst nicht mehr betrieben werden sollen. Die Umstellung auf Contracting ist drei Monate vorher vom Vermieter schriftlich anzukündigen. Dieser Regelungskomplex ist im Wohnraum den Vermieter zwingendes Recht und soll nunmehr auch für das Gewerberaummietrecht gesetzliches Leitbild werden und erleichtert damit auch für diesen Bereich die Umstellung und Kostenumlage. Zwar sind im Gewerberaummietrecht abweichende Vereinbarungen zwischen den Parteien möglich, für die

The government sees the conversion of the heating system from fossil to renewable fuels (e.g. from oil or gas to wood pellets) as a main case for application of the saving of non-renewable primary energy in respect to the leased object. The government also assumes in these cases that this will regularly lead to effects of financial savings. However, in particular regarding the presumed effects of financial savings, this is anything but certain. The government gave up on a comprehensive promotion of climate protection and sustainable energy saving via the exclusion of rent reduction. Due to reasons of tenant protection, it rather limited the exclusion of rent reduction to those modernization measures, which – according to its view – lead to (potential) savings effects for the tenant.

#### CONTRACTING

The government expects energy savings and more efficient energy use pursuant to the transition to commercial heat supply through specialized companies (Contracting). The costs of such Contracting (instead of the production by the landlord itself) shall be allocable as operating costs under the items heat or warm water in the future. This allocation is subject to the fulfillment of two preconditions: (i) the supplied heat shall be generated in a newly built installation or shall be provided from a heat grid, and (ii) the costs of the heat supply may not exceed the previous costs of the landlord's production of heat or warm water, i.e. the transition must be cost-neutral for the tenant. Other than the supply of heat from a new installation or from a heat grid, the heat supplier may also operate the existing installation more efficiently by way of a “plant management contracting”. This shall be possible, however, only for plants that already operate efficiently. This is due to the will of the government to achieve that older and more inefficient plants should no longer be operated. The transition to Contracting must be announced in writing by the landlord three months in advance. These rules, which are mandatory law for the landlord in the area of residential leasing, are to become a legal model for commercial property leasing law, too, and thereby facilitate the transition and cost allocation also for this area. Even though deviating provisions between the parties are possible in the area of commercial property leasing law, but the statutory model should become the benchmark in connection with the review of the content of form-based clauses.

Inhaltskontrolle von Formular Klauseln dürfte aber das gesetzliche Leitbild Prüfungsmaßstab sein.

#### NEUE SICHERUNGSANORDNUNG

Die ursprünglich vorgesehene Hinterlegungsanordnung für im laufenden Verfahren fällig werdende Mieten ist durch eine umfassendere Sicherungsanordnung ersetzt worden. Diese korrigiert vor allem die Einschränkung der Sicherheitsleistung auf die (unverzinsten) Hinterlegung zugunsten der Ermöglichung der Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft, Hinterlegung von Wertpapieren und sogar Vereinbarungen zwischen den Parteien. Nunmehr ist auch ausdrücklich geregelt, dass eine Schadensersatzpflicht des Klägers (also in der Regel des Vermieters) besteht, wenn und soweit er den Prozess ganz oder teilweise verliert. Der Beklagte (also in der Regel der Mieter) kann über diesen Anspruch gleich im Prozess mitentscheiden lassen. Schließlich gibt es gegen die Anordnung nunmehr ein Rechtsmittel (sofortige Beschwerde). Der erste Referentenentwurf war noch von einem unanfechtbaren Beschluss des Gerichts ausgegangen. Rechtsdogmatisch sind die Änderungen richtig und wichtig, ob die Sicherungsanordnung in der Praxis ein bedarfsgerechtes Instrument für den Vermieter darstellt, bleibt abzuwarten. Es ist schon zweifelhaft, ob die vom Gesetzgeber gesehene Risikolücke bei hoher Erfolgswahrscheinlichkeit der Klage bei gleichzeitiger Hinauszögerung des Entscheidungszeitpunktes in dieser Form entstehen kann. Bei sehr hoher Erfolgswahrscheinlichkeit dürfte eine Entscheidung kurzfristig möglich sein – es sei denn, der Beklagte trägt Tatsachen vor, die die hohe Erfolgswahrscheinlichkeit deutlich verringern. Alternativ könnte sich die Entscheidung aufgrund gerichtlicher Überlastung oder Zustellungsproblemen beim Beklagten verzögern. Ob dann eine Sicherungsanordnung rasch erwirkt werden kann scheint nicht sicher. Allerdings bleibt dem klagenden Vermieter unverändert die Möglichkeit, rasch einen Räumungstitel zu erlangen, wenn der beklagte Mieter die Sicherheitsleistung nach ergangener Anordnung nicht bewirkt.

#### AUSBLICK

Der weitere Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens ist zeitlich noch nicht absehbar und auch nicht, ob weitere wesentliche Anpassungen im Rahmen der parlamentarischen Beratungen erfolgen. In jedem Fall schafft das Gesetz Klarheit hinsichtlich einiger für die Vermietungspraxis wichtigen und drängenden Fragen.

#### NEW PRESERVATION ORDER (SICHERUNGSANORDNUNG)

The originally planned deposit order (*Hinterlegungsanordnung*) for rent that becomes due during ongoing proceedings was replaced with a more comprehensive preservation order. The latter corrects in particular the restriction of providing security to the (non-interest bearing) deposit and makes it now possible to provide security through bank guaranty, deposit of security, and even agreements between the parties. It is now explicitly regulated that the plaintiff (i.e. regularly the landlord) will be liable for damages, if and to the extent that he loses the proceedings in whole or in part. The defendant (i.e. regularly the tenant) may demand a decision about this claim already in the same proceedings. Finally, there is also a legal remedy against the order now (immediate complaint). The first draft statute still contained an uncontestable court ruling. From the perspective of legal dogma, the changes are correct and important, but it remains to be seen, whether the preservation order constitutes a suitable instrument for the landlord in practice. It is already doubtful, whether the risk gap seen by the government in the case of a high probability of the lawsuit to succeed on one hand while the time of decision is simultaneously drawn out on the other hand can arise in this form. If the probability of success was very high, a decision at short notice should be possible – unless the defendant states facts, which significantly reduce the great probability of success. Alternatively, the decision could be delayed due to a work overload of the court or problems to effect service of process to the defendant. Under such circumstances, it appears uncertain, whether a preservation order could be obtained quickly. However, the suing landlord will be able to obtain an eviction order quickly, if the defending tenant does not provide the security after the order has been issued.

#### OUTLOOK

The timing of the further course of the legislative process is not yet determined and it is not foreseeable either, whether further material changes will be made during parliamentary hearings. In any case, the law provides clarity in respect to several questions that are important and urgent for the leasing practice.



Annika Bautz  
Associate, Frankfurt  
T: +49 69 7941 1761  
abautz@mayerbrown.com

## Ergänzende Vertragsauslegung: Konkurrenzschutzklausel im Gewerberaummietvertrag

BGH, Urteil vom 11. Januar 2012  
– XII ZR 40/10

**Aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sind Konkurrenzschutzklauseln immer wieder Gegenstand von Streitigkeiten zwischen Mietern und Vermietern von Gewerberäumen. In der Regel geht es hierbei um den Umfang des vereinbarten Konkurrenzschutzes, welcher anhand der jeweiligen Konkurrenzschutzklausel zu bestimmen ist.**

**In seinem Urteil vom 11. Januar 2012 hat der BGH zur Auslegung von Konkurrenzschutzklauseln Stellung genommen. In diesem Zusammenhang hat sich der BGH insbesondere damit beschäftigt, inwieweit bei Fehlen von eindeutigen vertraglichen Regelungen die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung Anwendung finden können.**

### LEITSATZ

Zu den Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung bei einer mietvertraglich vereinbarten Konkurrenzschutzklausel.

### SACHVERHALT

Die Klägerin schloss im Jahr 1986 mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten einen Mietvertrag über Gewerberäume in einem Ärztehaus zum Betrieb eines Optik- und Hörgerätegeschäfts. Der Mietvertrag enthielt eine Konkurrenzschutzklausel, wonach kein weiteres Optik- und Hörgerätegeschäft im Objekt der Vermieterin betrieben werden durfte. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages befand sich in dem Gebäude bereits eine Praxis für Hals-,

## Supplementary Contract Interpretation: Competition Protection Clause in Commercial Real Property Lease Agreements

BGH, Decision of January 11, 2012 – XII ZR 40/10

**Due to their economic importance, competition protection clauses repeatedly become the subject matter of disputes between tenants and landlords of commercial premises. At issue is regularly the scope of the agreed competition protection, which has to be determined based on the relevant competition protection clause.**

**In its Decision of January 11, 2012, the German Federal Court of Justice (BGH) commented on the interpretation of competition protection clauses. In this context, the BGH particularly addressed to what extent the principles of supplementary contract interpretation may be applied in the absence of unambiguous contractual rules.**

### HEAD NOTE

On the preconditions of supplementary contract interpretation in connection with a competition protection clause agreed in a lease agreement.

### FACTS

In 1986, the plaintiff entered into a lease agreement for commercial properties in a medical center with the legal predecessor of the defendant, in order to operate an optician and hearing aid store. The lease agreement contained a competition protection clause, according to which it was not permitted to operate another optician and hearing aid store in the landlord's object. At the time when the lease agreement was concluded, a practice

Nase- und Ohrenheilkunde, welche im Jahr 2005 von dem jetzigen Inhaber übernommen wurde. In der Folgezeit erweiterte die Klägerin ihr reines Optikergeschäft um eine Hörgeräteakustikabteilung. Der Inhaber der Arztpraxis begann Hörgeräte im sogenannten „verkürzten Versorgungsweg“ unmittelbar an Patienten abzugeben. Die Klägerin sah hierin einen Verstoß gegen die vertraglich vereinbarte Konkurrenzschutzklausel und begehrte von der Beklagten, auf die Einhaltung des Konkurrenzschutzes hinzuwirken. Zudem machte sie Minderung sowie Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns geltend.

#### INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Der BGH lehnte einen Verstoß gegen die vertraglich vereinbarte Konkurrenzschutzklausel ab. Insbesondere könne ein Verstoß nicht aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung angenommen werden. Eine solche ergänzende Vertragsauslegung verlange das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke. Von einer solchen Regelungslücke könne nur gesprochen werden, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lasse, die erforderlich sei, um den ihm zugrunde liegenden Regelungsplan der Parteien zu vervollständigen.

Für die Prüfung, ob eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke bestehe, sei in erster Linie maßgeblich, welchen Umfang an Konkurrenzschutz die Klägerin bei Abschluss des Mietvertrages erwarten konnte. Unter Berücksichtigung dieser Tatsache spreche bereits der Wortlaut der Konkurrenzschutzklausel gegen die Annahme einer Regelungslücke. Dort sei das Verbot ausdrücklich nur auf die Vermietung an Dritte zum Betrieb eines Optik- und Hörgerätegeschäfts begrenzt worden. Die Klägerin habe daher primär nur vor unmittelbarer Konkurrenz durch einen gleichartigen Betrieb geschützt werden sollen. Auch sei bei Abschluss des Mietvertrages bekannt gewesen, dass in dem Mietobjekt eine Praxis für Hals-, Nasen- und Ohrenkrankheiten betrieben werde. Die Klägerin habe daher bereits damals damit rechnen müssen, dass der Inhaber der Arztpraxis sämtliche Leistungen erbringen wird, die gesetzlich zulässig sind und dass es zu Überschneidungen kommen kann. Hätten die Parteien auch ärztliche Leistungen erfassen wollen, hätte es nahegelegen, im Rahmen der Konkurrenzschutz-

for otolaryngology was already located in the building, which was taken over in 2005 by its current proprietor. Subsequently, the plaintiff expanded its pure optician business by adding a hearing aid acoustics department. The proprietor of the medical practice began to sell hearing aids in the so-called “shortened supply channel” directly to patients. The plaintiff considered this a violation of the contractually agreed competition protection clause and demanded from the defendant to ensure that the competition protection is observed. In addition, it asserted a rent reduction as well as damages because of lost profits.

#### CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The BGH rejected a violation of the contractually agreed competition protection clause. In particular, such a violation could not be assumed based on supplementary contract interpretation. Such a supplementary contract interpretation required the existence of an unplanned gap in the agreement. Such a gap could be assumed only, if the agreement was missing a provision, which was necessary, in order to complete the underlying regulatory plan of the parties.

In order to examine, whether a gap existed that needs to be filled, it was primarily relevant, which extent of competition protection the plaintiff was able to expect at the time the lease agreement was concluded. Taking this fact into account, the wording of the competition protection clause was already speaking against the assumption of a gap. The prohibition there had been limited explicitly only to leasing to third parties for the operation of an optician and hearing aid store. The aim had therefore been to protect the plaintiff primarily against direct competition from operation of a similar business. At the time of the conclusion of the lease agreement, it had also been known already that a practice for otolaryngology was operated in the leased object. Therefore, the plaintiff had had to expect at that time that the proprietor of the medical practice will provide all services, which are permitted by law and that overlapping may occur. If the parties had intended to also cover medical services, it would have been obvious, not to base the competition protection clause on the operation of a business, but on the services for which competition protection is to be provided. Finally, when interpreting contractually agreed competition

klausel nicht auf den Betrieb eines Geschäfts, sondern auf die Leistung, für welche Konkurrenzschutz gewährt werden soll, abzustellen. Schließlich sei auch bei der Auslegung von vertraglich vereinbarten Konkurrenzschutzklauseln zu berücksichtigen, dass der Vermieter grundsätzlich nicht gehalten sei, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die dargestellte Entscheidung des BGH zeigt, dass der ergänzenden Vertragsauslegung im Rahmen der Auslegung von Konkurrenzschutzklauseln eine eher untergeordnete Rolle zukommen dürfte. Vielmehr sind in diesem Zusammenhang der konkrete Wortlaut der vereinbarten Klausel sowie die jeweiligen Umstände bei Vertragsabschluss von entscheidender Bedeutung.

Um einen umfassenden Konkurrenzschutz zu gewährleisten, sollten Mieter daher auf eine möglichst detaillierte Beschreibung der geschützten Tätigkeit drängen. Hierbei sollten auch etwaige zukünftige Veränderungen wie Sortimentsüberschneidungen mit berücksichtigt werden. Für den Vermieter bedeutet dies allerdings, dass das Risiko eines Verstoßes gegen die Konkurrenzschutzklausel erhöht wird. Je detaillierter die Konkurrenzschutzklausel, umso schwieriger ist in der Regel, diese mit anderen Mietverträgen abzustimmen. Aus Sicht des Vermieters ist daher bei der Vereinbarung von umfassenden Konkurrenzschutzklauseln Zurückhaltung geboten.

protection clauses it also had to be taken into account that the landlord was generally not required to keep any noticeable or unwanted competition away from the tenant.

#### IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The presented decision of the BGH shows that supplementary contract interpretation will play a rather subordinated role when interpreting competition protection clauses. In this context rather the specific wording of the agreed clause as well as the relevant circumstances at the time of the conclusion of the contract are of decisive importance.

In order to ensure comprehensive competition protection, tenant should therefore pursue the most detailed description of the protected activity that is possible. For this purpose, any future changes as well as overlapping assortments should also be taken into account. For the landlord, however, this means that the risk of a violation of the competition protection clause is increased. Generally, the more detailed the competition protection clause, the more difficult it is to coordinate it with other lease agreements. From the landlord's perspective, restraint is therefore necessary when agreeing on comprehensive competition protection clauses.





Frank David Endebrock  
Partner, Frankfurt  
T: +49 69 7941 1095  
fendebrock@mayerbrown.com

Eintritt des Erwerbers eines vermieteten Grundstücks in die Umsatzsteueroption des Vermieters – Rechtsfragen an der Schnittstelle zwischen Zivilrecht und Umsatzsteuerrecht

Oberlandesgericht (OLG) München, Beschluss vom 13. März 2012 – 32 U 4761/11

**Bei gewerblichen Mietobjekten macht der Vermieter in der Regel von der Option Gebrauch, auf die Umsatzsteuerfreiheit der Mietumsätze zu verzichten, um in den Genuss der Vorsteuerabzugsfähigkeit der auf die Herstellungskosten anfallenden Umsatzsteuer zu kommen. Das OLG München hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Erwerber des vermieteten Grundstücks in die Option des vorherigen Vermieters eintritt und damit auch verpflichtet ist, dem Mieter eine den umsatzsteuerlichen Anforderungen entsprechende Mietdauerrechnung zu erteilen. Das OLG kommt zu dem Schluss, dass dies in Ermangelung einer entsprechenden mietvertraglichen Verpflichtung nicht der Fall sei, und dass den Erwerber auch nach den gesetzlichen Regelungen insoweit keine Verpflichtung treffe.**

#### LEITSATZ

Tritt ein Vermieter gemäß § 566 BGB in einen Mietvertrag ein, in dem zusätzlich zur Nettomiete die Mehrwertsteuer ausgewiesen ist und bei dem der ursprüngliche Vermieter für die Mehrwertsteuer optiert hat, so ist er ohne ausdrückliche vertragliche Regelung nicht verpflichtet, ebenfalls zur Umsatzsteuer zu optieren.

#### SACHVERHALT

Hinsichtlich des streitgegenständlichen Gewerbemietvertrages über ein Ladengeschäft hatte der ursprüngliche

Assumption of the value-added tax option of the landlord the acquirer of leased real property – legal questions at the edge of civil law to value-added tax law

Upper State Court (OLG) Munich, decision of March 13, 2012 – 32 U 4761/11

**In the case of commercial lease objects, the landlord usually makes use of the option to waive the value-added tax exemption for the rents, in order to enjoy the ability to deduct the value-added tax arising on the construction costs as input tax. The OLG Munich had to deal with the question whether an acquirer of the leased real property enters into the option of the previous landlord and is thus also required to issue a permanent rent invoice to the tenant subject to requirements of value-added tax law. The OLG comes to the conclusion that this was not the case due to absence of a corresponding agreement in the lease, nor that the acquirer was under any statutory obligation in this regard.**

#### HEAD NOTE

If a landlord enters into a lease agreement pursuant to Section 566 of the German Civil Code (BGB), in which the value-added tax is stated separately in addition to the net rent and where the original landlord has opted for value-added tax he is not required, without an explicit contractual rule, to also opt for value-added tax himself.

#### FACTS

In respect to the commercial leasing agreement in question over a shop, the original landlord had opted for value-added tax and stated the value-added tax separately as a payment to be made by the tenant. The lease

Vermieter für die Umsatzsteuer optiert und die Umsatzsteuer als von der Mieterin zu entrichtende Zahlung ausgewiesen. Außerdem enthält der Mietvertrag eine Regelung, dass der Mieter auf Verlangen des Vermieters neben der Miete und den Nebenkosten die jeweils geltende Mehrwertsteuer zu zahlen habe. Nach einem Eigentümerwechsel verlangte der Mieter von dem neuen Vermieter, ihm eine neue Mietdauerrechnung unter Beachtung der Pflichtangaben nach § 14 Abs. 4 UStG zu erteilen. In der Zeit ab Eigentumsumschreibung und Aufforderung zur Rechnungserteilung (was vorliegend einen Zeitraum von sieben Jahren bedeutet) hatte der neue Vermieter vereinnahmte Umsatzsteuer nicht abgeführt, der – umeinsatzsteuerpflichtig tätige – Mieter hat jedoch seinerseits die Vorsteuerbeträge geltend gemacht. Da der neue Vermieter die Aufforderungen unbeantwortet ließ, kam es zum Rechtsstreit, in dem der Mieter u. a. Erteilung einer korrekten Mietdauerrechnung, Freistellung von sämtlichen Vorsteuerrückforderungen des Finanzamtes samt Säumniszuschlägen und Zinsen, Feststellung eines Zurückbehaltungsrechts an der Miete bis zur Erfüllung des Freistellungsanspruchs und Ersatz weiter gehenden Schadens verlangte.

#### INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Das OLG hat einen Eintritt des neuen Vermieters in die ausgeübte Option des vorherigen Vermieters abgelehnt. Die unstrittig getroffene Vereinbarung darüber, dass die Miete und die Nebenkosten zuzüglich der Umsatzsteuer zu zahlen seien, reiche für eine Bindung des Erwerbers nicht aus. Da ein Verlangen des neuen Vermieters nicht feststellbar gewesen sei, dieser die Mietzahlungen einschließlich der Umsatzsteuer vielmehr nur schweigend entgegen nahm, bedeutete der Eintritt in den Mietvertrag nicht auch ein Optieren des neuen Vermieters zur Umsatzsteuer. Ab dem Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung im Grundbuch hätte die Mieterin die im Mietvertrag gesondert ausgewiesene Umsatzsteuer nicht mehr bezahlen müssen, ihrerseits aber auch keine Umsatzsteuer mehr als Vorsteuer geltend machen dürfen. Die Rückabwicklung der Umsatzsteuerzahlung an den neuen Vermieter nimmt das OLG nach Bereicherungsgrundsätzen vor, wobei auf Seiten des neuen Vermieters keine Entreichung eingetreten ist, wenn er die Umsatzsteuer nicht abgeführt hat (wozu mangels Umsatzsteuerpflicht keine Veranlassung bestanden hatte). Ein Freistellungsanspruch gegen den neuen Vermieter besteht nach Ansicht des OLG

agreement also contains a stipulation that the tenant shall pay the respective applicable value-added tax upon request of the landlord together with rent and ancillary charges. After a change of ownership, the tenant demanded from the new landlord a new permanent rent invoice in accordance with the mandatory information pursuant to Section 14 paragraph 4 of the German Value-Added Tax Act (UStG). During the period from the registration of the change of ownership and demand for the issuance of an invoice (which in the present case amounted to a period of seven years), the new landlord did not forward the received value-added tax to the tax authorities, while the tenant himself – who was operating subject to value-added tax – asserted the input tax amounts. Since the new landlord left the requests unanswered, a legal dispute ensued, where the tenant demanded, *inter alia*, the issuance of a correct permanent rent invoice, indemnification against all due input tax reclaimed by the tax office together with late payment fines and interests, determination of a retention right regarding the rent until the fulfillment of the indemnification claim, and compensation of further damages.

#### CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The OLG denied that the new landlord has entered into the exercised option of the previous landlord. The undisputedly concluded agreement that rent and incidental costs have to be paid in addition to the value-added tax alone does not bind the acquirer. Since a demand from the new landlord could not be ascertained and since he rather merely accepted the rent payments including value-added tax silently, the entry into the lease agreement does not also mean that the new landlord has opted for value-added tax. As of the time of the registration of the transfer of ownership in the land register, the tenant would no longer have had to pay the value-added tax stated separately in the lease agreement, while it would no longer have been permitted to assert the paid value-added tax as input tax in turn. The reversal of the value-added tax payments to the new landlord is carried out by the OLG in accordance with unjust enrichment principles, while no loss of enrichment has occurred on the side of the new landlord, if he did not pay the value-added tax to the tax office (to which he had no reason, since he was not liable for value-added tax). According to the opinion of the OLG, no claim for indemnification exists against the new landlord, irrespective of

nicht, unabhängig davon, ob die zu viel gezahlten Umsatzsteuerbeträge noch zurückerlangt werden können. Allerdings hält das OLG den neuen Vermieter für verpflichtet, bei seinem Eintritt in das Mietverhältnis den Mieter darauf hinzuweisen, dass er nicht zur Umsatzsteuer optiert hat. Allerdings gibt auch dieses Versäumnis im Ergebnis dem Mieter keinen Anspruch auf Ersatz weiter gehenden Schadens (Säumniszuschläge, Rechtsberatung usw.), da er diese Nachteile durch sein eigenes Verschulden überwiegend selbst verursacht habe, indem er – wozu er nach § 14 UStG verpflichtet gewesen wäre – sich nicht um eine neue Mietdauerrechnung gekümmert hatte.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Fallkonstellation, die dem Beschluss des OLG zugrunde liegt, ist eher ungewöhnlich. Dreh- und Angelpunkt der Entscheidung ist die Tatsache, dass der Mieter gemäß Mietvertrag nur „auf Verlangen“ des Vermieters zur Zahlung der Umsatzsteuer zuzüglich zur Miete verpflichtet sein sollte. Die Ausweisung der Umsatzsteuer im Mietvertrag diente nach der Auslegung seitens des OLG nur der Ergänzung der Mietzahlungsabrede für den Fall, dass der Vermieter die Option ausübt und die Umsatzsteuerzahlung vom Mieter verlangt. Durch die Bemerkung, etwas anderes gelte nur, wenn der Vermieter sich im Mietvertrag zur Ausübung der Option verpflichtet habe, weist die Entscheidung über den entschiedenen Sachverhalt hinaus. Im Regelfall wird in gewerblichen Mietverträgen darauf hingewiesen, dass der Vermieter zur Umsatzsteuer optiert habe, und dass deswegen die Umsatzsteuer zusätzlich zu Miete und Nebenkostenvorauszahlung zu entrichten sei. Dies dürfte als Abrede über die Mietzahlung und damit mietvertragstypische Verpflichtung zu werten sein, in die ein Erwerber ohne Weiteres nach § 566 BGB eintritt. Die Konsequenz im Falle, dass der Erwerber selbst nicht optiert, wäre dann zunächst, dass er keine umsatzsteuergerechte Rechnung ausstellen kann. Dann kann der Mieter bezüglich der Umsatzsteuerbeträge jedenfalls ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, entweder zeitlich begrenzt bis der neue Vermieter doch noch optiert und eine Rechnung ausstellt, oder endgültig, so dass es faktisch zu einem Abzug käme. Zu beachten ist selbstverständlich, dass diese Beträge zum Vorsteuerabzug auch nicht mehr zur Verfügung stehen.

whether the excess paid value-added tax amounts can still be reclaimed. However, the OLG considers the new landlord to be obligated to point out to the tenant when entering into the lease that he has not opted for value-added tax. This failure, however, does finally not entitle the tenant to a compensation of further damages either (late payment fines, legal advice, etc.), since he predominantly cause these disadvantages himself through his own fault but not seeing to it that he receives a new permanent rent invoice – which he would have been obligated to do pursuant to Section 14 UStG.

#### IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The case constellation underlying the decision of the OLG is rather unusual. The decision hinges on the fact that according to the lease agreement, the tenant was supposed to pay the value-added tax in addition to the rent only “upon request” of the landlord. According to the interpretation of the OLG, the separately stated value-added tax in the lease agreement only served to supplement the rent payment agreement for the case that the landlord exercises the option and demands value-added tax payment from the tenant. Through the comment, something else applied only if the landlord committed himself in the lease agreement to exercise the option, the decision points beyond the decided case. It is regularly pointed out in commercial lease agreements that the landlord had opted for value-added tax and that the value-added tax therefore had to be paid in addition to the rent and incidental cost prepayment. This should be classified as an agreement about the payment of rent and thus as a typical obligation under lease agreements, into which an acquirer enters automatically pursuant to Section 566 BGB. The first consequence in the case that the acquirer himself does not opt would be that he cannot issue a proper value-added tax invoice. The tenant can then exercise a retention right in respect to the value-added tax amounts at any rate, either timely limited until the new landlord either opts in after all and issues an invoice, or permanently so that a factual deduction occurs. It must obviously be observed that these amounts are no longer available for input tax deduction either.



Florian Witzemann  
Associate, Frankfurt  
T: +49 69 7941 1505  
fwitzemann@mayerbrown.com

Verpflichtung zur Rückzahlung der Mietsicherheit durch den Erwerber

BGH, Urteil vom 7. März 2012  
– XII ZR 13/10

**Hat der Mieter dem Vermieter für die Erfüllung seiner Pflichten eine Sicherheit geleistet, so tritt bei einer Grundstücksveräußerung der Erwerber gemäß § 566 a BGB in die dadurch begründeten Rechte und Pflichten ein. Bislang war nicht höchstrichterlich entschieden, ob der Erwerber auch dann für eine Rückzahlung der Kautions in Anspruch genommen werden kann, wenn dies dem insolvent gewordenen alten Vermieter gegenüber nicht mehr möglich ist. Diese Unklarheit hat der BGH nun mit seinem Urteil vom 7. März 2012 beseitigt.**

#### LEITSATZ

Auf den Ersteher eines vermieteten Grundstücks geht die Verpflichtung zur Rückzahlung der Mietsicherheit an den Mieter kraft Gesetzes auch dann über, wenn der insolvent gewordene Voreigentümer die vom Mieter erhaltene Mietsicherheit nicht getrennt von seinem sonstigen Vermögen angelegt hatte.

#### SACHVERHALT

Im Zuge der Anmietung gewerblicher Räume zahlte der Kläger eine vereinbarte Mietsicherheit an den Vermieter, die dieser nicht getrennt von seinem sonstigen Vermögen anlegte. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Vermieters wurde die Immobilie durch den Insolvenzverwalter versteigert. Neue Eigentümerin wurde die Beklagte. Der Kläger verlangte von dieser sodann die Auszahlung der rückzahlungsreifen Mietsicherheit. Einer dahingehenden Klage hatte das Amtsgericht stattgegeben, in der Berufungsinstanz obsiegte hingegen die Beklagte.

Repayment of rent deposit by acquirer

BGH, Decision of March 7, 2012  
– XII ZR 13/10

**If the tenant has provided security to the landlord for the fulfillment of his obligations, the acquirer enters into the rights and obligations established thereby in the case of a sale and transfer of the real property pursuant to Section 566 a of the German Civil Code (BGB). So far, there was no high-court decision as to whether the acquirer can also be held responsible for the repayment of the rent deposit, if this is no longer possible vis-à-vis the old landlord who has become insolvent. This ambiguity has now been clarified by the German Federal Court of Justice (BGH) in its decision of March 7, 2012.**

#### HEAD NOTE

The obligation to repay the rent deposit to the tenant passes to the acquirer of a leased real property by virtue of law. That even applies if the previous owner, who has become insolvent, did not invest the rent deposit, which he had received from the tenant, separately from his other assets.

#### FACTS

With regard to the lease of commercial premises, the plaintiff paid an agreed rent deposit to the landlord, who did not invest it separately from his other assets. After the commencement of insolvency proceedings for the assets of the landlord, the real property was auctioned off by the insolvency administrator. The defendant became the new owner. The plaintiff then demanded repayment of the rent deposit, which was due to be repaid. The Local Court allowed a lawsuit in this respect, during the appellate instance, however, the defendant prevailed.

## INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Zur Begründung seiner Entscheidung hatte das Landgericht ausgeführt, dass die Beklagte gemäß § 566 a BGB zwar in die Verpflichtung des Voreigentümers eingetreten sei. Der Anspruch auf Rückzahlung der Kaution bestehe aber nicht oder sei wenigstens nicht fällig. Dem Mieter stehe gegen den Erwerber kein Rückzahlungsanspruch zu, wenn der Erwerber seinerseits an der Durchsetzung eines Anspruches gegenüber dem Veräußerer auf Auskehrung der Mietsicherheit insolvenzrechtlich gehindert sei. Dies sei der Fall, wenn der zugrundeliegende Anspruch durch den Insolvenzfall zur bloßen Insolvenzforderung geworden ist. Das Landgericht stütze sein Urteil auf die Erwägung, dass der Schutz des § 566 a BGB nicht so weit gehen könne, dass der Mieter durch den Wechsel des Vermieters hinsichtlich der Kaution eine Position erlange, die er zuvor nicht mehr habe. Es erscheine nicht einleuchtend, dass der Gesetzgeber die Position des Mieters derart habe stärken wollen. Der Wortlaut lege es vielmehr nahe, dass damit nur die zum Zeitpunkt des Rechtsübergangs tatsächlich noch bestehenden Pflichten gemeint sein könnten. Grundsätzlich sei es Sache des Mieters, auf die insolvenzfest vom Vermögen des Vermieters getrennte Anlage der Kaution zu achten.

Diese Erwägungen halten einer Nachprüfung durch den BGH nicht stand. Der Erwerber habe zwingend die Verpflichtung zur Rückzahlung der Mietkaution bei eintretender Rückzahlungsreife zu erfüllen. Ob und unter welchen Voraussetzungen er seinerseits anschließend bei dem Voreigentümer Rückgriff nehmen kann sei dem BGH zufolge unerheblich. Denn die Pflicht zur Erfüllung der in die Versteigerungsbedingungen fallenden Mieterrechte hänge davon nicht ab. Gemäß § 44 Abs. 1 ZVG wird bei der Versteigerung nur ein solches Gebot zugelassen, durch welches die dem Anspruch des Gläubigers vorgehenden Rechte sowie die Kosten des Verfahrens gedeckt werden (sog. geringstes Gebot). Die Versteigerungsbedingungen legen darüber hinaus fest, in welche weiteren Pflichten der Ersteher eintritt. Dazu gehört nach § 57 ZVG die Verpflichtung zur Rückzahlung einer vom Mieter gewährten Sicherheit gemäß § 566 a BGB. Dieser differenziere dem BGH zufolge nicht danach, inwiefern diese Verpflichtung im Verhältnis des Mieters zum alten Vermieter bestehe. Nach dessen Vorgängervorschrift hingegen, dem § 572 BGB a. F., war der Erwerber zur Rückgewähr der Sicher-

## CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

To substantiate its decision, the District Court stated that the defendant did indeed enter into the obligation of the previous owner pursuant to Section 566 a of the German Civil Code (BGB). But the claim for repayment of the rent deposit did not exist or was at least not due. The tenant was not entitled to a claim for repayment against the acquirer, if the acquirer is in turn prevented under insolvency law to enforce his claims against the seller for payment of the rent deposit. This was the case, if the underlying claim has turned into an insolvency claim due to the occurrence of insolvency. The District Court bases its decision on the consideration that the protection of Section 566 a BGB could not go so far that the tenant obtained a position in respect to the rent deposit due to the replacement of the landlord, which he no longer had before. It did not make sense that the legislator had wanted to strengthen the position of the tenant so much. The wording rather suggested that only the duties that actually exist at the time of the transfer of rights could be meant. It was generally up to the tenant to take care that the landlord invests the rent deposit separately from his own assets.

These considerations do not stand up to a review by the BGH. The acquirer was obliged to repay the rent deposit when it becomes due for repayment. Whether and under which circumstances he is in turn able to take recourse to the previous owner was irrelevant according to the BGH because the tenant's rights falling into the auction conditions are to be fulfilled irrespective from that. According to Section 44 paragraph 1 ZVG, only those bids are admitted during the auction, which cover the rights that are senior to the claim of the creditor as well as the costs of the proceedings (so-called lowest bid). The auction conditions furthermore determine, into which additional obligations the acquirer enters. This includes according to Section 57 ZVG the obligation to pay back any security provided by the tenant pursuant to Section 566 a BGB. According to the BGH, the latter did not distinguish according to whether this obligation existed in the relationship of the tenant to the old landlord. Pursuant to the provision preceding, however, Section 572 BGB old version, the acquirer was obliged to return the security only, if it is surrendered to him or if the acquirer takes over the obligation to return it vis-à-vis the landlord. After the revision of Section 566 a BGB, the acquirer is obliged

heit nur dann verpflichtet, wenn sie ihm ausgehändigt wird oder wenn der Erwerber dem Vermieter gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernimmt. Nach der Novellierung des § 566 a BGB wird der Erwerber dem Mieter gegenüber zur Rückzahlung der Sicherheit jedoch ohne Rücksicht darauf verpflichtet, ob er die Mietsicherheit vom früheren Vermieter ausgehändigt bekommen hat oder noch erhalten kann. Dem BGH zufolge liege dem eine gesetzliche Wertung zugunsten des Mieters zugrunde, nach der der Erwerber das Insolvenzrisiko des früheren Vermieters trägt, wenn dieser die Mietsicherheit weder insolvenzfest angelegt noch an den Erwerber aushändigt hat.

#### AUSWIRKUNGEN FÜR DIE PRAXIS

In der Tat war umstritten, ob der durch § 566 a BGB bezweckte Schutz des Mieters so weit geht, dass er durch den Wechsel des Vermieters hinsichtlich der Kautions eine bessere Position erlangen kann, als die, die im Verhältnis zum alten Vermieter bestanden hatte. Der BGH hat sich hier für eine mieterfreundliche Auslegung entschieden und diese dogmatisch sauber begründet. Folgerichtig betont er schlussendlich, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 566 a BGB der Sache nach eine Belastung des vermieteten Grundstücks geschaffen hat.

to repay the security to the tenant irrespective of whether he has received the rent deposit or can still receive it from the old landlord. According to the BGH, this was based on a statutory judgment for the benefit of the tenant, according to which the acquirer bears the insolvency risk of the former landlord, if the latter has neither invested the rent deposit in an insolvency-proof manner nor surrendered it to the acquirer.

#### IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

It was indeed disputed, whether the protection of the tenant intended by Section 566 a BGB goes so far that he may obtain a better position in respect to the rent deposit through a replacement of the landlord than the one that existed in relation to the old landlord. The BGH decided in favor of a tenant-friendly interpretation here and substantiated this in a dogmatically clean manner. In the end, it emphasizes logically correctly that the legislator has essentially created an encumbrance of the leased real property with the revision of Section 566 a BGB.



Slaven Kovacevic  
Associate, Düsseldorf  
T: +49 211 86224 203  
skovacevic@mayerbrown.com

Zur Wirksamkeit einseitiger Leistungsbestimmungsrechte des Vermieters in Bezug auf die Höhe der Miete in AGB langfristiger gewerblicher Mietverträge bei Änderung der ortsüblichen oder angemessenen Miete

BGH, Urteil vom 9. Mai 2012  
– XII ZR 79/10

**Zum Zeitpunkt des Abschlusses von langfristigen Mietverträgen können die Parteien die über die Inflation hinausgehende Mietpreisentwicklung für die Zukunft nicht mit hinreichender Sicherheit vorhersehen. Entweder der Vermieter preist diesen für ihn nicht gänzlich kalkulierbaren Umstand mit nicht unerheblichen Aufschlägen ein oder er vermietet nach einer gewissen Vertragslaufzeit aufgrund längerfristiger Bindung unterhalb des üblichen Marktpreises. Für den Bereich der Gewerbemiete hat der BGH den Parteien nunmehr eine Lösung dieses Problems an die Hand gegeben und ermöglicht ihnen, durch vorformulierte Preisanpassungsklauseln flexibel auf Preisentwicklungen reagieren zu können.**

#### LEITSATZ

In einem gewerblichen Mietvertrag hält eine Klausel, die dem Vermieter ein Leistungsbestimmungsrecht dahingehend einräumt, bei einer Änderung der ortsüblichen oder angemessenen Miete den vom Mieter zusätzlich oder weniger zu zahlenden Betrag nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) festzusetzen, der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB stand.

#### SACHVERHALT

Die Klägerin verlangte von dem Beklagten – einem Segelverein – die Zahlung von Miete aus einem Vertrag

On the effectiveness of unilateral performance determination rights of the landlord in respect to the amount of rent in the general business terms of long-term lease agreements, if the customary local or adequate rent changes

BGH, Decision of Mai 9, 2012  
– XII ZR 79/10

**At the time of conclusion of long-term lease agreements, the parties cannot foresee the rent development that exceeds inflation for the future with sufficient certainty. Either the landlord prices in this circumstance, which is not entirely calculable for him, with significant premiums, or he leases below the customary market price after a certain contract term due to the long-term commitment. For the commercial leasing area, the German Federal Court of Justice (BGH) has now provided the parties with a solution for this problem, thereby enabling them to react flexibly to price developments through pre-formulated price adjustment clauses.**

#### HEAD NOTE

A clause in a commercial lease agreement, which grants a performance determination right to the landlord insofar as to determine the additional or lesser amount to be paid by the tenant, if the customary local or adequate rent changes, in his due discretion (Section 315 of the German Civil Code (BGB)), stands up to a review of the content pursuant to Section 307 paragraph 1 BGB stand.

#### FACTS

The plaintiff demands from the defendant – a sailing club – payment of rent under an agreement for the use of a

über die entgeltliche Nutzung einer Steganlage sowie Wasserflächen an einer Bundeswasserstraße.

Der Vertrag enthielt unter anderem folgende vorformulierte Klausel:

„§ 5 [...] (4) Die [Klägerin] prüft nach Ablauf von jeweils drei Jahren, erstmals zum 1. Januar 1999, ob das Nutzungsentgelt noch ortsüblich oder sonst angemessen ist. Bei einer Änderung setzt sie den zusätzlich oder weniger zu zahlenden Betrag nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) fest und teilt dem Nutzer die Höhe des künftig zu zahlenden Nutzungsentgelts mit.“

Der Beklagte weigerte sich, eine von der Vermieterin einseitig vorgenommene Preiserhöhung zu akzeptieren, da § 5 Abs. 4 des Vertrages nichtig sei.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG  
Der Bundesgerichtshof („BGH“) hält § 5 Abs. 4 des Mietvertrages für wirksam.

Ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB liege mangels unangemessener Benachteiligung nicht vor. § 5 Abs. 4 des Vertrages stelle eine Leistungsvorbehaltsklausel zur Wertsicherung dar, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen („AGB“) anhand des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu überprüfen sei. Es komme also darauf an, ob der Beklagte entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werde. Dies sei nicht der Fall.

Ein Verstoß gegen das sog. Transparenzgebot – also der Pflicht, AGB möglichst klar und durchschaubar darzustellen – liege nicht vor. Aus § 5 Abs. 4 des Vertrages werde sowohl Zeitpunkt als auch Anlass der Preisanpassung hinreichend deutlich. Die Klägerin ist zu einem im Voraus festgelegten Zeitpunkt zur Anpassung der Miete berechtigt, wenn sie nicht mehr ortsüblich oder sonst angemessen ist. Zur Auslegung des Begriffs der ortsüblichen Miete hat der BGH auf § 546a Abs. 1 BGB zurückgegriffen, der ebenfalls diesen Begriff heranzieht. Damit wird er vom Gesetz selbst verwandt und ist hinreichend bestimmbar. Zudem sei auch die zweite Alternative in Form der „angemessenen Miete“ hinreichend bestimmt. Denn darunter sei diejenige Miete zu verstehen, die für vergleichbare Objekte bei einem Neuabschluss üblicherweise gefordert und gezahlt

pier as well as water areas on a federal water way against charge.

The agreement contained, *inter alia*, the following pre-formulated clause:

“Section 5 [...] (4) The [plaintiff] examines after the expiration of three years each, for the first time as of January 1, 1999, whether the usage charge is still locally customary or otherwise adequate. In the case of a change, it determines the additional or lesser amount to be paid in its due discretion (Section 315 BGB) and informs the user of the amount of the usage charge to be paid in the future.”

The defendant refused to accept a unilateral price increase by the landlord, since Section 5 paragraph 4 of the agreement was void.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION  
The German Federal Court of Justice (“BGH”) considers Section 5 paragraph 4 of the lease agreement effective.

A violation of Section 307 paragraph 1 sentence 2 BGB did not exist in the absence of an unreasonable discrimination. Section 5 paragraph 4 of the agreement constituted a performance reservation clause for indexing purposes, which was to be reviewed as general business terms based on Section 307 paragraph 1 sentence 1 BGB. It was accordingly decisive, whether the defendant was discriminated against contrary to the requirement of good faith. This was not the case.

A violation of the so-called transparency requirement – i.e. the duty to present general business terms clearly and transparent as possible – did not exist. Both the time and the reason for the price adjustment became sufficiently clear from Section 5 paragraph 4 of the agreement. The plaintiff has the right to adjust the rent at a predetermined point in time, if it is no longer locally customary or otherwise adequate. For the interpretation of the term of the locally customary rent, the BGH took recourse to Section 546a paragraph 1 BGB, which also uses this term. It is thus used by the code itself and is sufficiently determinable. Furthermore, the second alternative in the form of the “adequate rent” was also sufficiently determined, since that meant the rent, which is usually demanded



wird. Durch die Bezugnahme auf § 315 BGB sei auch sichergestellt, dass der Spielraum der Klägerin bestimmt ist, da § 315 BGB den Begriff der „Billigkeit“ verwende. So sei sichergestellt, dass die Klägerin nur marktübliche Preise verlange. Schließlich sei § 5 Abs. 4 des Vertrages auch nicht aus anderen Gründen im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Anpassungsklauseln seien grds. ein geeignetes und anerkanntes Instrument zur Bewahrung von Preis und Leistung. Sollte der Vermieter aber die Möglichkeit haben, seinen Gewinn einseitig zu Lasten des Mieters zu vergrößern, hielte eine solche Klausel § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nicht stand. Dies sei hier nicht der Fall, da die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts von den genannten Bezugsgrößen abhängig und durch das Merkmal der Billigkeit im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB begrenzt werde. Schließlich sehe die Klausel ebenso eine Herabsetzung der Miete vor, so dass auch die Interessen des Mieters berücksichtigt würden. Allerdings folge aus der Bezugnahme zu § 315 Abs. 1 BGB, dass den Vermietern bei Bedarf auch eine Pflicht zur Herabsetzung treffe.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Der BGH ermöglicht für den Bereich des Gewerbemietrechts eine sowohl praxisnahe wie auch „gerechte“ Lösung. Sofern die Klausel wie vorliegend die Interessen beider Parteien berücksichtigt und die Kriterien sowie der Zeitpunkt der Anpassungsmöglichkeit hinreichend bestimmt sind, steht das zumeist strenge AGB-Recht einer solchen Klausel nicht entgegen. Wenn auch in der Theorie beide Parteien von einer solchen Anpassungsklausel profitieren, so dürfte in der großen Mehrzahl der Fälle eine Anpassung zu einer Erhöhung des Mietzinses führen. Im Ergebnis steht Vermietern für den Bereich des Gewerbemietrechts damit ein Instrument zur Verfügung, mit dem sie sicherstellen können, an künftigen Preisentwicklungen über die Indexierung hinaus teilzuhaben. Dies sollte auch beim Erwerb von Immobilien bereits bedacht werden, da sich dieses nicht unwesentlich auf künftige Erträge auswirken kann.

and paid for comparable objects in the case of the conclusion of a new contract. By referring to Section 315 BGB, it was also ensured that the scope of the plaintiff is determined, since Section 315 BGB used the term “equity” [meaning “equitable”]. It was thereby ensured that the plaintiff demanded only customary market prices. Finally, Section 5 paragraph 4 of the agreement was not ineffective due to other reasons in the sense of Section 307 paragraph 1 sentence 1 BGB. Adjustment clauses were generally a suitable and recognized instrument to preserve price and performance. If the landlord should have the possibility however, to increase his profit unilaterally at the expense of the tenant, such a clause would not stand up to Section 307 paragraph 1 sentence 1 BGB. This was not the case here, since the exercise of the performance determination right was contingent upon the stated reference parameters and since it was limited by the characteristic of equity in the sense of Section 315 paragraph 1 BGB. Finally, the clause also provided for a reduction of the rent so that the interests of the tenant were also taken into account. However, it ensued from the reference to Section 315 paragraph 1 BGB that the landlord was also under a duty to reduce the rent, if necessary.

#### IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

For the area of commercial leasing law, the BGH made a solution possible, which is both practical and “just”. If, as in the present case, the clause takes the interests of both parties into account and if the criteria as well as the time of the adjustment possibility are sufficiently determined, the rather strict general business terms law will not prevent such a clause. Even if both parties profit from such an adjustment clause in theory, an adjustment will most likely lead to an increase of the rent in the great majority of cases. As a result, landlords in the area of commercial leasing law now have an instrument at their disposal, with which they can ensure that they will participate in future price developments beyond the indexing. This should also be considered at the time of acquisition of real properties, since it may have a significant effect on future income.



Matthias J. Meckert  
Partner, Frankfurt  
T: +49 69 7941 1761  
mjmeckert@mayerbrown.com

## Neue Trends bei der CMBS- Restrukturierung

### Opera Uni-Invest Transaktion

**Der Verkauf von notleidenden Immobilienkrediten aus einer CMBS-Struktur in Verbindung mit einer Verkäuferfinanzierung durch die Anleihegläubiger – vor kurzem hätte man noch für ausgeschlossen gehalten, was nun bei der Restrukturierung der Opera-Uni Invest Transaktion gelungen ist.**

#### SACHVERHALT

Im Jahre 2005 hatte die Eurohypo rund 200 in den Niederlanden gelegene Gewerbeimmobilien des Immobilienfonds „Uni-Invest“ finanziert und dieses Darlehen in die CMBS-Struktur „Opera Finance“ eingebracht, die ein Ausgangsvolumen von rund EUR 1 Mrd. hatte. Das wirtschaftliche Risiko des Kredites wurde damit an die Anleihegläubiger weitergereicht. Der Servicing-Arm der Eurohypo übernahm die Betreuung des Engagements für die Anleihegläubiger.

Nach einem gescheiterten IPO des Fonds und einer schwierigen Entwicklung der wohl eher zweitklassigen Immobilien mit hohem Leerstand war die Rückzahlung des Darlehns gefährdet. Aufgrund von Zahlungsausfällen war das Darlehen ab Februar 2011 im Default. Im Februar 2012 kam es auch zu einem Zahlungsausfall der CMBS-Bonds, da die Anleihegläubiger nicht fristgerecht zurückgezahlt werden konnten – der wohl erste CMBS-Default auf der Bondebene in Europa.

Beim anschließend Work-out durch den Servicer war recht schnell klar, dass die Transaktion nur durch eine

## New Trends in CMBS- Restructuring

### Opera Uni-Invest Transaction

**The sale of distressed real estate loans from a CMBS structure in connection with a seller’s financing through bond holders – until recently, it would have been considered impossible what was achieved now during the restructuring of the Opera Uni-Invest transaction.**

#### FACTS

In 2005, Eurohypo financed about 200 commercial real properties of the real estate fund “Uni-Invest” located in the Netherlands and contributed these loans into the CMBS structure “Opera Finance”, which had an initial volume of about EUR 1 billion. The economic risk of the credit was thereby passed on to the bond holders. The servicing arm of Eurohypo took over the management of the engagement for the bond holders.

After a failed IPO of the fund and a difficult development of the apparently rather second-class real properties with significant vacancies, the repayment of the loan was in danger. Due to payment defaults, the loan was in default from February 2011. In February 2012, a payment default of the CMBS bond occurred, since the bond holders could not be repaid in time – the probably first CMBS default on the bond level in Europe.

During the subsequent work-out by the servicer, it became clear rather quickly that the transaction could be stabilized only through a comprehensive restructuring that involved the bond holders. Two competing solutions emerged, which were submitted to the bond holders in April 2012 for their vote.

umfassende Restrukturierung unter Einbindung der Anleihegläubiger stabilisiert werden konnte. Dabei kristallisierten sich zwei konkurrierende Lösungen heraus, die im April 2012 den Anleihegläubigern zum Votum vorgelegt wurden.

Zum einen bot die Valad Property Group eine konsensuale Restrukturierung an, bei der sie das Asset Management der Immobilien übernehmen sollte. Eine Equity-Beteiligung war nicht vorgesehen. Ziel war es, das Portfolio durch Abverkäufe und Neu-positionierung der Immobilien zu stabilisieren. Valad hätte hierbei 50 Prozent seiner Vergütung erst bei erfolgreicher Rückführung der A-Tranche erhalten. Dazu wäre es erforderlich gewesen, die Rückzahlung der Bonds bis zum Februar 2016 aufzuschieben. Nachrangige Anleiheklassen hätten je nach künftigem Restrukturierungserfolg mit einem signifikanten Verlust rechnen müssen.

Zum anderen legte ein Joint-Venture aus Texas Pacific Group (TPG) und Patron Capital ein sog. „Credit Bid“ vor. Danach wird ein SPV das notleidende Seniorendarlehen erwerben. Die Anleihegläubiger der Senior-Klasse A erhalten sofort eine Barzahlung von 40 Prozent der Tranche, stellen jedoch gleichzeitig ein neues Darlehen zur Verfügung mit einem Beleihungswert der Immobilien von 60 Prozent und damit eine Verkäuferfinanzierung. Zusätzliche Fremdfinanzierung stammt aus einem Bankdarlehen in Höhe von EUR 215 Millionen. Die nachrangigen Anleiheklassen B bis D fallen dagegen vollständig aus.

Im Noteholdermeeting wurde zunächst über das Valad Gebot abgestimmt. Hier wäre in allen Klassen eine 75-prozentige Zustimmung erforderlich gewesen. Erwartungsgemäß wurde dies in der A-Klasse verfehlt. Anschließend stimmten die Gläubiger über das Angebot des Joint Ventures ab, wobei hierzu die 75-prozentige Zustimmung nur der A-Klasse ausreichte, die auch komfortabel erreicht wurde. Damit wurde das Angebot von TPG/Patron Capital angenommen. Marktbeobachter hatten zwischenzeitlich befürchtet, dass beide Angebote durchfallen, die Transaktion nicht restrukturiert wird und in einen „Zombie-Status“ fällt.

On the one side, the Valad Property Group offered a consensual restructuring, where it should take over the asset management of the real properties. This did not provide for an equity participation of the bidder. The goal was to stabilize the portfolio by selling off and repositioning the real properties. Valad would have received 50 percent of its remuneration only upon successful repayment of the A-tranche. It would have been necessary to postpone the repayment of the bonds until February 2016. Junior bond classes would have had to expect a significant loss depending on the future restructuring success.

On the other side, a joint venture of Texas Pacific Group (TPG) and Patron Capital presented a so-called “Credit Bid”. According to it, an SPV will acquire the distressed senior loan. The bond holders of senior A receive an immediate cash payment of 40 percent of their tranche, but simultaneously provide a new loan with a loan to value of 60 percent and thus a seller’s financing. Additional debt financing comes from a bank loan in an amount of EUR 215 million. The junior classes B through D, however, drop out completely.

During the note holder meeting, a vote was first cast about the Valad bid. Here, a 75 percent consent in all classes would have been required. As expected, this was not achieved in the A class. The creditors voted on the offer of the joint venture next, where the 75 percent consent of only the A class was sufficient, which was reached easily. The offer of TPG/Patron Capital was thereby accepted. Market observers had feared that both offers would fail, that the transaction would not be restructured, and fall into a “zombie-like state”.

## RECHTLICHE BESONDERHEITEN

Die Transaktion ragt aus mehreren Gründen heraus. Zum einen ist das der bis dato untypische Verkauf des Seniordarlehen aus der CMBS-Struktur heraus, denn häufig ist dem Darlehnservicer gerade dies in seinem Servicing-Vertrag ausdrücklich untersagt. Ermöglichen kann dies meist nur ein Beschluss der Bondholder. Der Darlehnsverkauf bei Opera-Uni-Invest war nicht der erste Verkauf aus einer CMBS-Struktur: aus dem Markt ist ein Darlehnsverkauf aus dem Januar 2012 bestätigt, der jedoch mit wesentlich kleinerem Volumen von rund EUR 5 Mio. stattfand – ein Beleg dafür, dass diese neue Exit-Option künftig auch im kleinteiligeren Massengeschäft der Servicer möglich sein wird.

Zum anderen beeindruckt die Verkäuferfinanzierung. Die Finanzierung durch den Verkäufer war in den vergangenen Jahren beim Verkauf von Darlehen, B-Notes etc. weit verbreitet. Verkäufer waren meist Banken, die mit der Verkäuferfinanzierung eines Abverkaufs ihr Risiko dennoch signifikant reduzieren konnten. Dagegen ist einem CMBS-Vehikel als solches nicht möglich, weitere Kredite zu begeben; anders als die Anleihegläubiger, die in der Transaktion eine besondere Form der (indirekten) Verkäuferfinanzierung zur Verfügung gestellt haben.

Hier hat zudem eine Rolle gespielt, dass auch die Anleihen bereits zur Fälligkeit anstanden (man spricht von „legal final maturity“) und auch auf dieser Ebene ein Default vorlag. Dadurch ändern sich noch einmal die Regeln für die Beteiligten innerhalb der Struktur und erleichtern die Verwertung.

Besondere Beachtung verdient das Abstimmungsverfahren in der Gläubigerversammlung. Hier waren unterschiedliche Mehrheiten erforderlich. Leider ist dies in europäischen CMBS nicht einheitlich gestaltet, weshalb bei jeder Transaktion erneut sehr genau geprüft werden muss, ob nicht einzelne eine für die Restrukturierung notwendige Entscheidungen der Anleihegläubiger blockieren können.

Befürchtet wurde, dass es in der A-Klasse Gläubiger gibt, die gleichzeitig in den ausfallenden B bis D-Klassen investiert sind und daher eine Entscheidung innerhalb der Klasse A behindern würden.

## LEGAL PARTICULARITIES

The transaction is remarkable due to several reasons. First of all, the sale of the senior loan out of the CMBS structure has been untypical so far, because the loan servicer is often expressly prohibited from doing so under the servicing agreement. In many cases, only a resolution of the bond holders can make this possible. The sale of the loans at Opera Uni-Invest was not the first sale out of a CMBS structure: a loan sale from January 2012 has been confirmed by the market, which occurred with a significantly smaller volume of about EUR 5 million. It evidences that this new exit opinion will be available in the future also for the smaller-scale mass business of loan servicers.

On the other side, the seller financing was impressive. Financing by the seller had been very common during the last several years when selling loans, B notes, etc. The sellers were mostly banks, who were nevertheless able to reduce their risks significantly through a seller financing of a sale. For a CMBS vehicle as such, on the other hand, it is not possible to issue additional loans; unlike the bond holders, who provided in this deal a special form of (indirect) seller financing.

Furthermore, it had an impact that the bonds had already become due for repayment (so-called “legal final maturity”) and that a default had occurred on this level. This changes the rules again for the participants within the CMBS-structure and facilitates a realization/restructuring.

The voting process in the creditors’ meeting deserves particular attention. Different majorities were necessary. Regrettably, there is no uniform structure for this in European CMBS, which is why it has to be examined very carefully during each transaction, whether individuals are able to block decisions of the bond holders that are necessary for the restructuring.

The fear was that there are A class creditors, who are also invested in the failing classes B through D and would therefore obstruct a decision within class A. This risk was not realized, however, but it shows that interests may be contradictory even within a single bond class.

Realisiert hat sich dieses Risiko nicht, jedoch zeigt es, dass die Interessenlage selbst innerhalb einer Bond-Klasse widersprüchlich sein kann.

Da es sich bei CMBS-Bonds um börsennotierte Wertpapiere handelt, sind kursrelevante Informationen vom Emittenten zu publizieren. Die entsprechenden Mitteilungen über die Restrukturierungsbemühungen und die beiden konkurrierenden Angebote wurden durch Analysten ausgewertet und teilweise öffentlich kommentiert, sodass ein transparentes Bieterverfahren entstand.

Im Ergebnis zeigt die aktuelle Entscheidung der Anleihegläubiger erneut, dass es möglich ist, mit der zunächst anonymen Menge der Gläubiger in einen fruchtbaren Dialog zu treten – in der Transaktion war ein informelles Steering Committee der wichtigsten Gläubiger eingeschaltet – um zu einer wirtschaftlich tragfähigen Lösung zu gelangen.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Aufgrund ihrer Komplexität und der Vielzahl von Beteiligten galten CMBS-Transaktionen zunächst als nicht restrukturierbar. Nach und nach hat der Markt jedoch gangbare Lösungen entwickelt, wobei immer wieder herausragende Restrukturierungslösungen als Blaupausen für Folgetransaktionen verwendet werden. Exemplarisch sei hier z. B. die Highstreet-Transaktion aus 2010 genannt. Im Rahmen der Restrukturierung der Finanzierung der Karstadt-Immobilien galt es die Belange einer CMBS-Struktur (Fleet Street Finance Two), eine Pfandbriefbank (Valovis) und verschiedener Mezzanine-Gläubiger unter einen Hut zu bekommen. Erstmals wurde dabei die Laufzeit der CMBS-Bonds durch ein Votum der Anleihegläubiger verlängert, was ähnlich gelagerte Restrukturierungen in der Folge wesentlich vereinfacht hat. Ähnliches ist nun in der Folge von „Opera-Uni-Invest“ zu erwarten.

Gleichzeitig konkretisiert der Ausfall der Anleiheklassen B bis D die Befürchtung, dass bei wirtschaftlich schwachen CMBS-Anleihen zunächst noch ein signifikanter Kapitalschnitt erforderlich ist, bevor so manche Struktur wirtschaftlich auf neue Füße gestellt werden kann.

Since the CMBS bonds are listed securities, the issuer is required to publish price-relevant information on the relevant stock exchange. The corresponding announcements about the restructuring efforts and the two competing offers were analyzed by analysts and publicly commented on, resulting in a transparent and open bidding process.

The current decision of the bond holders shows again that it is possible to enter into a productive dialogue with the initially anonymous mass of bond holders – an informal steering committee of the most important bond holders was established in the transaction – in order to reach a economically viable solution.

#### IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

Due to its complexity and the numerous participants, CMBS transactions were initially considered as incapable of being restructured. The market has gradually developed feasible solutions and outstanding restructuring solutions are repeatedly used as blueprints for subsequent transactions. The Highstreet transaction of 2010 should be mentioned as an example here. During the course of the restructuring of the financing of the Karstadt real properties, it was necessary to align the interests of a CMBS structure (Fleet Street Finance Two), a special mortgage bank (Valovis), and of various mezzanine creditors. For the first time, the term of the CMBS bonds was extended by a vote of the bond holders, which significantly simplified similar restructurings afterwards. Something similar can now also be expected after “Opera Uni-Invest”.

At the same time, the loss of the bond classes B through D crystallized the fear that a significant capital cut is necessary in the case of economically weak CMBS bonds before any structure can be placed on a new economic basis.

Besondere Bedeutung hat dies für den europäischen Markt für leistungsgestörte Kredite. Opportunistische Fonds als potentielle Käufer sind schon seit einiger Zeit wieder bereit und auch Fremdkapital steht für den Erwerb von leistungsgestörten Darlehen nachweislich zur Verfügung. Jedoch zeigen sich deutsche Banken im Moment als Verkäufer zurückhaltend, da sie zum einen ihren eigenen Work-out-Kapazitäten vertrauen und zum anderen (noch) geringen Verkaufsdruck verspüren.

Wenn sich nun die bisher eher am Rand stehenden CMBS-Vehikel als Verkäufer positionieren und damit gleichzeitig die dringende CMBS-Refinanzierungsfrage gelöst wird, steht dem Handel mit Immobiliendarlehen spannende Zeiten bevor. Morgan Stanley geht von EUR 48 Mrd. auslaufenden CMBS-Darlehen allein für die nächsten drei Jahre aus – mit einem Schwerpunkt in UK und D.

This is of particular importance for the European market for distressed real estate loans. Opportunistic funds as potential buyers have been ready for some time again and debt capital is proven to be available for the acquisition of distressed loans. However, German banks are currently reluctant as sellers, since they first of all trust in their own work-out capacities and since they secondly (still) feel little selling pressure.

If the CMBS vehicles, which have so far rather been on the sidelines, position themselves as sellers now which may resolve the urgent CMBS refinancing question at the same time, trading in real estate loans will be facing interesting times. Morgan Stanley anticipates EUR 48 billion in expiring CMBS loans for the next three years alone – with a focus in the UK and Germany.

ELMAR GÜNTHER, MAÎTRE EN DROIT  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Elmar Günther berät nationale und internationale Investoren und Banken bei ihren Immobilien-Investitionen in Deutschland. Sein Beratungsschwerpunkt liegt in den Bereichen Immobilientransaktionen und Immobilienfinanzierung.

ANNIKA BAUTZ  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Annika Bautz berät nationale und internationale Mandanten bei sämtlichen immobilienrechtlichen Fragestellungen. Schwerpunktmäßig berät sie hierbei im Bereich des Öffentlichen Bau- und Planungsrechts, des Gewerberaummietrechts sowie bei Immobilientransaktionen.

FRANK DAVID ENDEBROCK  
PARTNER, FRANKFURT

Frank David Endebrock berät Mandanten im Bereich Immobilienrecht, gewerbliche Miete und Prozessführung. Weiterhin berät er internationale Immobilieninvestoren im Zusammenhang mit dem Kauf und Verkauf von Immobilienportfolios. Zu seinen Mandanten zählt u. a. eine deutsche Versicherungsgruppe, für die er im Bereich Immobilieninvestitionen im europäischen In- und Ausland tätig ist.

FLORIAN WITZEMANN  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Florian Witzemann ist ein Associate in der Immobilienrechtspraxis des Frankfurter Büros. Er berät Investoren im Immobilientransaktionsgeschäft zu Fragen des gewerblichen Mietrechts, Vertragsgestaltungen und Due Diligence. Florian Witzemann verstärkt seit 2010 das Team bei Mayer Brown.

ELMAR GÜNTHER, MAÎTRE EN DROIT  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Elmar Günther advises national and international investors and banks in their investments in German real estate. He advises on real estate transactions and on real estate finance.

ANNIKA BAUTZ  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Annika Bautz advises national and international clients on all matters related to German real estate. In particular, she advises on planning/zoning and public building law as well as on all issues related to commercial leases and real estate transactions.

FRANK DAVID ENDEBROCK  
PARTNER, FRANKFURT

Frank David Endebrock concentrates his practice on real estate transactions, commercial leases, and litigation. He advises domestic and foreign investors in all matters related to real estate, due diligence, and portfolio transactions. Another of his practice areas is advising regulated domestic investors in foreign investments. Frank is also frequently retained by the Federal State of Hessen for court representation.

FLORIAN WITZEMANN  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Florian Witzemann is an associate in the Real Estate practice of the Frankfurt office. He advises investors on real estate transactions, including commercial tenancy law, drafting contracts and due diligence. Florian joined Mayer Brown in 2010. In addition to his native German, he speaks English.

SLAVEN KOVACEVIC  
ASSOCIATE, DÜSSELDORF

Slaven Kovacevic ist Associate im Bereich Real Estate im Düsseldorfer Büro und seit Januar 2012 für Mayer Brown tätig. Zudem ist er Mitglied der Life Sciences Praxis, wobei sein Schwerpunkt dort in der Beratung von Unternehmen der Pharma- und Medizinprodukteindustrie sowie auf der prozessrechtlichen Unterstützung zu Fragen der Produkthaftung liegt.

MATTHIAS J. MECKERT  
PARTNER, FRANKFURT

Matthias Meckert berät Investoren und Banken bei ihren (meist grenzüberschreitenden) Investitionen in deutsche Immobilien. Er verfügt über langjährige Erfahrung mit unterschiedlichen Typen von Immobilieninvestments (direkt und indirekt, sale-and-lease-back etc.) und Immobilienfinanzierungsstrukturen. Zudem bietet er umfassende Strategien zur Restrukturierung von Immobiliendarlehen einschließlich CMBS-Strukturen, sowie zu Immobilien in der Krise.

SLAVEN KOVACEVIC  
ASSOCIATE, DÜSSELDORF

Slaven Kovacevic is an associate in the Düsseldorf office and joined Mayer Brown's Real Estate practice in January 2012. In addition, he is member of the firm's Life Sciences practice. In this field Slaven specifically advises companies from the pharmaceutical and medical devices industries and, inter alia, provides advice in litigation related product liability law.

MATTHIAS J. MECKERT  
PARTNER, FRANKFURT

Matthias Meckert advises investors and banks in their (mostly cross-border) investments in German real estate. He is respected for his thorough experience of various types of real estate investments (direct and indirect, sale-and-lease-back etc.) and of real estate finance structures. In addition, he provides comprehensive strategies on restructuring of real estate loans including CMBS structures, as well as on distressed real estate assets.



## About Mayer Brown

Mayer Brown is a global legal services organization advising clients across the Americas, Asia and Europe. Our presence in the world's leading markets enables us to offer clients access to local market knowledge combined with global reach.

We are noted for our commitment to client service and our ability to assist clients with their most complex and demanding legal and business challenges worldwide. We serve many of the world's largest companies, including a significant proportion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest banks. We provide legal services in areas such as banking and finance; corporate and securities; litigation and dispute resolution; antitrust and competition; US Supreme Court and appellate matters; employment and benefits; environmental; financial services regulatory & enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

### OFFICE LOCATIONS

#### AMERICAS

- Charlotte
- Chicago
- Houston
- Los Angeles
- New York
- Palo Alto
- Washington DC

#### ASIA

- Bangkok
- Beijing
- Guangzhou
- Hanoi
- Ho Chi Minh City
- Hong Kong
- Shanghai
- Singapore

#### EUROPE

- Brussels
- Düsseldorf
- Frankfurt
- London
- Paris

#### TAUIL & CHEQUER ADVOGADOS

in association with Mayer Brown LLP

- São Paulo
- Rio de Janeiro

#### ALLIANCE LAW FIRM

- Spain (Ramón & Cajal)

Please visit [www.mayerbrown.com](http://www.mayerbrown.com) for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices.

Mayer Brown is a global legal services provider comprising legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe - Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorized and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated entities in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

This publication provides information and comments on legal issues and developments of interest to our clients and friends. The foregoing is not a comprehensive treatment of the subject matter covered and is not intended to provide legal advice. Readers should seek legal advice before taking any action with respect to the matters discussed herein.

© 2012. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.

