

# Real Estate

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

- 2 Wirksamkeit von Wertsicherungsklauseln nach dem Preisklauselgesetz  
Validity of indexation clauses under the Price Clause Act (*Preisklauselgesetz*)
  
- 6 Auskunfts- und Vorlagepflichten des Mieters gegenüber dem Vermieter bei Untervermietung im gewerblichen Mietverhältnis  
Information and documentation obligations of the lessee vis-à-vis the lessor in the case of sub-leasing under a commercial lease
  
- 10 Eintritt des Grundstückserwerbers in den Anspruch auf Kautionsleistung  
Entry of the acquirer of a real property into the claim for payment of the security deposit
  
- 13 Zur Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit eines Mieters bei Mietzahlungsausfall aufgrund der Nichtausführung von Daueraufträgen oder Rückgabe von Lastschriften  
On the knowledge of the impending inability of a lessee to pay based upon the non-execution of money transfer orders or return of direct debits



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

Wirksamkeit von Wertsicherungsklauseln nach dem Preisklauselgesetz

OLG Brandenburg, Urteil vom 17. Oktober 2012 – 11 O 153/10

**Seit Einführung des Preisklauselgesetzes vom 7. September 2007, mit dem die Preisklauselverordnung abgelöst wurde, ist die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Vorschriften durch eine Wertsicherungsklausel nach vorherigem Recht unklar. Die Übergangsvorschrift gilt nur für ausdrücklich genehmigte Klauseln. Im Übrigen gilt § 8 PrKlG, nach dem Preisklauseln erst ab gerichtlicher Feststellung unwirksam sind.**

#### SACHVERHALT

Unter anderem geht es in dem Rechtsstreit um Pachtnachforderungen des Verpächters als Kläger für die Zeit von Dezember 2004 bis Mai 2008 aufgrund einer vertraglichen Wertsicherungsklausel aus dem Jahr 2000. Als Laufzeit hatten die Parteien fünf Jahre vereinbart mit dem einseitigen Recht des Pächters, das Pachtverhältnis um weitere fünf Jahre zu verlängern. Der Pächter hatte Nebenkosten unmittelbar selbst zu tragen und hatte nur für wenige genau bestimmte Nebenkostenarten dem Verpächter nach Rechnungsstellung verauslagte Nebenkosten zu erstatten. Mündlich vereinbarten die Parteien nachträglich eine monatliche Nebenkostenzahlung (unklar ob als Vorauszahlung oder Pauschale) an den Verpächter.

#### INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Das Gericht überprüft richtigerweise die Wirksamkeit der Wertsicherungsklausel anhand des neuen Preisklauselgesetzes, obwohl die Klausel schon im Jahr 2000 vereinbart wurde.

Validity of indexation clauses under the Price Clause Act (*Preisklauselgesetz*)

OLG Brandenburg, decision of October 17, 2012 – 11 O 153/10

**Since the introduction of the Price Clause Act of September 7, 2007, which replaced the Price Clause Directive (*Preisklauselverordnung*), the legal consequence of a violation against the provisions by an indexation clause under the previous law is unclear. The transition provision applies only to explicitly approved clauses. Beyond this, Section 8 PrKlG applies, according to which price clauses are ineffective only after a judicial determination.**

#### FACTS

The legal dispute deals, *inter alia*, with subsequent increased rent claim of the lessor as plaintiff for the period from December 2004 until May 2008 based on a contractual indexation clause from 2000. The parties agreed a leasehold term of five years with the lessee being entitled to unilaterally extend the term by further five years. According to the contractual provisions, the lessee had to bear the service charge himself directly and reimburse the lessor only for a few precisely specified kinds of service charge costs upon invoice. Subsequently, the parties orally agreed on a monthly service charge payment (unclear whether as advance payment or lump sum) to the lessor.

#### CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The court correctly assesses the validity of the indexation clause pursuant to the new Price Clause Act, although the agreement dates from 2000. The reason is, that the transitional rule

Hintergrund hierfür ist, dass die Überleitungsvorschrift in § 9 Abs. 1 PrKlG nur für ausdrücklich genehmigte oder ausdrücklich als nicht genehmigungsbedürftig beschiedene Altklauseln (Negativtest) die Fortgeltung der Preisklauselverordnung anordnet.

Vorliegend war die Klausel aber nicht genehmigt, sondern war nach der Genehmigungsfiktion der Preisklauselverordnung damals wirksam vereinbart worden. Die identisch in das Preisklauselgesetz übernommene Genehmigungsfiktion setzt dabei den Verzicht des Vermieters auf ein ordentliches Kündigungsrecht für mindestens zehn Jahre oder das Recht des Mieters voraus, einseitig die Mietzeit auf zehn Jahre zu verlängern. Vorliegend konnte der Pächter die Vertragslaufzeit einseitig auf zehn Jahre verlängern.

Die Fiktion der Genehmigung entfällt aber auch bei späterem Fortfall der Voraussetzungen. Insbesondere führt ein Verstoß gegen die Schriftform dazu, dass die Vereinbarung über die Vertragslaufzeit unwirksam ist und der auf unbestimmte Zeit geschlossene Vertrag jederzeit von beiden Parteien ordentlich gekündigt werden kann. Hier liegt der Verstoß gegen die Schriftform in einer später erfolgten mündlichen Änderung des Vertrages. Den nachträglichen Wechsel in der Nebenkostenzahlung sieht das Gericht als eine wesentliche Vertragsänderung an. Begründet wird dies durch das Gericht vor allem mit der Erweiterung der Kündigungsmöglichkeiten für den Verpächter und der relativen Höhe der Zahlung, die knapp 15 Prozent der Grundmiete beträgt. Denn die Nichtzahlung des Mieters hinsichtlich dieser Nebenkostenzahlung über zwei Termine eröffnet Kündigungsmöglichkeiten nach §§ 581 Abs. 2, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB.

Die Unwirksamkeit der Wertsicherungsklausel soll aber nach dem Gericht nicht erst bei gerichtlicher Feststellung, sondern sofort ab Eintritt des Schriftformverstoßes eintreten.

Nach dem Preisklauselgesetz ist eine Klausel, die gegen die Vorschriften des Gesetzes verstößt unwirksam (§ 1 PrKlG). Allerdings tritt die Unwirksamkeit erst mit formell rechtskräftiger gerichtlicher Feststellung und nur für die Zukunft ein (§ 8 Abs. 1 PrKlG). Abweichend davon kann aber eine frühere

under Section 9 paragraph 1 PrKlG provides for the continued application of the Price Clause Directive (PrKlV) only for existing clauses which have been either explicitly permitted or for which a permit has been confirmed to be unnecessary (negative clearance). In the case at hand, the indexation clause had not been permitted but was initially agreed based on the fictitious approval according to the stipulation of the Price Clause Directive. The respective stipulation has been included in the Price Clause Act without changes and requires either the lessor's waiver of its ordinary termination right for a time of at least ten years or the lessee's unilateral right to extend the lease term to ten years. At hand, the lessee was entitled to extend the term to ten years in total.

However, such fictitious approval is discontinued upon the pre-requirements not being met anymore. In particular, a non-compliance with the written-form requirement entails the invalidity of the agreed term. The lease agreement can be terminated by either party at any time. In the present case, the violation of the written-form requirement consists of the subsequent oral amendment of the contract. The court considers the subsequent change regarding service charge payments as a material change of the contract. This is substantiated by the court primarily with the relative amount of the payment, which amounts to nearly 15 percent of the base rent and the expansion of the lessor's abilities to terminate the agreement and; because the non-payment by the lessee in respect to this service charge payment on two dates opens up the ability to terminate pursuant to Sections 581 paragraph 2, 543 paragraph 2 sentence 1 No. 3 of the German Civil Code (BGB).

According to the court, however, the invalidity of the indexation clause occurs not only when determined by the court, but immediately as soon as the written-form requirement is violated.

According to the Price Clause Act, a clause that violates the provisions of the law is invalid (Section 1 PrKlG). However, the invalidity is caused only once it has been established by a court in a legally binding way and only for the future (Section 8 paragraph 1). In deviation from this, earlier invalidity, e.g. from the outset or from the time of assertion of the invalidity, may be agreed upon.

Unwirksamkeit, z. B. von Anfang an oder ab Geltendmachung der Unwirksamkeit, vereinbart werden.

Nun wird § 8 PrKlG im Hinblick auf seine Wirkung für bereits vor seiner Einführung vereinbarte Klauseln unterschiedlich ausgelegt. Eine Ansicht knüpft an den Wortlaut der Überleitungsvorschrift an und folgert daraus, dass alle Klauseln, die nicht vorher genehmigt wurden oder für die ein ausdrückliches Negativattest vorlag, dem Preisklauselgesetz und damit auch der Regelung zur Unwirksamkeit unterliegen. Demnach müssten auch für (unwirksame) Wertsicherungsklauseln nach alter Rechtslage die gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit erwirkt werden. Andernfalls blieben die Klauseln anwendbar. Dagegen sieht – so das Gericht – eine andere Ansicht in der Anknüpfung an den Verstoß „gegen dieses Gesetz“ (d. h. dem Preisklauselgesetz) den Beleg dafür, dass diese Regelung nur für solche Klauseln gelten soll, die nach den Bestimmungen des Preisklauselgesetzes vereinbart wurden. Dieser Ansicht schließt sich das Gericht an. Dabei beruht die Darstellung der übernommenen Sichtweise allerdings auf einem Missverständnis. Nach der zitierten Ansicht bezieht sich diese Aussage nämlich nur auf das Verhältnis zu einer Unwirksamkeit einer Klausel aus anderen Gründen, z. B. als unangemessen benachteiligende allgemeine Geschäftsbedingung. Die Anwendbarkeit des § 8 PrKlG auf alle auch vorher vereinbarten Wertsicherungsklauseln wird dagegen nicht in Frage gestellt.

Letztlich argumentiert das Gericht weiter, dass die Unwirksamkeit der Klausel bereits vor Einführung des Preisklauselgesetzes zum Zeitpunkt des Schriftformverstößes eingetreten sei. Nach früherer Rechtslage trat die Unwirksamkeit unmittelbar ein. Die Einführung des Preisklauselgesetzes habe der Klausel nicht zur Wirksamkeit verhelfen können. Hierzu argumentiert das Gericht mit BGH-Rechtsprechung zu anderen Rechtsgebieten, nach der eine Aufhebung eines Verbotsgesetzes die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die vor Aufhebung unter Verstoß gegen das Gesetz abgeschlossen wurden, unberührt lässt. Vorliegend sei ja das Verbotsgesetz der Preisklauselverordnung lediglich durch die Einführung des Preisklauselgesetzes modifiziert worden.

Section 8 PrKlG is interpreted differently in respect to its effect on clauses already agreed prior to its introduction. One legal view derives from the wording of the transition provision that all clauses, which were not previously approved or for which an explicit negative clearance was obtained, are subject to the Price Clause Act and thus also the rule regarding invalidity. Accordingly, the judicial establishment of invalidity would have to be caused also for (invalid) indexation clauses under the former legal situation. Otherwise, the clauses would remain applicable. Another view considers – as interpreted by the court – the reference to the violation “against this law” (i.e. the Price Clause Act) as evidence that this rule is only meant to apply to those clauses, which were agreed in accordance with the provisions of the Price Clause Act. The court adopts this view, however, the interpretation by the court is based on a misunderstanding. According to the cited view, this citation pertains only to the relationship to the invalidity of a clause due to other reasons, e.g. as an unreasonably discriminating general term and condition. The applicability of Section 8 PrKlG to all previously agreed indexation clauses, however, is not questioned.

Finally, the court argues that the invalidity of the clause had occurred already prior to the introduction of the Price Clause Act at the time of violation against the written-form requirement. The invalidity occurred immediately under the former legal situation and the mere introduction of the Price Clause Act was not capable of making the clause effective. The court refers to case law of the German Federal Court of Justice (BGH) regarding other matters of law in its argument here, according to which the annulment of a prohibiting statute leaves unaffected the invalidity of legal transactions, which were concluded prior to the annulment in violation of the statute. In the present case, the prohibiting statute (i.e. the Price Clause Directive) had merely been modified by the Price Clause Act.

## AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Sicherlich erscheint die Regelung des § 8 Preisklauselgesetz weder sprachlich besonders gelungen, um alle Zweifel auszuräumen, noch scheint der Gesetzgeber die wirtschaftlichen Folgen insgesamt bedacht zu haben. Dennoch ist zweifelhaft, ob die dogmatische Begründung des Gerichts mit der gesetzlichen Regelung und dem Willen des Gesetzgebers in Einklang zu bringen ist.

Die Entscheidung des Gerichts führte letztlich dazu, dass die Einführung des Preisklauselgesetzes für alle vor dem 14. September 2007 abgeschlossenen Verträge mit fingiert genehmigten Klauseln faktisch keine Auswirkung hätte. Es bleibt abzuwarten, ob diese Rechtsprechung sich durchsetzt und wie der Bundesgerichtshof zu dieser Frage entscheiden wird. Sofern die Genehmigungsfiktion einer Wertsicherungsklausel – wie in den meisten Fällen durch einen Schriftformverstoß oder anderweitig – zerstört wird oder nicht greift, kommt es vor allem darauf an, ob dieser Verstoß vor Einführung des Preisklauselgesetzes erfolgte. Ist dies der Fall, sollte ein Mieter vorsichtshalber sich nicht auf die sofortige Unwirksamkeit verlassen, sondern zusätzlich auch die gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit betreiben. Andererseits wird ein Vermieter vorsichtshalber berücksichtigen müssen, dass die Klausel auch ohne Gerichtsurteil bereits unwirksam sein kann und Mietnachforderungen gegebenenfalls nicht durchsetzbar sind.

Andere Varianten, unmittelbar eine Anpassung durchzusetzen, begegnen in der Praxis ebenfalls Schwierigkeiten: Zwar hatten die Parteien auch vorliegend vereinbart, dass bei Unwirksamkeit der Wertsicherungsklausel eine wirksame Regelung aufzunehmen sei, die das wirtschaftlich Gewollte abbildet. Allerdings ist zur Durchsetzung dieses Anspruchs nach richtiger Ansicht des Gerichts die andere Partei erst einmal auf Abgabe einer entsprechenden Erklärung zu verklagen. An die Darlegung des Vermieters zur Anpassung der Miete aus Billigkeit werden vom Gericht sehr hohe Anforderungen gestellt. Es geht um den Nachweis, dass die Anpassung nicht nur wegen allgemeinen Anstiegs des Mietniveaus sondern vor allem für vergleichbare Objekte billig ist. Je nach Besonderheit des Objektes sind hierfür aber gegebenenfalls überhaupt keine Vergleichsdaten oder Vergleichsobjekte vorhanden.

## IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The rule of Section 8 Price Clause Act appears neither particularly well-worded to leave no doubt, nor does it seem that the legislator has considered the economic consequences in their entirety. It is nevertheless doubtful, whether the dogmatic explanation of the court can be reconciled with the statutory rule and the will of the legislator.

The eventual result of the court's decision is that the introduction of the Price Clause Act would have no factual effect on all contracts concluded prior to September 14, 2007 with fictitiously approved indexation clauses. It remains to be seen, whether this case law will prevail and how the German Federal Court of Justice will decide in respect to this issue. If the fictitious approval of an indexation clause is cancelled – as in most cases due to a violation of the written-form requirement or otherwise – or does not apply, it will particularly depend on whether this violation occurred prior to the introduction of the Price Clause Act. If this was the case, a lessee should not rely on the immediate invalidity for reasons of precaution, but also pursue the judicial establishment of the invalidity. On the other hand, a lessor as a matter of precaution will have to take into account that the clause already may be invalid without a court decision and that subsequent claims for rent might not be enforceable.

Other alternatives to immediately enforcing an adjustment also face difficulties in practice: even though the parties had also agreed in the present case that an effective rule, which resembles the economic intent, should be included if the indexation clause was invalid; however, according to the correct view of the court, the other party will first have to be sued for the issuance of a corresponding declaration in order to enforce this claim. The court sets high standards for the lessor's statements for the adjustment of the rent for reasons of equitableness. It must be demonstrated that the adjustment is justified due to not only the general increase of the rent level but in particular for comparable objects. However, depending on the particularities of the object, there may not be any comparable data or comparable objects at all.



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

Auskunfts- und Vorlagepflichten des Mieters gegenüber dem Vermieter bei Untervermietung im gewerblichen Mietverhältnis

Oberlandesgericht Düsseldorf,  
Urteil vom 20. September 2012  
– I-10 U 33/12

**Nach Ansicht des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf bestehen Ansprüche des Vermieters gegen den Mieter auf Auskunfts- und Belegerteilung über die Konditionen einer Untervermietung nur in besonderen Konstellationen.**

#### LEITSATZ

Auskunfts- oder Belegansprüche hinsichtlich der aus einer Untervermietung erzielten Einkünfte bestehen bei Vorliegen eines anerkanntswerten Informationsinteresses des Vermieters. Nur die Rechtsstellung als Vermieter rechtfertigt ein solches Informationsinteresse noch nicht. Das Informationsinteresse im Hinblick auf die Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung nach § 540 Abs. 1 BGB spielt nach der Erteilung keine Rolle mehr.

#### SACHVERHALT

Ein unternehmerisch tätiger Mieter hat Räume untervermietet. Der durch Rechtsnachfolge (§ 566 BGB) als Erwerber neu in das Mietverhältnis eingetretene Vermieter verlangt Auskünfte und Belege über die Konditionen der Untervermietung, u. a. die Höhe der erzielten Untermieterträge. Nachdem die Vorinstanz den Vorlageanspruch wegen des späteren Eintritts des Vermieters in die Mietsituation bejaht hatte, hat das OLG den Anspruch als nicht gegeben abgewiesen und das Urteil insoweit aufgehoben.

Information and documentation obligations of the lessee vis-à-vis the lessor in the case of sub-leasing under a commercial lease

Higher Regional Court Düsseldorf, decision of September 20, 2012 – I-10 U 33/12

**According to the opinion of the Higher Regional Court (OLG) Düsseldorf, claims of the lessor against the lessee for providing information and documentation about the terms of a sub-lease exist only in very special constellations.**

#### HEAD NOTE

Information or documentation claims in respect to the revenue generated from sub-leasing exist only if the lessor has got a recognisable interest for the information. The legal position as lessor alone does not yet justify such an information interest. The information interest in respect of the granting of a subletting permission pursuant to Section 540 paragraph 1 of the German Civil Code (BGB) no longer plays a role once it has been issued.

#### FACTS

A commercially active lessee has sub-leased rooms. The lessor, who succeeded into the lessor position as an acquirer by way of legal succession (Section 566 BGB), has demanded information and documentation about the conditions of the sub-lease, including the amount of revenue generated by the sub-lease. After the prior instance had upheld the documentation claim because of the succession of the lessor into the lease, the OLG rejected the claim as non-existent and insofar reversed the decision.

## INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Das OLG hat sich mit der Frage beschäftigt, auf welche Rechtsgrundlage ein Auskunftsverlangen des Vermieters gestützt werden könnte, und hat im entschiedenen Fall eine Grundlage verneint. Eine gesetzliche Regelung für einen Auskunftsanspruch besteht nicht. Ob hierfür auf die Grundsätze von Treu und Glauben zurückgegriffen werden kann, brauchte das OLG letztlich nicht zu entscheiden. Denn dafür müsse ein berechtigtes Informationsinteresse bestehen, welches im entschiedenen Fall nicht gegeben war. Aus dem Tatbestand der Rechtsnachfolge auf der Vermieterseite könne das berechnigte Informationsinteresse nicht abgeleitet werden, auch wenn der Erwerber einer Immobilie nicht die gleichen Informationen zur Verfügung hat wie der Veräußerer. Zur Begründung zieht das OLG die Argumentation heran, dass ein Erwerbsinteressent die Möglichkeit hat, die einzelnen Umstände einer Untervermietungserlaubnis bei dem Veräußerer zu erfragen. Der Erwerber sei hierdurch ausreichend geschützt. Darüber hinaus dürfe der Mieter wegen der Veräußerung des Grundstücks nicht mit weitergehenden Informationspflichten konfrontiert werden, als ohne Vermieterwechsel, was dem Zweck der Rechtsnachfolgevorschriften der §§ 566 ff. BGB entspreche.

Abgesehen von den vor Erteilung der Untervermietungserlaubnis notwendigen Angaben vermag das OLG im laufenden Mietverhältnis kein berechtigtes Informationsinteresse des Vermieters über sonstige Untervermietungskonditionen zu erkennen. Das autonome Nutzungsrecht des Mieters sei anzuerkennen. Allgemeine Kontrollbefugnisse oder gar Rechenschaftsansprüche räume das Gesetz dem Vermieter nicht ein. Der Mieter sei im Rahmen des vereinbarten Nutzungszwecks in der Ausübung seiner Tätigkeit frei, was bei bestehender Erlaubnis entsprechend für die Untervermietung gelte, da dies ebenfalls eine zulässige Form der gewerblichen Betätigung sei. Nur im Falle einer Umsatzmiete sei anzuerkennen, dass der Vermieter die genauen Konditionen der Umsatzergebnisse des Mieters in den Räumen kennen muss; ansonsten bestehe keine entsprechende Beteiligung des Vermieters an dem wirtschaftlichen Erfolg des Mieters, die ein Auskunftsverlangen rechtfertigen könnte. Gleichzeitig stellt das OLG fest, dass eine Informationspflicht hinsichtlich bereits begründeter Untermietverhältnisse allenfalls bei Vorliegen besonderer Umstände aus § 242 BGB abgeleitet werden könne.

## CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The OLG addressed the question of the legal basis on which a demand of the lessor for information could be based and rejected a basis in the decided case. There is no statutory rule for a claim for information. The OLG did not have to finally decide whether a recourse to the principles of good faith is possible here; because there would have to be a recognisable information interest which does not exist in the case. The recognisable information interest could not be derived from the fact of legal succession on the lessor side, even if the acquirer of real property does not have the same information at his disposal as the seller. In order to justify this, the OLG argues that a prospective acquirer should rely on the opportunity to inquire with the seller about the detailed circumstances of a sub-leasing permission. This provides for sufficient protection for the acquirer. Beyond this, the lessee should not be confronted with further-reaching information obligations because of a sale and transfer of the real property than without a succession of the lessor, which corresponds to the purpose of the legal succession provisions in Sections 566 *et seq.* BGB.

Except for the information that is necessary prior to the granting of the subletting permission, the OLG cannot recognize another justified interest of the lessor in information about other sub-leasing conditions during an existing lease. The autonomous usage right of the lessee has to be recognized. The law does not grant any general control rights or even accountability claims to the lessor. The lessee is free to engage in his activities within the scope of the agreed purpose, which applies accordingly to the permitted sub-lease, since this also constitutes a permitted form of commercial activity. Only in case of a turnover rent could be recognized that the lessor needs to know the exact conditions of the sales results of the lessee in the premises; beyond that, no corresponding participation of the lessee in the economic success of the lessee exists which could justify a demand for information. The OLG determined at the same time that an information obligation in respect to already established sub-leases could be derived under special circumstances from Section 242 BGB.

## AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Frage der Auskunft über Untermietkonditionen ist bislang soweit ersichtlich in der mietrechtlichen Rechtsprechung und Kommentierung nicht thematisiert worden. Daher liefert das aktuelle Urteil des OLG Düsseldorf Hinweise zur Rechtslage in der genannten Konstellation.

Viele Urteile und Veröffentlichungen beschäftigen sich mit Informationspflichten des Mieters bei dem Ersuchen um Zustimmung zur Untervermietung. In dieser Phase besteht ein gewichtiges Interesse des Vermieters daran, Einzelheiten über die Person, aber auch zu den Konditionen der vorgeschlagenen Untervermietung (vereinbarter Mietzweck, Laufzeit) zu erfahren.

Auskünfte sind nach einer Ansicht jedenfalls im Hinblick auf ein Räumungsverlangen, welches sich sowohl gegen den Mieter als auch den Untermieter (§ 546 Absatz 2 BGB) richten kann, über die Person des Untermieters zu erteilen (vgl. OLG Hamburg, NZM 1998, S. 758).

Diese Aspekte lassen sich nicht auf die vorliegende Fallkonstellation übertragen.

Konsequent trennt das OLG die verschiedenen Mietvertragsverhältnisse (Vermieter – Hauptmieter einerseits; Hauptmieter und Untervermieter – andererseits) und Interessenlagen, insbesondere im Hinblick auf die Rechtsnachfolgesituation auf der Vermieterseite. Wie in vielerlei anderer Hinsicht auch, verfügt der Verkäufer, der eine Untervermietung gestattet hat, über eine bessere Informationslage als der Erwerbsinteressent, der sich daher vor der Ankaufsentscheidung ein Bild über die für ihn wichtigen Grundstücksbelange machen muss.

Abseits einer Umsatzmiete vermag das OLG kein relevantes Vermieterinteresse an den einzelnen Konditionen der Untervermietung zu erkennen. Den Ausführungen des OLG ist zu entnehmen, dass vor dem Hintergrund des Grundsatzes von Treu und Glauben ein besonderes Offenlegungsinteresse aner kennenswert sein kann. In Bezug auf Angaben zum „unternehmerischen Erfolg“, insbesondere zum Untermietertrag des Mieters, scheint das OLG insoweit nur bei einer Erfolgsbeteiligung des Mieters ein berechtigtes Interesse anzunehmen.

## IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

As far as we can see, the question regarding information about sub-leasing conditions has yet not been decided in the leasing law-related case law and commentaries. The recent decision of the OLG Düsseldorf therefore provides indications about the legal situation in the specific constellation.

Many judgments and publications deal with the information obligations of the lessee when requesting the consent to a sub-lease. During this phase, the lessor has a significant interest in finding out details about the person, but also about the conditions of the proposed sub-lease (agreed purpose, term).

According to one opinion, information about the person of the sub-lessor must also be provided at any rate in respect to an eviction demand, which may be addressed both against the lessee and the sub-lessee (Section 546 paragraph 2 BGB) (cf. OLG Hamburg, NZM 1998, pg. 758).

These aspects, however, do not comply with the present case constellation.

The OLG clearly distinguishes between the various leases (lessor and main lessee on the one side; main lessee and sub-lessee on the other side) and related interests, particularly in respect to the legal succession on the lessor side. As in many other respects, the seller who has permitted a sub-lease has better information at his disposal than the prospective acquirer who therefore has to gain an impression of the property-related issues that are important to him prior to the investment decision.

Other than in the case of a turnover rent, the OLG cannot recognize a relevant interest of the lessor in the individual conditions of the sub-lease. It can be derived from the statements of the OLG that a particular interest in disclosure may be recognizable from the perspective of good faith. In respect to information about the “entrepreneurial success”, particularly about the sub-lease revenue of the lessee, the OLG seems to assume a justified interest insofar only in the case of a success participation of the lessee.



In diesem Zusammenhang ließen sich wohl auch noch andere Aspekte anführen. Zu denken wäre an die häufig anzutreffende Anforderung, dass auf der Mietfläche keine den Vorsteuerabzug ausschließenden Umsätze getätigt werden dürfen. Der Vermieter muss selbst zutreffende Umsatzsteuervoranmeldungen erstellen und die Voraussetzungen nachweisen, so dass man ein Interesse zuerkennen könnte, eine Angabe über die Ausübung der Option zur Umsatzsteuer bei der Untervermietung zu erhalten, wenn der Vermieter für die Miete zur Vorsteuer optiert hat. Sofern – was anzuraten ist – der Hauptmietvertrag entsprechende ausführliche Verpflichtungs-, Nachweis- und Schadensersatzklauseln enthält, die auch den Fall der Untervermietung abdecken, könnte in dieser Hinsicht bereits ein vertraglicher Anspruch vorliegen, ohne dass auf den Gesichtspunkt von Treu und Glauben zurückgegriffen werden muss. Der Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE) sieht als Regelfall eine jährliche Einholung vor (§ 9 Abs. 4 UStAE). Die Zulässigkeit entsprechender Verpflichtungsklauseln wurde bisher in der Literatur nicht angezweifelt.

It might be possible to name additional aspects in this context. One might consider the requirement, which is often found, that no sales excluding the input tax deduction may be generated on the leased premises. The lessor himself must prepare correct preliminary value-added tax returns and document the preconditions so that one could recognize an interest in obtaining information about the exercise of the option for value-added tax in connection with the sub-lease, if the lessor has opted for value-added tax in respect to the rent. If – which is advisable – the main lease agreement contains corresponding detailed obligation, documentation, and indemnification clauses, which also cover the case of a sub-lease, a contractual claim might already exist in this regard, which would make it unnecessary to take recourse to the aspect of good faith. The Value-Added Tax Implementation Ordinance (Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE)) states that this information has to be obtained regularly once each year (Section 9 paragraph 4 UStAE). The admissibility of corresponding obligatory clauses has not been questioned by the literature so far.



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

Eintritt des Grundstücks-  
erwerbers in den Anspruch  
auf Kautionsleistung

BGH, Urteil vom 25. Juli 2012  
– XII ZR 22/11

**Regelungen betreffend Kautions-  
leistungen sind in Grundstücks-  
kaufverträgen über vermietete  
Immobilien unerlässlich. Der BGH  
hatte sich mit der Frage zu befassen,  
welcher Partei eine vor Übergang  
des Eigentums an einer veräußerten  
Immobilie fällig gewordene und  
noch nicht durch den Mieter  
geleistete Kautionsleistung zusteht.**

#### LEITSATZ

Der Erwerber eines gewerblich ver-  
mieteten Hausgrundstücks tritt gemäß  
§§ 566 Abs. 1, 578 BGB in den vor  
Eigentumsübergang entstandenen  
und fälligen Anspruch des Veräußerers  
auf Leistung der Kautionsleistung ein.

#### SACHVERHALT

Die früheren Eigentümer und Vermie-  
ter („Veräußerer“) von Gewerbemie-  
träumen verlangten von einem Mieter  
der veräußerten Immobilie Zahlung  
der vertraglich vereinbarten Kautions-  
leistung an die neue Eigentümerin („Erwerber“).

Der Mieter hatte vereinbarungsgemäß  
als Kautionsleistung zur Sicherheit Bundes-  
schatzbriefe an den Veräußerer ver-  
pfändet und bei Fälligkeit dieser Briefe  
den Veräußerer um Freigabe derselben  
gebeten. Dabei war vereinbart, dass  
auch andere Formen gleichwertiger  
Kautionsleistungserbringung möglich seien.  
Die Freigabe der Bundesschatzbriefe  
wurde von dem Veräußerer erteilt.  
Trotz Aufforderung vor Eigentums-  
übergang auf den Erwerber leistete  
der Mieter keine erneute Kautionsleistung.  
Im Kaufvertrag zwischen Veräußerer und  
Erwerber wurde sodann vereinbart,  
dass die Veräußerer die nunmehr  
(wieder) offene Kautionsleistung gegenüber

Entry of the acquirer of a real  
property into the claim for pay-  
ment of the security deposit

BGH, Decision of July 25, 2012  
– XII ZR 22/11

**Rules concerning the payment of  
the security deposit are indispen-  
sable in real property purchase  
agreement for leased real property.  
The German Federal Court of Justice  
(BGH) had to deal with the question,  
which party is entitled to a security  
deposit that became due prior to the  
transfer of ownership of a sold real  
property, but had not been paid by  
the lessee yet.**

#### HEAD NOTE

The acquirer of a leased commercial  
building enters into the seller’s due  
claim for payment of the security  
deposit, which arose prior to the trans-  
fer of ownership, pursuant to Sections  
566 paragraph 1, 578 of the German  
Civil Code (BGB).

#### FACTS

The former owners and lessors  
(“Sellers”) of leased commercial  
premises demanded from a lessee of  
the sold real property payment of the  
contractually agreed security deposit  
to the new owner (“Acquirer”).

As agreed, the lessee had pledged  
German federal treasury notes (*Bun-  
desschatzbriefe*) as a security deposit to  
the Sellers and had asked the Sellers to  
release these notes upon their maturity.  
It was agreed in this context that equi-  
valent security could also be provided  
in a different form. The Sellers granted  
the release of the federal treasury  
notes. In spite of a request prior to the  
transfer of ownership to the Acquirer,  
the lessee did not provide a new secu-  
rity deposit. It was then agreed in the  
purchase agreement between the Sel-  
lers and the Acquirer that the Sellers

dem Mieter geltend machen. Die Verkäufer klagten sodann gegen den Mieter auf Zahlung der Kaution an den Erwerber.

#### INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Zunächst stellte der BGH fest, dass die Verkäufer die Kaution im Wege der Prozessstandschaft klageweise zu Gunsten des Erwerbers geltend machen können.

Materiellrechtlich stehe dem Erwerber der Anspruch auf Zahlung der Kaution zu. Gemäß § 566 Abs. 1 BGB, der über § 578 BGB auch im Gewerbemietrecht Anwendung findet, tritt der Erwerber anstelle des Verkäufers in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Mit dem Eigentumsübergang entstehe ein neues Mietverhältnis zwischen Erwerber und Mieter, dessen Inhalt aber mit demjenigen identisch sei, wie es vormals mit dem Verkäufer bestand. § 566 BGB erfasse dabei nur solche Rechte und Pflichten, die entweder (i) als mietrechtlich einzustufen seien oder (ii) in untrennbarem Zusammenhang mit dem Mietvertrag stünden. Rechte und Pflichten, die außerhalb des Mietverhältnisses stünden, seien auch dann nicht erfasst, wenn sie im Mietvertrag geregelt wurden. Diesen Kriterien entsprechend sei die Verpflichtung zur Zahlung der Kaution als mietrechtlich einzustufen, da sie der Sicherung von Ansprüchen des Vermieters aus dem Mietverhältnis diene und daher untrennbar damit verbunden sei. Unschädlich sei, dass der Anspruch auf Zahlung der Kaution bereits vor Übergang des Eigentums auf den Erwerber fällig war. Grundsätzlich verblieben zwar bereits vor dem Eigentumsübergang fällig gewordene Ansprüche bei dem Verkäufer. Dies gelte aber für vor Eigentumsübergang fällig gewordene Kautionsleistungen nicht, da Zweck der Kaution die Sicherung aller Ansprüche des Vermieters während der gesamten Dauer des Mietvertrages sei, wozu auch die Ansprüche des Erwerbers aus dem mit gleichem Inhalt entstandenen Mietvertrag gehörten. Für dieses Ergebnis spricht zudem, dass der Erwerber gemäß § 566a S. 1 BGB in die durch die geleistete Sicherheit begründeten Rechte und Pflichten eintritt und der Verkäufer gemäß § 566 S. 2 BGB lediglich nachrangig haftet. Es wäre daher sinnwidrig, den bereits fälligen Anspruch auf Kautionsleistung dem Verkäufer zuzuordnen, wenn doch der Erwerber vorrangig dafür haften soll. Daher steht der Anspruch auf Zahlung der Kaution durch den

should assert the claim for the security deposit against the lessee, which was now open (again). The Sellers then sued the lessee for payment of the security deposit to the Acquirer.

#### CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The BGH first finds that the Sellers are able to assert the security deposit in a lawsuit by way of derivative action (*Prozessstandschaft*) for the benefit of the Acquirer.

From the perspective of substantive law, the Acquirer is entitled to the claim for payment of the security deposit. According to Section 566 paragraph 1 BGB, which also applies to commercial leasing law via Section 578 BGB, an acquirer enters into the rights and duties resulting from the lease for the duration of his ownership instead of the seller. A new lease between acquirer and lessee arose upon transfer of ownership, the content of which was identical to the one formerly existing with the seller. Section 566 BGB only covered those rights and obligations, which (i) either had to be classified as leasing law-related or (ii) were inseparably related to the lease agreement. Rights and duties outside of the lease were not covered, even if they were governed by the lease agreement. In accordance with these criteria, the obligation to pay the security deposit had to be classified as leasing law-related, since it served to secure claims of the lessor under the lease and was therefore inseparably related to it. The fact that the claim for payment of the security deposit had already been due prior to the transfer of ownership to the acquirer was irrelevant. Even though claims that had become due already prior to the transfer of ownership generally remained with the seller, this did not apply to the payment of a security deposit that had become due prior to the transfer of ownership, since the purpose of the security deposit was to secure all claims of the lessor throughout the entire term of the lease agreement, which also included the claims of the acquirer under the newly-created lease agreement with the same content. This result is also supported by the fact that an acquirer enters into the rights and obligations established by the paid security deposit pursuant to Section 566a sentence 1 BGB and that the seller's liability is only subordinate pursuant to Section 566 sentence 2 BGB. It would therefore not make sense to attribute the already due claim for payment of the security deposit to the seller, if the acquirer was to be primarily liable for it. The acquirer is therefore

Mieter auch dann dem Erwerber zu, wenn der Anspruch vor Übergang des Eigentums auf den Erwerber fällig geworden ist.

Die Folgefrage, ob das Vorgenannte auch dann gilt, wenn dem Veräußerer noch vor Eigentumsübergang entstandene Ansprüche gegen den Mieter aus dem Mietvertrag zustehen, war nicht zu entscheiden und wurde daher offengelassen.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Parteien eines Grundstückskaufvertrages sollten (auch) angesichts dieser Rechtsprechung die Regelungen betreffend Mietsicherheiten mit Bedacht formulieren. Es sollte möglichst detailliert erfasst werden, welche Sicherheiten in welcher Höhe geschuldet, bereits geleistet und unter Umständen durch den Veräußerer bereits in Anspruch genommen wurden. Im Anschluss daran ist etwa zu regeln, wem Ansprüche von noch nicht geleisteten Kautionsleistungen zustehen sollen und wer diese gegenüber dem Mieter geltend macht. Zudem sollte sich der Veräußerer gegen die (nachrangigen) Ansprüche der Mieter auf Rückgewähr der Kautionsleistung schützen, etwa durch eine Freistellungsvereinbarung.

also entitled to the claim for payment of the security deposit by the lessee, if the claim had become due prior to the transfer of ownership to the acquirer.

The follow-up question, whether the above also applies if the seller is entitled to claims against the lessee under the lease, which arose prior to the transfer of ownership, did not have to be decided and was therefore left open.

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

The parties of a real property purchase agreement should formulate the rules concerning rent deposits carefully (also) considering this case law. It should be set forth as detailed as possible, which security deposits are owed in which amount, which have already been paid, and which may have already been utilized by the seller. It should then e.g. be set forth, who should be entitled to any unpaid security deposits and who asserts these against the lessee. In addition, the seller should protect himself against the (subordinate) claims of lessees for repayment of paid security deposits, e.g. through an indemnification agreement.



Dr. Malte Richter, LL.M.  
Associate, Frankfurt  
T +49 69 7941 2533  
mrichter@mayerbrown.com



Sören Pruss  
Associate, Frankfurt  
T +49 69 7941 2641  
spruss@mayerbrown.com

Zur Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit eines Mieters bei Mietzahlungsausfall aufgrund der Nichtausführung von Daueraufträgen oder Rückgabe von Lastschriften

HansOLG Hamburg, Urteil vom 3. Februar 2012 - 8 U 39/11

**In gewerblichen Mietverhältnissen gehören vorübergehende Mietzahlungsstockungen in vielen Bereichen zum Alltag. Das OLG Hamburg hat in diesem Zusammenhang zur Frage Stellung genommen, ob und wann der Vermieter im Falle solcher Zahlungsstockungen von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Mieters ausgehen muss und daher nach Ende der Zahlungsstockung vom Mieter erhaltene Zahlungen im Falle der späteren Insolvenz des Mieters anfechtbar und damit zurückzuzahlen sind.**

#### LEITSATZ

1. Bei Kenntnis eines Gläubigers über tatsächliche Umstände, die zwingend auf eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Insolvenzschuldners hinweisen, spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass er auch Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit besitzt. Hierbei reicht es aus, dass dem Anfechtungsgegner die tatsächlichen Umstände bekannt sind, aus denen sich bei einer zutreffenden rechtlichen Bewertung die drohenden Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei ergibt.

2. Die Rückgabe von Lastschriften sowie die Nichtausführung eines Dauerauftrages für die auf die Geschäftsräume des Insolvenzschuldners anfallende Miete stellen erhebliche Beweisanzeichen für eine drohende Zahlungsunfähigkeit dar, da sowohl die Nichtausführung eines Dauerauf-

On the knowledge of the impending inability of a lessee to pay based upon the non-execution of money transfer orders or return of direct debits

HansOLG Hamburg, decision of February 3, 2012 - 8 U 39/11

**Temporary rental payment interruptions in commercial leases occur regularly and in many areas. In this context, the Higher Regional Court (OLG) Hamburg commented on the question, whether and at which point in time the lessor has to assume the (impending) inability of the lessee to pay in the event of such payment interruptions so that payments received from the lessee after the end of the payment interruption can be challenged and have to be repaid in the case of a subsequent insolvency of the lessee.**

#### HEAD NOTE

1. If a creditor has knowledge of actual circumstances, which compellingly indicate an impending or already occurred inability of the insolvency debtor to pay, a factual presumption suggests that he also has knowledge of the impending inability to pay. In this regard, it is sufficient that the addressee of the challenge right has knowledge of the factual circumstances from which, in case of a correct legal assessment, the impending inability to pay results without doubt.

2. The return of direct debits as well as the non-execution of a money transfer order for rent payable for the business premises of the insolvency debtor constitute significant indications for an impending inability to pay, since both the non-execution of a money transfer order and the return of a direct debit make it clear that sufficient liquidity is no longer available.

trages als auch die Rückgabe einer Lastschrift deutlich machen, dass keine ausreichende Liquidität mehr vorhanden ist.

#### SACHVERHALT

Die Klägerin vermietete seit 2001 Gewerbeflächen an die spätere Insolvenzschuldnerin. Für April und Mai 2006 zahlte die Schuldnerin keine Miete. Im Juni 2006 wurde der zur Zahlung der Miete eingerichtete Dauerauftrag ebenfalls nicht ausgeführt, so dass insgesamt Mieten in Höhe von EUR 38.005,05 ausstanden. Danach erfolgten die Mietzahlungen wieder ordnungsgemäß. Neben den noch offenen Mietforderungen bestanden seitens der insolventen Mieterin weitere Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Klägerin aus vermieteten Garagen für die Zeit von September 2002 bis Ende 2006. Diese wurden durch eine spätere Vereinbarung reduziert und es wurden Ratenzahlungen vereinbart, welche die Schuldnerin jedoch zu keiner Zeit bediente. Im August 2007 zog die Klägerin die Mietbürgschaft ein und verrechnete den Zahlungseingang mit der Miete für April 2006 und einem Teil der Miete für Mai 2006. Im September 2007 wurde über das Vermögen der Mieterin das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Klägerin verlangte unter anderem die Zahlung des Mietzinses für die Zeit nach Insolvenzeröffnung bis zum Ende des Mietvertrages Ende 2007 sowie die Feststellung der zur Insolvenztabelle angemeldeten, aber vom Insolvenzverwalter bestrittenen, offenen Mietforderungen aus dem Jahr 2006 bzw. für die Vermietung der Garagen. Der Insolvenzverwalter erklärte gegenüber der Klägerin in Bezug auf sämtliche von der Schuldnerin nach Ende der vorübergehenden Zahlungsstockung von Juli 2006 bis zur Insolvenzeröffnung wieder geleisteten Mietzinszahlungen in Höhe von EUR 146.559,60 die Anfechtung nach §§ 130, 133 InsO und forderte den Betrag zurück. Mit der aus dieser Anfechtung resultierenden Rückzahlungsforderung rechnete der Insolvenzverwalter im Übrigen gegen die Ansprüche der Klägerin auf und begehrte widerklagend die Rückzahlung der verbleibenden Mieten, soweit der Rückforderungsanspruch nicht durch die Aufrechnung erloschen war.

#### INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Nach Ansicht des OLG Hamburg war die Anfechtung der Mietzahlungen der Schuldnerin aus dem letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung rechtmäßig, da

#### FACTS

The plaintiff leased commercial premises to the subsequent insolvency debtor since 2001. The debtor did not pay the rent for April and May 2006. In June 2006, the money transfer order set up for the payment of rent was not executed, either, so that rents totaling EUR 38,005.05 were outstanding. Afterwards, rental payments were made in an orderly fashion again. In addition to the still outstanding claims for rent, the insolvent lessee had further payment obligations vis-à-vis the plaintiff resulting from leased car garages for the period from September 2002 until the end of 2006. These claims were reduced in a subsequent agreement and installment payments were agreed which, however, the debtor never paid. In August 2007, the plaintiff collected the rental guarantee and offset the payment received with the rent for April 2006 and part of the rent for May 2006. In September 2007, insolvency proceedings were opened over the assets of the lessee. The plaintiff demanded, inter alia, payment of the rent for the period after the commencement of insolvency proceedings until the end of the lease agreement at the end of 2007 as well as the acceptance of the open rental claims from 2006 and for the leasing of the garages, respectively, which were filed for registration with the insolvency schedule, but disputed by the insolvency administrator. The insolvency administrator invoked a challenge right pursuant to Sections 130, 133 of the German Insolvency Act (InsO) vis-à-vis the plaintiff in respect of all rental payments in an amount of EUR 146,559.60, which had been made by the debtor after the end of the temporary payment interruption in July 2006 until the commencement of insolvency proceedings, and demanded a repayment of the amount. Beyond this, the insolvency administrator offset the repayment claim resulting from this challenge against the claims of the plaintiff and demanded the repayment of the remaining rent by way of a countersuit, to the extent that the repayment claim was not cancelled as a consequence of the challenge.

#### CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

According to the opinion of the OLG Hamburg, the challenge of the debtor's rental payments from the last year prior to the commencement of insolvency proceedings was justified, since the debtor had the intent within the meaning of Section 133 paragraph 1 InsO at the time of the payment to the plaintiff, to

die Schuldnerin zum Zeitpunkt der Zahlung an die Klägerin den Vorsatz im Sinne des § 133 Abs. 1 InsO hatte, ihre Gläubiger zu benachteiligen und die Klägerin hiervon Kenntnis hatte. So habe aufgrund der nicht gezahlten Mieten für April und Mai 2006 sowie der Nichtausführung des Dauerauftrags für die Miete im Juni 2006 eine Zahlungseinstellung und somit die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin vorgelegen. Es habe sich insbesondere nicht um eine bloße Zahlungsstockung gehandelt, da die Schuldnerin Beträge, welche wegen ihrer existentiellen Bedeutung im Hinblick auf die Fortführung ihres Geschäftsbetriebes nicht geringfügig waren, länger als 3 Wochen nicht gezahlt habe. Darüber hinaus stelle nach ständiger Rechtsprechung des BGH die Rückgabe von Lastschriften ein erhebliches Beweisanzeichen für eine drohende Zahlungsunfähigkeit dar. Gleiches gelte für die Nichtausführung eines Dauerauftrages, da hieraus deutlich werde, dass keine ausreichende Liquidität vorhanden ist. Aus der Nichtzahlung der drei aufeinander folgenden Mietraten und der Inanspruchnahme der Mietsicherheit durch die Klägerin sowie der Nichtzahlung der ebenfalls ausstehenden Garagenmiete (trotz deren Reduzierung und Ratenzahlungsvereinbarung) sei für die Klägerin auch erkennbar gewesen, dass eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin vorlag oder zumindest drohte.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Insolvenzanfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung nach § 133 Abs. 1 InsO setzt zum einen voraus, dass der Schuldner innerhalb der letzten 10 Jahre vor Insolvenzantragsstellung Zahlungen mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz vorgenommen hat und der Leistungsempfänger zum Zeitpunkt der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der Leistungsempfänger wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

Die Frage nach dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners bzw. dessen Kenntnis durch den Leistungsempfänger ist der am schwierigsten zu beurteilende Bestandteil des § 133 Abs. 1 InsO. Die in den letzten Jahren zu dieser Thematik ergangenen Urteile lassen die grundsätzliche Tendenz der Gerichte erkennen, die Anforderungen vor allem an die Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit

discriminate against its creditors and since the plaintiff had knowledge thereof. Due to the unpaid rent for April and May 2006 as well as the non-execution of the money transfer order for the rent in June 2006, a cessation of payments and thus the inability of the debtor to pay existed. In particular, this did not constitute a mere payment interruption, since the amounts at issue, which were not minor due to their existential importance for the continuation of its business operations, remained unpaid for more than 3 weeks. In addition, pursuant to established case law of the German Federal Court of Justice (BGH), the return of direct debits was a significant indication of evidence for an impending inability to pay. The same applied to the non-execution of a money transfer order, since this made it evident that no sufficient liquidity existed. Furthermore, the fact that an inability of the debtor to pay existed or was at least impending had also been recognizable for the plaintiff from the non-payment of three consecutive rent installments and the collection of the rent guarantee by the plaintiff as well as the non-payment of the also outstanding garage rent (in spite of its reduction and agreement of an installment payment).

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

The insolvency challenge based on intentional discrimination pursuant to Section 133 paragraph 1 InsO first inter alia requires that the debtor made payments with the intent to discriminate against creditors during the last 10 years before the insolvency application filing and that the payment recipient had knowledge of the debtor's intent at the time of that transaction. This knowledge is presumed, if the payment recipient knew that the debtor's inability to pay was impending and that the transaction discriminated against the creditors.

The question regarding the intent of the debtor to discriminate against his creditors and the payment recipient's knowledge thereof, respectively, is the element of Section 133 paragraph 1 InsO that is the most difficult to assess. The court decisions rendered on this subject over the last several years reflect the courts' general tendency to continuously reduce the thresholds particularly for the payment recipient's knowledge of the impending inability of the debtor to pay. While the case law is still characterized by many individual considerations in each case and by diverging decisions so that a generalization of the

des Schuldners durch den Leistungsempfänger immer weiter zu verringern. Zwar ist die Rechtsprechungspraxis nach wie vor geprägt von vielen Einzelfallabwägungen und divergierenden Entscheidungen, so dass eine Verallgemeinerung des vorliegenden Urteils nur eingeschränkt möglich ist. Nichtsdestotrotz stellt die Entscheidung des OLG Hamburg Vermieter von Gewerberäumen nunmehr im Falle von vorübergehenden Zahlungsstockungen des Mieters vor ein Problem: So können sämtliche Mietzahlungen, die der Mieter nach einer vorübergehenden Zahlungsstockung wieder ordnungsgemäß an den Vermieter leistet, im Falle einer unter Umständen viele Jahre später eintretenden Insolvenz des Mieters der Insolvenzanfechtung unterliegen und zurückzuzahlen sein. Der anfechtungsrelevante Zeitraum kann hierbei bis zu 10 Jahre vor Insolvenzantragstellung zurückreichen. Mithin müsste der Vermieter konsequenterweise im Falle von Zahlungsstockungen den Mietvertrag kündigen, sobald aufgrund des Verzugs die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, um sich nicht dem Risiko des Verlusts etwaiger hiernach eingekommener Zahlungen auszusetzen. Dass dies regelmäßig weder im Interesse des Vermieters noch des Mieters sein wird, liegt auf der Hand. Ein solches Vorgehen wäre für den Vermieter auch nur dann gangbar, wenn er sich sicher sein kann, das Mietobjekt zügig wieder vermietet zu bekommen. Es ist daher zu hoffen, dass diese – nicht von allen Gerichten einheitlich behandelte – Problematik baldmöglichst eine höchstrichterliche Klärung erfährt.

present decision is possible only to a limited extent, the decision of the OLG Hamburg nevertheless confronts lessors of commercial premises with a problem in the event of temporary payment interruptions of the lessee: All rental payments which the lessee makes to the lessor in an orderly fashion after a temporary payment interruption might have to be paid back in case of an insolvency of the lessee, such insolvency potentially to occur not until many years later. The period relevant for a challenge right may reach back up to 10 years prior to the filing for the opening of insolvency proceeding. Accordingly, the lessor would have to terminate the lease agreement in the event of payment interruptions as soon as the prerequisites for such a termination due to the default of the lessee are fulfilled in order to not expose himself to the risk of losing any payments received thereafter. It is obvious that this will regularly be neither in the interest of the lessor nor of the lessee. This approach would be feasible for the lessor only, if he can be sure that he will soon be able to release the object. It must therefore be hoped that this problem, which is not treated by all courts in the same manner, will be clarified by the BGH as soon as possible.



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.

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.

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.

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.

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.

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.

DR. MALTE RICHTER  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Dr. Malte Richter ist Rechtsanwalt und Associate in den Praxisgruppen Gesellschaftrecht und M&A sowie Insolvenzrecht und Restrukturierung im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Er berät deutsche und internationale Unternehmen, Banken, Finanzinvestoren und Insolvenzverwalter bei Restrukturierungen, im Insolvenzrecht, bei Unternehmenskäufen und -verkäufen (M&A-Transaktionen), Joint Ventures sowie in allgemeinen gesellschafts-, handels- und vertragsrechtlichen Fragestellungen. Neben seiner Transaktionstätigkeit berät er auf laufender Basis US-amerikanische und deutsche Unternehmen, unter anderem aus der Automobilzulieferindustrie, der Solarbranche, Petrochemie- sowie der Glasindustrie.

SÖREN PRUß  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Sören Pruß ist seit 2012 Associate im Bereich Corporate & Securities im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Neben deutsch als Muttersprache spricht er fließend englisch.

DR. MALTE RICHTER  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Dr. Malte Richter is an associate in the Frankfurt office of Mayer Brown's Corporate and M&A as well as Restructuring, Bankruptcy & Insolvency practices. He advises national and international companies, banks, financial investors and insolvency administrators on restructuring, bankruptcy and insolvency law, mergers and acquisitions, corporate matters, joint ventures and general matters of commercial and trade law. Beside his transactional work he is standing legal counsel to several US and German companies that are, among others, active in the automotive supply, solar, petrochemical and glass manufacturing industry.

SÖREN PRUSS  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Sören Pruss is an associate in the Frankfurt office of Mayer Brown's Corporate practice. Sören joined Mayer Brown in 2012. In addition to his native German, he is fluent in English.

## 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 y Cajal Abogados)

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.

