# Real Estate

Aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechung Recent Developments and Decisions

- 2 Gesetzentwurf zur "Mietbremse" im Wohnraummietrecht und zum Bestellerprinzip bei der Wohnungsvermittlung Draft Bill on the "Rent Increase Cap" in Residential Tenancy Law and the Orderer Principle in Housing Agencies
- 8 Unzulässigkeit der Verwertung einer Mietkaution während des laufenden Mietverhältnisses bei streitigen Forderungen des Mieters im Wohnraummietrecht Impermissibility of the use of a tenancy deposit during an existing tenancy in the event of contentious claims by the tenant under residential tenancy law
- 12 Zum Zeitpunkt der Voraussetzungen für eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs On the time of requirements for a termination due to arrears
- Grundlage von Honoraransprüchen und Unwirksamkeit des § 6 Abs. 3 HOAI 2013 (§ 6 Abs. 2 HOAI 2009)

  Basis for fee claims and ineffectiveness of Section 6(3) HOAI 2013 [Fee Structure for Architects and Engineers] (Section 6(2) HOAI 2009)
- 18 Überblick Grunderwerbsteuersätze Overview Real Estate Transfer Tax Rates



Elmar Günther Of Counsel, Notar, Frankfurt T+496979411141 eguenther@mayerbrown.com

Gesetzentwurf zur "Mietbremse" im Wohnraummietrecht und zum Bestellerprinzip bei der Wohnungsvermittlung

Das Bundesjustizministerium hat einen Referentenentwurf eines "Gesetzes zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung" (Mietrechtsnovellierungsgesetz -MietNovG) mit Stand vom 18. März 2014 vorgelegt. Ziel des Gesetzes ist, zwei identifizierte Missstände des Wohnungsmietmarktes zu beheben, die der unter dem Schlagwort "Gentrifizierung" diskutierten Verdrängung einkommensschwächerer Wohnbevölkerung und zunehmend auch durchschnittlich verdienender Haushalte Vorschub leisten. Zum einen soll der ungehinderte Mietanstieg in prosperierenden Städten aufgrund starker Nachfrage und knappem Angebot an Wohnraum verhindert werden. Zum anderen soll zur finanziellen Entlastung der Mieter die marktübliche Abwälzung von Maklerkosten auf den Mieter unabhängig von einer alleinigen Beauftragung durch den Mieter unterbunden werden. Stattdessen soll nach dem Bestellerprinzip der Auftraggeber des Maklers die Courtage zahlen. In den angespannten Wohnungsmärkten ist dies nach der Begründung des Gesetzentwurfs fast immer der Vermieter.

## **KOSTENASPEKTE**

Dabei geht der Entwurf von einer jährlichen Ersparnis für Mieter von knapp über 854 Millionen Euro aus und einem jährlichen Mehraufwand für Vermieter in Höhe von fast 521 Millionen Euro. Während auf Mieterseite ein jährliches Potential von 282,8 Millionen Euro an eingesparten Mieten gesehen wird, bedeute dies für Vermieter wegen Aufwand für Ermittlung der zulässigen Miete und Erfüllung von

Draft Bill on the "Rent Increase Cap" in Residential Tenancy Law and the Orderer Principle in Housing Agencies

The Federal Ministry of Justice has submitted the draft bill of a "Law to Curb the Increase in Rent in Tight Housing Markets and to **Encourage the Orderer Principle in Housing Agencies**" (Tenancy Law Amendment Act - MietNovG) dated March 18, 2014. The law aims to resolve two identified deficits in the housing market that promote the "gentrification" brought about by the displacement of the low income resident population, and increasingly, average income households as well. On the one hand, it is intended to prevent an unchecked increase in rent in prosperous cities due to high demand and short supply of housing space. On the other hand, in order to relieve the financial burden on tenants, the customary passing on of letting agent fees to the tenant irrespective of an exclusive order by the tenant, is to be prohibited. Instead, the letting agent's client will pay the fee in accordance with the Orderer Principle. According to the rationale of the draft bill, the landlord is almost always the client in tight housing markets.

## COST ASPECTS

The draft assumes an annual saving for tenants of just above 854 million euros and an annual additional expenditure for landlords of nearly 521 million euros. Whereas annual potential savings of 282.8 million euros in rent are envisioned for tenants, for landlords it will mean an annual burden of 301.79 million euros in expenditure to determine the permissible rent and to fulfil duties to supply

Informationspflichten gegenüber Mietern insgesamt eine Belastung von jährlich 301,79 Millionen Euro. Bei der Maklercourtage sieht der Entwurf ein jährliches Einsparpotential von fast 572 Millionen Euro, denen nur 219,09 Millionen Euro jährlich an Mehraufwand für Vermieter entgegensteht. Die vergleichsweise geringere Belastung der Vermieter wird mit der Eigenvornahme der Vermietung statt Einschaltung eines Wohnungsvermittlers sowie der Verringerung der Courtagen wegen des verschärften Wettbewerbs der Makler untereinander begründet.

information to tenants. The draft envisions potential annual savings of nearly 572 million euros in letting agent fees, offset by a mere 219.09 million euros of additional expenditure for landlords. The comparatively low burden for landlords is accounted for in that they will be letting the premises themselves instead of calling upon a letting agent, and in a reduction of letting agent fees due to increased competition between letting agents.

#### **MIETPREISBREMSE**

Die aktuell bestehenden rechtlichen Möglichkeiten zur Eindämmung übersteigerter Mieterhöhungen werden als ungenügend empfunden. Das zivilrechtliche Instrumentarium genügt nach Ansicht des Ministeriums nicht. So bezieht sich die schon lange bestehende Begrenzung von Mieterhöhungen bis zur Vergleichsmiete nach § 558 nur auf Erhöhungen im laufenden Bestandsmietverhältnis. Die erst im Rahmen der Mietrechtsänderung neu eingeführte Möglichkeit, in Wohnraummangelgebieten per Rechtsverordnung der Landesregierungen für fünf Jahre die vorgesehene gesetzliche Kappungsgrenze von 20 % auf 15 % zu senken, bezieht sich nur auf die maximale Höhe der Angleichung von Bestandsverträgen an die Vergleichsmiete binnen drei Jahren. Für Vermietungen frei gewordener Wohnungen existiert bislang keine Regelung.

Die strafrechtliche Sanktion (Wucher) setzt tatbestandlich ein auffälliges Missverhältnis voraus, das allgemein erst bei einem Übersteigen der Marktmiete von 50 % angenommen wird. Daneben werden hohe Anforderungen an die bewusste Ausnutzung des Vermieters einer erkannten individuellen Zwangslage gestellt beziehungsweise eine verwerfliche Gesinnung vorausgesetzt. Dies kann Einzelfälle abfangen, aber keine Fehlentwicklungen aufgrund der besonderen Marktlage korrigieren. Auch die Ordnungswidrigkeit (Mietpreisüberhöhung) nach dem Wirtschaftsstrafgesetz habe nicht gegriffen. Dort wird das unangemessen hohe Entgelt für Wohnraumvermietung sanktioniert. Dieses ist gegeben, wenn die Miete (d. h. das Entgelt) die Vergleichsmiete um 20 % infolge der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen übersteigt. Dabei setzt der Tatbestand nicht nur an der Ausnutzung des Minderangebots an, sondern bezieht sich auch bei der Vergleichsmiete auf das gesamte Gemeindegebiet. Auch hier muss der Mieter sich in einer Zwangslage befinden, weil er aus gewichtigen Gründen

#### **RENT INCREASE CAP**

The legal options currently in place to curb exaggerated rent increases are deemed insufficient. The ministry considers the civil law instruments to be inadequate. For example, under Section 558 the long-standing limit on rent increases up to the reference rent refers only to increases in existing tenancies. The option to lower the legally stipulated cap in tight housing markets from 20% to 15% for five years by means of State government's ordinance, newly introduced as part of the amended tenancy law, merely applies to the maximum amount that existing agreements may be adjusted to the reference rent within three years. Until now there has been no provision governing the rental of flats that have returned to the market.

The penalty under criminal law (usury) requires as facts a noticeable incongruity, which generally is only assumed to be the case when the market rent is exceeded by 50%. In addition, there are high standards to be met to determine the intentional exploitation of an identified individual dilemma by a landlord or a reprehensible attitude. This may be able to stave off individual cases, but cannot correct undesirable developments arising from a special market situation. The regulatory offence (excessive increase in rent) under the Economic Offences Act is likewise deemed to have not taken effect. It penalises disproportionately high fees for renting housing space. This is the case if the rent (i.e. the fee) exceeds the reference rent by 20% as a result of an exploitation of a reduced supply of comparable housing spaces. The facts rely on an exploitation of the reduced supply, but also draw on the reference rent for the entire community area. Here again, the tenant must be in a dilemma, unable to fall back on more affordable flats for valid reasons, and

nicht auf preiswertere Wohnungen ausweichen kann, und sein erfolgloses Bemühen darlegen. Nur wenn dies für den Vermieter erkennbar ist, kann die Regelung greifen. Der Entwurf sieht diese Regelung daher als zu komplex und nicht praktikabel an. Deswegen soll diese Vorschrift ersatzlos gestrichen werden.

Der Entwurf sieht daher die Einführung neuer Paragraphen §§ 556d ff. im Bürgerlichen Gesetzbuch vor. Darin wird geregelt, dass bei der Wiedervermietung von Bestandswohnungen die neue Miete bei Vertragsschluss maximal 10 % über der Vergleichsmiete liegen darf. Dies gilt nur für "Gebiete mit angespannten Mietverhältnissen". Diese müssen ausdrücklich als solche per Rechtsverordnungen der Landesregierungen für bis zu fünf Jahre festgelegt werden.

Um den Vermieter davor zu schützen, dass er unter der bisher wirksam vereinbarten Miete vermieten muss, darf der Vermieter die neue Miete auch über die 10 %-Grenze hinaus bis maximal zur Höhe der vom Vormieter geschuldeten Miete ("Vormiete") vereinbaren. Als Missbrauchsschutz bleiben allerdings vereinbarte Mietänderungen in dem Jahr vor der Wiedervermietung bei der Bestimmung der Vormiete unberücksichtigt.

Alternativ zu der Vereinbarung der Vormiete kann eine Überschreitung auch wegen Modernisierungen während der letzten drei Jahre vor der Wiedervermietung erfolgen. Wie im Bestandsverhältnis können bei der Wiedervermietung die Modernisierungskosten mit einem zusätzlichen Aufschlag pro Jahr von bis zu 11 % der Modernisierungskosten bei der neuen Miete berücksichtigt werden. Die Begrenzung auf die letzten drei Jahre beruht auf der Annahme, dass nur Kosten in diesem Zeitraum nicht zwingend bereits in der Vormiete berücksichtigt sind. Zur Vermeidung einer doppelten Berücksichtigung zugunsten des Vermieters erfolgt der Aufschlag auf die 110 % derjenigen Vergleichsmiete, die für die Wohnung im nicht modernisierten Zustand herangezogen werden muss.

Diese Miethöhenbeschränkung gilt nicht für spätere Vereinbarungen im laufenden Mietverhältnis, für Neuvermietungen neu errichteter sowie für die Vermietung umfassend modernisierter Wohnungen. Dabei sind umfassende Modernisierungen nach der Begründung zum Entwurf solche, die einen Umfang erreichen, der mit einem Neubau vergleichbar ist. Als Anknüpfungspunkt zieht die Begründung Rechtsprechung zu früherem Wohnungsförderungsrecht heran.

must prove his unsuccessful attempts. The provision may only take effect if this is apparent to the landlord. The draft deems this provision to be too complicated and therefore impractical. It is thus to be abrogated without a replacement.

For this reason the draft envisions the introduction of new paragraphs Sections 556(d) ff. to the Civil Code. They will stipulate a maximum increase in rent of 10% over the reference rent when existing flats are re-let. This will apply only in "areas subject to tight housing markets". Said markets must be expressly specified as such for up to five years by State government.

In order to protect the landlord from being required to let below the effective rent agreed previously, the landlord may also set the new rent above the 10% cap up to a maximum of the rent paid by the previous tenant ("previous rent"). To protect against fraudulent use however, changes to rent agreed in the year prior to re-letting will not be considered when determining the previous rent.

As an alternative to agreeing the previous rent, the maximum increase may also be exceeded if refurbishments were undertaken within the last three years prior to re-letting. As with an existing tenancy, costs for refurbishment may be included in the new rent by way of a surcharge of up to 11% of the refurbishment costs per year. The restriction to the last three years is based on the assumption that only costs incurred during this period are not already included in the previous rent. In order to avoid double consideration in the landlord's favour, the surcharge is made on 110% of the reference rent that would be applied to the flat in its non-refurbished condition.

This cap on rent increases does not apply (i) to agreements made later in an existing tenancy, (ii) to newly constructed and thus newly let units, or (iii) to the rental of extensively refurbished flats. The rationale of the draft considers extensive refurbishments to be those of a scope comparable to a new building. The rationale consults adjudication on council housing law as its point of contact. According to this, a comparable scope is found to be the

Demnach liegt vergleichbarer Umfang vor, wenn der Aufwand ein Drittel der Kosten einer vergleichbaren Neubauwohnung erreicht.

Ebenso bleiben die Miethöhenregelungen der Mietbremse unanwendbar für Wohnraum zu vorübergehendem Gebrauch, möblierten Wohnraum in der Wohnung des Vermieters sowie spezielle soziale Angebote für Personen mit dringendem Wohnbedarf. Diese stellen Sondermietverhältnisse abseits des normalen Wohnungsmarktes dar.

Das im Wohnraummietrecht übliche Abweichungsverbot ist auch für die neuen Regelungen normiert. Danach führt ein Abweichen von den gesetzlichen Vorgaben zum Nachteil des Mieters zur Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung.

Allerdings wird der Rückforderungsanspruch ausdrücklich geregelt. Dabei geht nur aus der Begründung klar hervor, dass die unter Verstoß gegen die neue Höchstgrenze vereinbarte Miete nicht insgesamt unwirksam ist aufgrund des Abweichungsverbots. Lediglich der die erlaubte Höchstgrenze überschießende Teil der Miete ist nicht geschuldet. Der Mieter ist zur Rückforderung nur des überschießenden Teils der unwirksam vereinbarten Miete berechtigt, muss hierfür aber vorher unter Nennung der maßgeblichen Tatsachen einen Verstoß gegen die Vorschriften in Textform (z.B. E-Mail) gerügt haben. Dabei wird der Mieter bereicherungsrechtlich privilegiert, da der Mieter in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt stets die unterlegene Partei der Verhandlungen ist. Daher ist die Rückforderung durch den Mieter trotz Zahlung in Kenntnis der Unwirksamkeit oder trotz Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot möglich.

Zur Überprüfbarkeit durch den Mieter wird ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Vermieter aufgenommen. Demnach muss der Vermieter dem Mieter auf Anfrage in Textform alle nicht allgemein zugänglichen Tatsachen mitteilen, die für die Zulässigkeit der vereinbarten Miete maßgeblich sind.

Die Regelungen zur Mietbremse gelten schließlich auch für Staffel- und Indexmietvereinbarungen, wobei bei Indexmieten nur auf die Ausgangsmiete abgestellt wird und bei Staffelmieten auf den Zeitpunkt, zu dem die jeweilige Mietstaffel fällig wird. case if the expenditure reaches one third of the costs for a comparable newly built flat.

The rent increase regulations governing the rent increase cap are likewise inapplicable to housing let for temporary use, furnished rooms in the landlord's flat, and special council offers for persons with an urgent need for housing. Such constitute special tenancies outside the normal housing market.

The prohibition of deviation common in residential tenancy law is also standardised for the new regulations. Accordingly, any deviation from the legal stipulations that put the tenant at a disadvantage will render that contractual provision ineffective.

However, restitution claims are governed explicitly. And yet it is only clear from the rationale of the draft that a rent agreed in violation of the maximum limit is not wholly ineffective due to the prohibition of deviation. It is merely that part of the rent which exceeds the permitted maximum limit that will not be due. The tenant is only entitled to claim restitution of that part which exceeds the ineffectively agreed rent, yet prior to doing so, the tenant must have made a complaint in text form (such as by e-mail) specifying the material facts of a violation of the provisions. The tenant is privileged with respect to the law of unjust enrichment, as the tenant is always the weaker party in a negotiation in a tight housing market. Therefore the tenant's claim for restitution is possible despite payment made in the knowledge of the ineffectiveness or despite a violation of a statutory prohibition.

A right to information from the landlord will be included in order to permit the tenant to verify the facts. Accordingly, the landlord must provide the tenant in text form with all facts that generally are not publicly available and are relevant to the permissibility of the agreed rent.

Finally, the provisions on the rent increase cap also apply to stepped rent and index rent agreements, whereupon for index rents it is only applied to the starting rent, while stepped rents are subject on the date on which the respective step-up becomes due.

#### **BESTELLERPINZIP**

In der Regel meldet sich ein Wohnungssuchender auf ein Inserat, das der vom Vermieter mit der Mietersuche beauftragte Makler geschaltet hat. Um zu vermeiden, dass er dann eine (gesonderte) Courtage oder die vom Vermieter geschuldete zahlen soll, werden im Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung Anpassungen vorgenommen.

Danach schuldet ein Wohnungssuchender ausschließlich dann ein Entgelt, wenn er dem Wohnungsvermittler in Textform einen Suchauftrag erteilt hat und zusätzlich der Wohnungsvermittler ausschließlich aufgrund dieses Auftrages tätig wird. Abweichende Vereinbarungen sind zum einen unwirksam und stellen zum anderen eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße von bis zu 25.000,00 Euro geahndet werden kann.

#### **AUSBLICK**

Zeitlich ist vor einem Inkrafttreten vor 2015 nicht zu rechnen. Insbesondere, wenn für den Entwurf innerhalb der Regierungskoalition weitgehende Änderungen gefordert werden.

Mit den geplanten Regelungen verstärkte der Gesetzgeber seine Marktregulierung im sozialen Mietrecht. Das bestehende Instrumentarium würde um die Mietpreisbremse bei Wiedervermietungen ergänzt.

Da zunehmend die Kappungsgrenze für die Angleichung von Bestandsmieten pauschal nur für ganze Städte und Gemeinden herabgesetzt wird, ist damit zu rechnen, dass die Landesregierungen auch die Mietbremse bei der Wiedervermietung entsprechend undifferenziert und großflächig einführen wird. So sind Berlin und Hamburg jeweils pauschal und insgesamt als Gemeinden festgelegt worden, in der die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist¹.

**Berlin:** Verordnung zur Senkung der Kappungsgrenze gemäß § 558 Absatz 3 BGB (Kappungsgrenzen-Verordnung) vom 07. Mai 2013 (GVBI. 2012 128):

**Hamburg:** Verordnung über die Absenkung der Kappungsgrenze bei Mieterhöhungen bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete nach § 558 Absatz 3 Bürgerliches Gesetzbuch (Kappungsgrenzenverordnung) vom 30. Juli 2013 (HmbGVBI. 2013, 350);

**Nordrhein-Westfalen:** Verordnung zur Bestimmung der Gebiete mit Absenkung der Kappungsgrenze (Kappungsgrenzenverordnung – Kapp-GrenzVO NRW) vom 20. Mai 2014 (GV. NRW 2014, 298).

#### ORDERER PRINCIPLE

Generally, a person looking for a flat will answer an ad placed by the letting agent commissioned by the landlord. In order to prevent that person from being required to pay a (separate) fee or the fee owed by the landlord, the law governing housing agencies will be amended.

Accordingly, a person looking for a flat will only owe a fee if he or she has instructed the letting agent in writing to find a flat, and the letting agent also becomes active solely on the basis of this mandate. Any deviating agreements are ineffective on the one hand, and on the other constitute a regulatory offence that may be punished by a fine of up to 25,000 euros.

#### **OUTLOOK**

It is not expected to enter into force before 2015. Particularly, if extensive changes to the draft are demanded within the coalition government. The legislator would increase its market regulation in social tenancy law with these planned provisions. The existing instruments would be complemented by a cap on rents when flats are re-let.

As the cap for adjusting existing rents is only reduced across-the-board for entire towns and municipalities, it can be assumed that the State governments will also introduce the rent cap for re-letting in a similarly undifferentiated and broad manner. For example, Berlin and Hamburg have each been sweepingly and jointly defined as municipalities in which the population is particularly at risk of experiencing a shortage of rented flats at reasonable terms<sup>1</sup>. North Rhine-Westphalia and

**North Rhine-Westphalia:** Decree to determine the areas with a lowered cap (Cap Decree – KappGrenzVO NRW) of May 20, 2014 (GV. NRW 2014, 298).

<sup>1</sup> **Bayern:** Verordnung über die Gebiete nach §§ 577a und 558 BGB (Wohnungsgebieteverordnung – WoGeV) vom 15. Mai 2012 (GVBl. 2012,189), geändert 03. Mai 2013 und zuletzt 23. Juli 2013; offenbar beantragen Gemeinden die Aufnahme in die Verordnung bei der Landesregierung, wobei unklar bleibt, ob und welche Unterlagen von den Gemeinden vorgelegt werden müssen.

<sup>1</sup> Bavaria: Decree on the areas under Sections 577(a) and 558 Civil Code (Residential Area Decree – WoGeV) of 15 May 2012 (GVBI. 2012,189), amended on May 3, 2013 and most recently on July 23, 2013; apparently municipalities will apply to be included in the decree issued by the state government, although it is unclear which documents if any municipalities will be required to submit. Berlin: Decree to lower the cap pursuant to Section 558(3) Civil Code (Cap Decree) of May 7, 2013 (GVBI. 2013, 128); Hamburg: Decree on the reduction of the cap in the case of increases in rent up to the reference rent customary in the locality in accordance with Section 558(3) Civil Code (Cap Decree) of July 30, 2013 (HmbGVBI. 2013, 350);

Nordrhein-Westfalen und Bayern haben ebenfalls Verordnungen erlassen, in denen die Kappungsgrenze in Großstädten wie München und Düsseldorf und einer Vielzahl von weiteren Städten und Gemeinden (59 in Nordrhein-Westfalen und 89 in Bayern) eingeführt wurde. In Bayern wurde die Kappungsgrenze mit Ausnahme von München allerdings nur bis Ende 2015 festgelegt. Von daher wird man sich auf eine sehr weitverbreitete Anwendung der neuen Mietbremse einstellen müssen. Zumal es nicht ersichtlich ist, dass der Bundesgesetzgeber die Einschätzung des Landesverordnungsgebers durch Vorgabe harter und überprüfbarer Voraussetzungen für das Vorliegen der angespannten Marktsituation eingrenzen wird. Allerdings enthält die Entwurfsbegründung durchaus Überlegungen, wie eine sachgerechte Abwägung aussehen müsste, um auch dem verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz Genüge zu tun. Bei unbegründeter Pauschalausweisung müssten Vermieter wenn möglich die Rechtsverordnung selbst angreifen, wobei entsprechende Gerichtsprozesse sich über mehrere Jahre hinziehen können.

Die bislang einfach zu handhabende Staffelmiete könnte durch die Anwendung der Regelung zur Mietbremse bei jeder Staffelerhöhung an Anziehungskraft verlieren. Die Indexmiete könnte dagegen zunehmend Verbreitung finden.

Problematisch für Vermieter ist zudem, dass Rechtssicherheit nur bei Existenz von (qualifizierten) Mietspiegeln erlangt werden kann. Nur wenn eine Vergleichsmiete überhaupt ermittelt werden kann, lässt sich eine einigermaßen belastbare Berechnung vornehmen. Andernfalls steigt das Risiko, dass die Miete sich als überhöht herausstellt, und der Vermieter sieht sich den Rückforderungsansprüchen des Mieters gegenüber.

Während die Mietbremse geeignet sein mag, die Preisentwicklung im Wohnungsmarkt zu dämpfen, darf bezweifelt werden, ob damit nachhaltig die Chancen von Geringverdienern oder Durchschnittsverdienern in stark nachgefragten Wohngegenden verbessert werden. Es wird nur die finanzielle Möglichkeit der Anmietung gesichert. Das führt im Zweifel zu (noch) mehr Mietinteressenten für dieselbe Wohnung und wird kaum etwas daran ändern, dass Vermieter aus nachvollziehbaren Gründen bonitätsstärkere Mieter bevorzugen. Laut einer Veröffentlichung zum Entwurf plant die Bundesregierung aber weitere Maßnahmen zur Behebung der Wohnungsknappheit.

Bavaria have also enacted decrees introducing the cap in major cities such as Munich and Dusseldorf, as well as a large number of other cities and municipalities (59 in North Rhine-Westphalia and 89 in Bavaria). With the exception of Munich, however, the cap was only agreed in Bavaria until the end of 2015. This means that the application of the new rent cap can be anticipated to be very widespread. Particularly as it is not clear that the federal legislator will limit the State regulators in their assessment by stipulating clear and verifiable criteria for determining if a market is tight. However, the rationale of the draft does contain considerations discussing what an appropriate assessment would need to consist of, to also satisfy constitutionally guaranteed protection of property. Landlords would be required to challenge an unjustified blanket designation themselves, with corresponding court proceedings potentially dragging on for years.

Stepped rents, which previously were easy to manage, might lose in appeal as the rent increase cap provision is applied to each step-up increase. As a result, the index rent might grow in popularity.

It is also problematic for landlords that they can only obtain legal certainty from (qualified) rental indices. It is only possible to make a reasonably reliable calculation if a reference rent can be determined. If not, the risk of the rent turning out to be excessive will increase, and the landlord will be faced with a tenant's claims for restitution.

While the rent increase cap may be suited to curb the price development in the housing market, it is questionable as to whether it improves the chances of low-income and average-income earners in residential areas that are in high demand. It merely secures the financial possibility to rent. This may potentially result in (even) more applicants for one flat, and will not do much to change the fact that landlords prefer tenants with a good credit history for obvious reasons. However, according to a publication accompanying the draft, the federal government plans further measures to ease the shortage of housing.



Gelena Yufa Associate, Frankfurt T+49 69 7941 1027 gyufa@mayerbrown.com

Unzulässigkeit der Verwertung einer Mietkaution während des laufenden Mietverhältnisses bei streitigen Forderungen des Mieters im Wohnraummietrecht

BGH VIII ZR 234/13 vom 7. Mai 2014

### SACHVERHALT

Die Klägerin ist Mieterin einer Wohnung des Beklagten. Entsprechend einer mietvertraglichen Vereinbarung zahlte sie 1.400,00 Euro auf ein Kautionskonto. Eine Zusatzvereinbarung der Parteien zum Mietvertrag bestimmt:

"Der Vermieter kann sich wegen seiner fälligen Ansprüche bereits während des Mietverhältnisses aus der Kaution befriedigen. Der Mieter ist in diesem Fall verpflichtet, die Kautionssumme wieder auf den ursprünglichen Betrag zu erhöhen …"

Die Klägerin machte im weiteren Verlauf des Mietverhältnisses eine Minderung der Miete geltend und hielt die Mietzahlungen teilweise zurück. Darauf ließ sich der Beklagte während des laufenden Mietverhältnisses das Kautionsguthaben auszahlen. Die Klägerin verlangt nunmehr vom Beklagten, den Betrag dem Kautionskonto gutzuschreiben und insolvenzfest anzulegen. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung des Landgerichts legte der Beklagte die vom Berufungsgericht zugelassene Revision ein, mit der er seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

## INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Die Revision des Beklagten blieb auch vor dem BGH ohne Erfolg. Der VIII. Zivilsenat hat entschieden, dass der Beklagte nicht berechtigt war, die Kaution während des laufenden Mietverhältnisses in Anspruch zu nehmen. Das Impermissibility of the use of a tenancy deposit during an existing tenancy in the event of contentious claims by the tenant under residential tenancy law

BGH VIII ZR 234/13 of May 7, 2014

#### **FACTS**

The appellant is a tenant in a flat owned by the respondent. She remitted EUR1,400.00 to a tenancy deposit account in accordance with the tenancy agreement. An additional agreement by the parties to the tenancy agreement states:

"The landlord may use the deposit to satisfy any claims due during the tenancy. In this case the tenant is obliged to increase the deposit to the original balance..."

In the course of the tenancy the appellant asserted a reduction in rent and partially retained the rent payments. The respondent then had the tenancy deposit paid out to him during the tenancy. The appellant now demands that the respondent pay the amount into the deposit account and invest it protected against insolvency. The district court has upheld the complaint, the regional court has dismissed the respondent's appeal. The respondent appealed the decision by the regional court as permitted by the appellate court, pursuing his motion to dismiss.

## CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The respondent's appeal to the Federal Court of Justice was unsuccessful. The VIIIth Civil Senate of the Federal Court of Justice ruled that the respondent was not entitled to claim the tenancy deposit during tenancy.

Vorgehen des Beklagten widerspreche dem in § 551 Abs. 3 BGB zum Ausdruck gekommenen Treuhandcharakter der Mietkaution. Nach Auffassung des BGH dient die Mietkaution nicht dazu, dem Vermieter eine Verwertungsmöglichkeit zum Zwecke schneller Befriedigung behaupteter Ansprüche gegen den Mieter während des laufenden Mietverhältnisses zu eröffnen. Gemäß § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB habe der Vermieter die ihm als Sicherheit überlassene Geldsumme getrennt von seinem Vermögen anzulegen; die Erträge werden dabei dem Mieter zugeordnet. Dadurch komme der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck, dass der Mieter die Kaution nach Beendigung des Mietverhältnisses auch bei Insolvenz des Vermieters ungeschmälert zurückerhält, soweit dem Vermieter keine gesicherten Ansprüche zustehen. Diese Zielsetzung würde unterlaufen, wenn der Vermieter bereits während des laufenden Mietverhältnisses wegen streitiger Forderungen auf die Kaution zugreifen könnte. Die Zusatzvereinbarung, die diesen Zugriff ermöglichte, war daher laut BGH gemäß § 551 Abs. 4 BGB unwirksam.

## AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Fraglich ist, welche Auswirkungen diese Entscheidung des VIII. Zivilsenats auf die Mietverhältnisse über Geschäftsräume hat. § 578 Abs. 2 BGB, der u. a. regelt, welche Vorschriften auf den Gewerberaum anwendbar sind, verweist nicht auf die Vorschrift des § 551 BGB und auf die dort geregelte Anlagepflicht des Vermieters. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte tendiert aber dazu, dem Gewerbemieter im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung einen Anspruch auf eine insolvenzfeste Anlage zu geben (z. B. OLG Nürnberg). Bereits im Jahre 1994 hat der BGH entschieden, dass bei einer vereinbarten Kaution eine Verpflichtung zur Verzinsung der Anlagen aus dem kaufmännischen Sicherungszweck zu folgern sei und diese Verzinsung in der Regel zu dem für Spareinlagen mit dreimonatiger Kündigungsfrist üblichen Zinssatz zu erfolgen habe. Der formularmäßige Verzinsungsausschluss dürfte daher nach überwiegender Ansicht in der Literatur wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters, die gleichzeitig keine Vorteile dem Vermieter bringt, unwirksam sein. Die o.g. Entscheidung betrifft aber lediglich die Verzinsungsverpflichtung des Vermieters und enthält keine Aussagen dazu, ob er im laufenden Mietverhältnis auf die Kaution zugreifen darf.

The respondent's actions contradicted the trust relationship of the tenancy deposit as expressed in Section 551 para 3 Civil Code. The Federal Court of Justice holds that the tenancy deposit is not intended to grant the landlord an avenue to quickly satisfy alleged claims against the tenant in an ongoing tenancy. Under Section 551 para 3 sentence 3 Civil Code, the landlord is required to invest the amount ceded to him as a security separate from his own assets; the earnings are accrued to the tenant. This expresses the legislative intention that the tenant will receive back the full tenancy deposit after termination of the tenancy, even in the event of insolvency on the part of the landlord, insofar as the landlord has no claims against the tenant secured by this deposit. This goal would be undermined if the landlord were able to access the tenancy deposit due to a contentious claim during tenancy. The Federal Court of Justice therefore found the additional agreement enabling said access to be ineffective under Section 551 para 4 Civil Code.

## IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

It is questionable as to which ramifications this decision by the VIIIth Civil Senate of the Federal Court of Justice will have for the tenancy of commercial premises. Section 578(2) Civil Code, which among other things governs which provisions apply to commercial premises, does not reference Section 551 Civil Code and the landlord's obligation to invest governed therein. However, adjudication of the higher regional courts tends to award commercial tenants a claim to insolvency protected investment by way of an additional interpretation of the contract (Nuremberg Higher Regional Court). As early as 1994, the Federal Court of Justice had ruled that an agreed tenancy deposit inferred an obligation to pay interest on the amounts resulting from a business requirement for security, and that said interest should generally be paid applying the rate usual for savings, with a notice period of three months. Thus, according to the prevailing view in literature, a contractual exclusion of interest constituting as it does an inappropriate disadvantage for the tenant while providing no benefit to the landlord will be deemed ineffective. However, the aforementioned decision only affects the landlord's obligation to pay interest, and does not make any statement as to whether he or she may make use of the tenancy deposit during tenancy.

Vielfach enthalten die gewerblichen Mietverträge eine Klausel, die dem Vermieter einen Zugriff auf die Mietkaution im laufenden Mietverhältnis erlaubt. Ohne solche Vereinbarung darf der Vermieter nur wegen unstreitiger, rechtskräftig festgestellter oder offensichtlich begründeten Forderungen auf die Sicherheit zugreifen. Während Teile der Rechtsprechung die Zulässigkeit entsprechender Klauseln im Gewerbemietrecht im Rahmen einer AGB-Kontrolle bejahen (z. B. OLG Karlsruhe), gibt es einige Literaturstimmen, die solche Klauseln wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters für unangemessen halten. Allerdings ist eine Verwertung der Kaution während der Mietzeit durch die gesetzlichen Regelungen in keiner Weise beschränkt. Das OLG Karlsruhe hob in seiner Entscheidung hervor, dass in der Rechtsprechung und Literatur lediglich umstritten sei, ob ohne eine ausdrückliche vertragliche Regelung eine Inanspruchnahme der Kaution möglich sein soll, wenn der Mieter das Bestehen der Hauptforderung bestreitet. Wurde solche Vereinbarung getroffen, darf der Vermieter auf die Kaution zugreifen. An diesem Grundsatz wird wohl auch die aktuelle Entscheidung des VIII. Zivilsenats nichts ändern, da, wie bereits oben dargestellt, § 551 BGB ausschließlich nur für die Wohnraummietverhältnisse gilt und keine Beschränkungen für den gewerblichen Vermieter enthält. Diese Vorschrift wird auch in der hiesigen Entscheidung ausdrücklich erwähnt, als der Senat die Einschlägigkeit seines Urteils vom 12. Januar 1972 (BGH VIII ZR 26/71) ablehnt, dem ein Mietverhältnis über Geschäftsraum zugrunde lag. Die Entscheidung aus dem Jahr 1972 selbst sagt allerdings nichts dazu, ob eine Vereinbarung der Zugriffsmöglichkeit des Vermieters auf die Kaution im laufenden Mietverhältnis bei streitigen Forderungen zulässig ist und der AGB-Kontrolle standhält. Eine endgültige Entscheidung des BGH zur Zulässigkeit solcher Klauseln im Bereich der Gewerberaummiete ist noch abzuwarten.

Als Tipp für die Praxis müsste man nach wie vor empfehlen, entsprechende Klausel, die dem Vermieter Zugriff auf die Mietkaution erlaubt und auch den Mieter zur anschließenden Wiederauffüllung der Kaution verpflichtet, ausdrücklich in den Mietvertrag aufzunehmen. Ein geringes Restrisiko, dass solche Klausel der AGB-Kontrolle nicht standhält, bleibt dabei erhalten.

Commercial tenancy agreements often contain a clause permitting the landlord to make use of the tenancy deposit during tenancy. In the absence of such an agreement, the landlord may only access the deposit in the event of claims that are undisputed and upheld by a court or are obviously justified. Whereas parts of adjudication confirm the permissibility of a corresponding clause in commercial tenancy law under an inspection of General Terms and Conditions (e.g. Karlsruhe Higher Regional Court), there are opinions in literature that consider such a clause inappropriate due to it being an inappropriate disadvantage for the tenant. However, use of the deposit during tenancy is not in any way restricted by legal provisions. The Karlsruhe Higher Regional Court in its decision mentioned above emphasised that it was merely a controversial matter in adjudication and literature as to whether use of the deposit should be possible without an explicit contractual provision if the tenant disputes the existence of the principal claim. If such an agreement has been made, the landlord may make use of the deposit. It is likely the decision by the VIIIth Civil Senate of the Federal Court of Justice will not change this principle either, given that as outlined above, Section 551 Civil Code applies exclusively to residential tenancies and does not impose any restrictions on commercial landlords. This provision is also mentioned expressly in the present ruling, where the court rejects relevancy of its decision of January 12, 1972, which was based on a tenancy for a commercial premises. However, the decision of 1972 itself makes no mention as to whether an agreement governing the landlord's access to the deposit during tenancy is permissible in the event of a disputed claim and holds up to an inspection of the Terms and Conditions. A final decision by the Federal Court of Justice on the permissibility of such clauses in commercial tenancy is yet to be ruled.

It remains recommendable as a tip in practice to expressly include corresponding clauses in the tenancy agreement, which permit the landlord to use the deposit and which obligate the tenant to subsequently balance the deposit. There is a residual risk that such clauses will not bear up under an judicial inspection of General Terms and Conditions.

Interessant ist insoweit auch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Verwertung der Mietsicherheit nach Beendigung des Mietverhältnisses. So hat das OLG Karlsruhe am 18. August 2008 entschieden, dass nach Beendigung des Mietverhältnisses der Mietkaution neben der Sicherungs- auch die Verwertungsfunktion zukomme. Das hat zur Folge, dass der Vermieter am Ende des Mietverhältnisses unter der Voraussetzung einer ordentlichen Abrechnung gegenüber dem Mieter auf die Kaution grundsätzlich zugreifen darf. Diese Ansprüche müssen nicht unstreitig sein und auch eine entsprechende Vereinbarung im Mietvertrag sei insoweit nicht erforderlich. In diesem Fall wird der Mieter auf den Klageweg verwiesen, da ihm der einstweilige Rechtsschutz insoweit verwehrt ist. Diese Entscheidung wurde allerdings bisher von anderen Oberlandesgerichten nicht unterstützt und auch der BGH hat sich dazu bisher noch nicht geäußert.

In this respect the adjudication of higher regional courts on use of the tenancy deposit after termination of the tenancy remains relevant. For example, the Karlsruhe Higher Regional Court in its decision of August 18, 2008 ruled that following termination of tenancy, the tenancy deposit acquired the function of realisation in addition to that of a security. The result is that a landlord may generally access the tenancy deposit at the end of tenancy provided a proper accounting was made to the tenant. Accordingly, the claims do not have to be undisputed and the tenancy agreement need not contain a corresponding clause. In this case the tenant is referred to legal action, as he has no recourse to temporary injunction. However, so far this decision has not been upheld by other higher regional courts and the Federal Court of Justice has not yet voiced its own opinion on the matter.



Annika Bautz Associate, Frankfurt T+49 69 7941 1891 abautz@mayerbrown.com

Zum Zeitpunkt der Voraussetzungen für eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs

LG Flensburg, Beschluss vom 28. März 2014 – 1 T 8/14

Ist der Mieter mit der Zahlung des Mietzinses in Verzug, so ist der Vermieter - unter Berücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB - zur außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt. Nicht eindeutig geregelt ist in diesem Zusammenhang allerdings die Frage, ob ein solches Kündigungsrecht auch dann (fort)besteht, wenn der Mieter nach Ausspruch der Kündigung durch den Vermieter Teilzahlungen vornimmt und somit den bestehenden Mietrückstand nachträglich reduziert. Das Landgericht (LG) Flensburg hat sich in seinem Beschluss vom 28. März 2014 nunmehr mit dieser Fragestellung beschäftigt.

## **LEITSATZ**

Der Kündigungstatbestand muss im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr vorliegen. Das Kündigungsrecht des Vermieters ist erst ausgeschlossen, wenn eine vollständige Befriedigung erfolgt.

## INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Das LG Flensburg hat in seinem Beschluss eine Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses durch den Vermieter gem. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3b BGB für zulässig erachtet. Nach der genannten Bestimmung liege ein wichtiger Grund zur Kündigung vor, wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall erfüllt und zwar ungeachtet der Tatsache, dass der Mieter nach

On the time of requirements for a termination due to arrears

Flensburg Regional Court, decision of March 28, 2014 – 1 T 8/14

If the tenant is in arrears with the rent, the landlord is entitled - taking into account the legal provisions of Section 543 para 2 no. 3 Civil Code - to an extraordinary termination of the tenancy. However, in this context the question as to whether such a right to termination is present (or endures) if the tenant makes part payments, thus subsequently reducing the existing arrears of rent after the landlord has given notice, is not unambiguously regulated. The Flensburg Regional Court in its decision of March 28, 2014 has now taken up this question.

## **GUIDING PRINCIPLE**

The circumstances leading to a termination no longer need to be present at the time of termination. The landlord's right to termination is only excluded if full settlement is made.

## CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The Flensburg Regional Court in its decision held the termination of a residential tenancy by the landlord to be permissible under Section 543 para 2 sentence Ino 3b Civil Code. According to said provision, a compelling reason for termination is given if the tenant is in arrears, on two successive dates, of payment of the rent in an amount equal to two months' rent. These requirements were met in the present case, irrespective of the fact that the tenant had made part payments towards the rent owed following receipt of termination.

Ausspruch der Kündigung entsprechende Teilzahlungen auf die rückständige Miete geleistet habe.
Insofern sei zu berücksichtigen, dass ein einmal entstandener Kündigungsgrund erst dann wieder erlösche, wenn der Vermieter vollständig befriedigt werde. Auch erfordere die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs nicht, dass der Kündigungstatbestand zum Zeitpunkt der Kündigung noch erfüllt sei; vielmehr reiche insofern aus, dass der Kündigungstatbestand vor Abgabe der Kündigungserklärung verwirklicht gewesen sei.

Thus it should be considered that once extant, a reason for termination only lapses when all debts to the landlord have been settled. Neither does the validity of a termination without notice due to arrears require that the circumstances of the termination still be extant at the time of termination; rather, it is sufficient that the circumstances of the termination were extant prior to issuance of the termination letter.

## AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Mit seinem Beschluss, der für den Bereich des Gewerberaummietrechts gleichermaßen gilt, schließt sich das LG Flensburg der weitgehend einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur an. Vermieter können demnach an der von ihnen ausgesprochenen Kündigung festhalten, selbst wenn der Mieter nachträglich entsprechende Teilzahlungen auf den Mietrückstand geleistet hat. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Mieter vor Zugang der Kündigung sämtliche Mietrückstände beglichen hat.

Die geäußerte Rechtsauffassung ist aus Sicht der Vermieter begrüßenswert. Wie auch das LG Flensburg zutreffend feststellt, würde eine andere Auslegung lediglich dazu führen, dass der Mieter stets der Kündigungsmöglichkeit entgehen könnte, indem er nach Erreichen eines Rückstandes von zwei Monaten eine geringfügige Zahlung vornimmt, die den Gesamtrückstand knapp unter die Grenze bringt. Gerade über einen längeren Zeitraum würde dies eine nicht zumutbare Beeinträchtigung des Vermieters darstellen, da sie nicht nur die Verfügung über die Mietrückstände, sondern auch die Kalkulation der zukünftig zu erwartenden Mieteinnahmen durch den Vermieter erheblich erschweren würde.

Ausdrücklich ist in diesem Zusammenhang aber anzumerken, dass die vorstehende Frage, ob und inwieweit ein einmal entstandenes Kündigungsrecht durch nachträgliche Zahlung wieder erlöschen kann, von der Frage zu trennen ist, bis zu welchem Zeitpunkt die Kündigungsvoraussetzungen spätestens vorliegen müssen. In diesem Zusammenhang ist die Rechtslage weit weniger eindeutig und bislang nicht höchstrichterlich entschieden. Während ein Teil in Rechtsprechung und Literatur hier der Auffassung ist, dass die Kündigungsvoraussetzungen bereits bei Abgabe der Kündigungserklärung vorgelegen haben müssen, vertritt der wohl leicht überwiegende Teil die Auffassung,

## IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The Flensburg Regional Court, with its decision that applies equally to commercial tenancy law, joins the relatively unanimous opinion in adjudication and literature. Accordingly, landlords may uphold the termination they issued, even if the tenant has made subsequent payments to reduce the arrears in rent. The situation only changes if the tenant has paid all outstanding rent prior to receipt of the termination.

The legal opinion voiced is welcomed by landlords. As the Flensburg Regional Court correctly points out, a different interpretation would result in the tenant being able to consistently escape termination by making a minor part payment when arrears total two months' rent, thus bringing the total arrears just below the limit. This would constitute an unreasonable burden on the landlord, particularly over a longer period of time, as it would not only make it significantly more difficult for the landlord to dispose of the arrears but also to calculate anticipated future rent income.

However, it should be noted in this specific context that the above question regarding if and to what extent a right to termination, once extant, may lapse following subsequent payment, must be separated from the question of the time by which circumstances for termination must be present by the latest. The legal position is far more ambiguous in this context and thus far has not been decided by the highest court. Whereas some in adjudication and literature hold the view in this case that circumstances of termination must already be present when the termination is issued, a slim majority hold that it is sufficient if circumstances for termination

dass es ausreichend ist, wenn die Kündigungsvoraussetzungen erst zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bestehen müssen. Folgt man der zuletzt genannten Auffassung, so würde dies bedeuten, dass eine Kündigung selbst dann zulässig ist, wenn der das Kündigungsrecht begründende Verzug erst nach Abgabe der entsprechenden Kündigungserklärung, aber vor beziehungsweise zugleich mit dem Zugang der Kündigungserklärung eintritt. are present only at the time of receipt of the termination letter. If one agrees with the latter opinion, this would mean that a termination is permissible, even if the arrears justifying the right to termination only commence after issuance of the relevant termination letter, but prior to or simultaneously with receipt of the termination letter.



Anja Giesen Associate, Düsseldorf T+49 211 86224 240 agiesen@mayerbrown.com

Grundlage von Honoraransprüchen und Unwirksamkeit des § 6 Abs. 3 HOAI 2013 (§ 6 Abs. 2 HOAI 2009)

BGH, Urteil vom 24. April 2014 – VII ZR 164/2013

Genau ein Jahr nachdem der Referentenentwurf der am 16. Juli 2013 im Bundesgesetzblatt Teil I Nr. 37 veröffentlichten und einen Tag später in Kraft getretenen novellierten Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI 2013) durch Kabinettsbeschluss dem Bundesrat zur Zustimmung zugeleitet wurde, verkündete der Bundesgerichtshof (BGH) sein Urteil vom 24. April 2014 (VII ZR 164/2013), in dem unter anderem die Unwirksamkeit des § 6 Abs. 2 HOAI 2009, der der Regelung des § 6 Abs. 3 HOAI 2013 entspricht, festgestellt wurde. Danach konnten die Vertragsparteien, wenn zum Zeitpunkt der Beauftragung noch keine Planungen als Voraussetzung für eine Kostenschätzung oder Kostenberechnung vorliegen, schriftlich vereinbaren, dass das Honorar auf der Grundlage der anrechenbaren Kosten einer Baukostenvereinbarung nach den Vorschriften der HOAI berechnet wird, wobei nachprüfbare Baukosten einvernehmlich festgelegt werden konnten.

Die HOAI ist eine Verordnung des Bundes, die auf der Grundlage des Gesetzes zur Regelung von Ingenieurund Architektenleistungen (ArchLG), Art. 10, §§ 1, 2 MRVG, erlassen wurde. Nach der Reform 2009, die im Wesentlichen zum Ziel hatte, die Regelungen zu vereinfachen und transparenter zu gestalten, Anreize für kostensparendes Bauen aufzunehmen und durch die Eröffnung von Verhandlungsspielräumen flexible Reaktionen auf die jeweiligen Marktbedingungen zu ermöglichen, zielten die 2013 verabschiedeten Änderungen neben einer Aktualisierung der Honorartafelwerte vornehmlich auf Basis for fee claims and ineffectiveness of Section 6(3) HOAI 2013 [Fee Structure for Architects and Engineers] (Section 6(2) HOAI 2009)

Federal Court of Justice, decision of April 24, 2014 – VII ZR 164/2013

Precisely one year after the amended draft bill of the Fee Structure for Architects and Engineers (HOAI 2013) - published in the Official Gazette part I no. 37 on July 16, 2013 and which entered into force a day later - was forwarded to the Bundestag for approval by cabinet decision, the Federal Court of Justice (BGH) handed down its ruling of April 24, 2014 (VII ZR 164/2013), finding inter alia Section 6 para 2 HOAI 2009, which corresponds to the provision in Section 6(3) HOAI 2013, to be ineffective. In the event that no plans had been submitted for a cost estimate or cost calculation at the time of commissioning, according to this provision parties to a contract could agree in writing that the fee would be calculated based on the chargeable costs of a building costs agreement under the terms of the HOAI, whereby verifiable building costs could be determined jointly by the parties.

The HOAI is a federal decree that was enacted on the basis of the Law Governing Engineer and Architect Services (ArchLG), Article 10, Sections 1, 2 MRVG (Act to Improve Tenancy Law and Cap Rent Increases as well as to Govern Engineer and Architect Services). While the primary objective of the reform in 2009 was to simplify the provisions and arrange for greater transparency, to include incentives for cost-efficient construction and, by creating room to negotiate, to enable flexible responses to respective market conditions, the amendments in 2013, in addition to updating the fee table

eine baufachliche Überarbeitung der Leistungsbilder unter Berücksichtigung digitalisierter Arbeitsmethoden ab.

In dem vorliegenden Fall hatte der BGH sich neben der Unwirksamkeit des § 6 Abs 2 (Abs. 3 n.F.) HOAI auch mit den Fragen zu befassen, ob eine Honorarvereinbarung bei Nichtbeachtung von Vorschriften über die Aufstellung eines Haushaltsplans nichtig ist.

## **SACHVERHALT**

Das Land als Auftraggeber und die Auftragnehmerin hatten im Vertrag vom 26. November/10. Dezember 2009, der in den Geltungsbereich der HOAI 2009 fällt, ein Honorar in Höhe von EUR 24.478,04 für die Objekt- und Tragwerksplanung der Erneuerung einer Wegüberführung der BAB 65 vereinbart. Das beklagte Land hat das vereinbarte Honorar bezahlt. Der Kläger, der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Auftragnehmerin, macht geltend, dass die Vereinbarung unwirksam sei, und verlangte auf Basis einer aktualisierten Kostenrechnung die Zahlung eines weiteren nach dem Mindestsatz berechneten Honorars.

### INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Der BGH hat entschieden, dass dem Kläger dem Grunde nach ein weiterer Honoraranspruch zusteht. Die getroffene Honorarvereinbarung auf Basis der einvernehmlich gemäß § 6 Abs. 2 HOAI 2009 festgelegten Baukosten erachtet der BGH als unwirksam.

Der BGH hat in der Entscheidung zunächst festgestellt, dass Vorschriften über die Aufstellung des Haushaltsplans keine Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB sind, so dass die Honorarvereinbarung – entgegen der Entscheidung des Berufungsgerichts – nicht wegen eines Verstoßes gegen §§ 24 und 54 der Landeshaushaltsordnung Rheinland-Pfalz nichtig sei. Denn der jährlich nach diesen Vorschriften aufzustellende Haushaltsplan diene der Feststellung und Deckung des Finanzbedarfs, der zur Erfüllung der Aufgaben des Landes voraussichtlich notwendig ist, und habe nicht den Zweck, den wirtschaftlichen Erfolg einer privatrechtlichen Vereinbarung zu verhindern.

Vielmehr stützt der BGH seine Entscheidung auf eine Unwirksamkeit des § 6 Abs. 2 HOAI 2009 als Berechnungsgrundlage. Da diese Vorschrift den Parteien die Möglichkeit gebe, das Honorar auf einer einvernehmlichen Festlegung zu vereinbaren, werde dadurch ein values, were aimed primarily at revising the scope of works from a building expert aspect, taking into account digitised work methods.

In the present case, in addition to the ineffectiveness of Section 6 para 2 (para. 3 as amended), the Federal Court of Justice also had to deal with the question whether ignoring the provisions on the preparation of a budget renders a fee agreement null and void.

## **FACTS**

The State, as the principal, and the agent had agreed a fee of EUR24,478.04 for the planning and structural engineering design of the renewal of a road bridge of federal motorway 65 in a contract dated November 26/December 10, 2009, which falls under the scope of HOAI 2009. The respondent State paid the agreed fee. The appellant, the insolvency practitioner administrating the agent's assets, asserts that the agreement is ineffective and based on an updated cost calculation, demanded payment of an additional fee calculated according to the minimum rate.

## CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The Federal Court of Justice ruled that the appellant was entitled to an additional fee based on the merits of the case. The Federal Court of Justice deemed the fee agreement concluded based on the building costs jointly determined under Section 6 para 2 HOAI 2009 to be ineffective.

The Federal Court of Justice found that the provisions on the preparation of a budget are not prohibitive laws under the meaning of Section 134 Civil Code, thereby not rendering the fee agreement null and void – in opposition to the decision of the appellate court – due to a breach of Sections 24 and 54 of the State Budget Code of Rhineland-Palatinate. It reasoned that the budget drawn up annually under these provisions served to determine and cover funds required by the State to meet its obligations, but was not intended to prevent the economic success of an agreement concluded under private law.

Rather, the Federal Court of Justice cites as the basis of its decision the ineffectiveness of Section 6 para 2 HOAI 2009 as a basis for calculation. As this provision allows the parties to determine the fee jointly, it permits an undercutting of the

Unterschreiten der Mindestsätze zugelassen, ohne dass ein zulässiger Ausnahmefall (beispielsweise bei engen Beziehungen rechtlicher, wirtschaftlicher, sozialer oder persönlicher Art) vorliege. Insbesondere der Wunsch nach Kostensicherheit rechtfertige keine Ausnahme. Damit sei die Vorschrift von der Ermächtigungsgrundlage des Art. 10, §§ 1, 2 MRVG nicht gedeckt. Sinn und Zweck der Mindestsätze und die Unzulässigkeit einer Unterschreitung sei die Förderung des Qualitätswettbewerbs und einen ruinösen Preiswettbewerb zu verhindern. Dem läuft nicht nur eine freie Vereinbarkeit des Honorars unterhalb der Mindestsätze zuwider, sondern auch eine Regelung, nach der die Faktoren für die Berechnung des Mindesthonorars mit der Folge einer Unterschreitung der vorgesehenen Sätze ausgehandelt werden können.

Das Honorar war daher auf der Basis des § 6 Abs. 1 HOAI, nämlich, soweit eine Kostenberechnung nicht vorliegt, auf der Grundlage der Kostenschätzung für die Leistungsbilder, zu berechnen.

Der BGH stellt des Weiteren klar, dass jedoch eine Honorarvereinbarung innerhalb des Rahmens der Mindest- und Höchstsätze getroffen werden kann, in der die anrechenbaren Kosten oder diesen zugrundeliegenden Faktoren vertraglich festgelget werden.

## AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Maßgeblich für die Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung ist, dass diese im Rahmen der vorgeschriebenen Mindest- und Höchstsätze getroffen wird. Sofern eine Honorarvereinbarung auf der Grundlage des § 6 Abs. 2 HOAI 2009/ § 6 Abs. 3 HOAI 2013 getroffen wurde, die unter den nach der HOAI vorgesehenen Mindestsätzen liegt, besteht aus Sicht des Auftraggebers ein Risiko, dass diese unwirksam ist und der Auftragnehmer entsprechend der Regelung des § 6 Abs. 1 HOAI einen darüber hinausgehenden Anspruch hat. Mit Rücksicht auf die vom BGH festgestellte Unwirksamkeit des § 6 Abs. 3 HOAI 2013 empfiehlt es sich für die Zukunft, Honorarvereinbarungen nicht mehr auf diese Regelung zu stützen, sondern entsprechende Kostenschätzungen herbeizuführen und diese als Grundlage zu verwenden und/ oder eine unter Berücksichtigung zukünftiger tatsächlicher Baukosten variable Honorarvereinbarung zu treffen.

minimum rates without the existence of a permissible exception (such as in the case of close legal, economic, social or personal ties). The desire for a price guarantee in particular does not justify an exception. Thus the provision is not covered by the enabling provision of Article 10, Sections 1, 2 MRVG. The spirit and purpose of minimum rates and the impermissibility of undercutting is intended to promote quality competition and to avoid ruinous price competition. This is not only contradicted by the ability to agree a fee below the minimum rates, but also by a provision under which the factors in a calculation of a minimum fee can be negotiated to result in an undercutting of intended rates.

Therefore, the fee should have been calculated based on Section 6 para 1 HOAI, insofar as no cost calculation was available, using the cost estimate for the works as a basis.

The Federal Court of Justice furthermore clarified that a fee agreement may be concluded within the minimum and maximum rates, in which the chargeable costs or their underlying factors have been contractually agreed.

## IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

A fee agreement must be concluded within the limits of the decreed minimum and maximum rates in order to be effective. Insofar as a fee agreement was concluded based on Section 6 para 2 HOAI 2009/ Section 6 para 3 HOAI 2013 and is below the minimum rates defined by HOAI, the principal bears the risk that said rates are ineffective and that the agent will be entitled to additional claims pursuant to Section 6 para 1 HOAI. In light of the Federal Court of Justice finding that Section 6 para 3 HOAI 2013 is ineffective, it is recommended to no longer base fee agreements on this provision in future, and instead to include appropriate cost estimates as a basis and/ or to conclude a variable fee agreement taking into account future actual building costs.



Cornelia Geissler Associate, Frankfurt T+49 69 7941 1261 cgeissler@mayerbrown.com

## Überblick Grunderwerbsteuersätze

Die folgende Tabelle soll einen Überblick über den derzeitigen Stand (15. Mai 2014) der Grunderwerbsteuersätze in den einzelnen Bundesländern geben. Soweit konkrete Informationen und Hinweise auf eine Veränderung des Grunderwerbsteuersatzes in einem Bundesland bestehen, wurde dies entsprechend vermerkt. Änderungen seit der letzten Ausgabe im Frühling 2014 sind in fett hervorgehoben.

## Overview Real Estate Transfer Tax Rates

The following table provides an overview of the current status of the real estate transfer tax rates in the individual federal states (May 15, 2014). To the extent that specific information and indications regarding a change of the real estate transfer tax rate exist in a state, this was noted accordingly. Changes since the last issue in spring 2014 are marked in bold.

Baden-Württemberg	5,0 %
Bayern	3,5 %
Berlin	6,0 %
Brandenburg	5,0 %
Bremen	5,0 %
Hamburg	4,5 %
Hessen	5,0 % (Anhebung auf 6,0 % ab 1. August 2014 geplant)*
Mecklenburg-Vorpommern	5,0 %
Niedersachsen	5,0 %
Nordrhein-Westfalen	5,0 %
Rheinland-Pfalz	5,0 %
Saarland	5,5 %
Sachsen	3,5 %
Sachsen-Anhalt	5,0 %
Schleswig-Holstein	6,5 %
Thüringen	5,0 %

<sup>\*</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Hessischen Landesregierung für ein Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes 2013/2014 (19/387).

Baden-Württemberg	5.0%
Bavaria	3.5%
Berlin	6.0%
Brandenburg	5.0%
Bremen	5.0%
Hamburg	4.5%
Hesse	5.0% (increase to 6.0% planned as from August 1, 2014)*
Mecklenburg-Western Pomerania	5.0%
Lower Saxony	5.0%
North Rhine-Westphalia	5.0%
Rhineland-Palatinate	5.0%
Saarland	5.5%
Saxony	3.5%
Saxony-Anhalt	5.0%
Schleswig-Holstein	6.5%
Thuringia	5.0%

<sup>\*</sup> Pursuant to a draft law by the Hessian state government amending the budget act for the financial year 2013/2014 (19/387).

## ELMAR GÜNTHER

## OF COUNSEL, NOTAR, FRANKFURT

Elmar Günther ist Of Counsel der Praxisgruppe Immobilienrecht im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Er berät vor allem inländische und ausländische institutionelle Investoren und Banken bei rechtlichen Themen rund um die Immobilie als Investitionsobjekt sowie in der laufenden Bestandsverwaltung. Ein Schwerpunkt seiner Beratungstätigkeit liegt hierbei im Bereich des zivilrechtlichen Grundstückskauf- und Immobiliarsachenrechts, des gewerblichen Mietrechts sowie im Bereich des öffentlichrechtlichen Bau- und Planungsrechts. Neben seiner Qualifikation als Rechtsanwalt ist Elmar Günther als Notar in Frankfurt am Main bestellt.

## **GELENA YUFA**

## ASSOCIATE, FRANKFURT

Gelena Yufa ist Associate im Bereich Immobilienrecht im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Sie berät insbesondere bei inländischen wie auch grenzüberschreitenden Immobilientransaktionen und ist dabei mit den wesentlichen Aspekten rund um die Immobilie befasst.

## **ANNIKA BAUTZ**

## ASSOCIATE, FRANKFURT

Annika Bautz ist Associate im Bereich Immobilienrecht im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Sie berät nationale und internationale Mandanten bei Immobilientransaktionen, Projektentwicklungen sowie sämtlichen Fragen des gewerblichen Mietrechts, Öffentlichen Bau- und Planungsrechts und Vergaberechts.

## **ELMAR GÜNTHER**

## OF COUNSEL, NOTAR, FRANKFURT

Elmar Günther is an of counsel in the Frankfurt office of Mayer Brown's Real Estate practice group. In particular, he advises domestic and foreign institutional investors and banks on real estate investments as well as in relation to ongoing asset management. He primarily focuses on property acquisition law and real estate law, on commercial lease law as well as on public building and planning law. In addition to his qualification as a lawyer, Elmar is admitted and appointed as a German civil law notary in Frankfurt am Main.

## **GELENA YUFA**

## ASSOCIATE, FRANKFURT

Gelena Yufa is an associate in the Frankfurt office of Mayer Brown's Real Estate practice. Gelena advises clients on commercial property law and domestic and cross-border real estate transactions. She concentrates on real estate projects comprising the drafting, reviewing and assessment of contracts in the real estate area.

## **ANNIKA BAUTZ**

## ASSOCIATE, FRANKFURT

Annika Bautz is an associate in the Frankfurt office of Mayer Brown's Real Estate practice. She advises national and international clients on real estate transactions, project development as well as all issues related to commercial leases, public planning and building law and public procurement law.

## ANJA GIESEN ASSOCIATE, DÜSSELDORF

Anja Giesen ist Associate im Bereich Immobilienrecht des Düsseldorfer Büros von Mayer Brown. Sie berät deutsche und ausländische Investoren bei Transaktionen im Bereich M&A mit einem Schwerpunkt im Immobilienrecht. Insbesondere berät sie bei Erwerb, Verkauf und Entwicklung von Immobilien und Immobilienportfolien aus sämtlichen Anlageklassen, z. B. Büro, Einzelhandel, Logistik, Pflegeheime, Hotels, etc. Ihre Beratung umfasst auch gesellschaftsrechtliche Fragestellungen sowie die Finanzierung. Sie hat Erfahrung bei der Beratung von Sale-and-Lease-Back-Strukturen sowie bei dem Erwerb aus der Insolvenz. Zudem berät sie Vermieter und Mieter im gewerblichen Mietrecht. Anja Giesen hat einen Master (Real Estate Law) der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

## CORNELIA GEISSLER ASSOCIATE, FRANKFURT

Cornelia Geißler ist Associate im Bereich Steuerrecht im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Sie berät nationale und internationale Mandanten zu allen steuerlichen Aspekten bei Transaktionen im Gesellschaftsrecht und im Bank- und Finanzrecht sowie zum Investmentsteuerrecht. Cornelia Geißler ist Fachanwältin für Steuerrecht und unterstützt seit Ende 2012 das Steuerrechtsteam in Frankfurt.

## ANJA GIESEN ASSOCIATE, DÜSSELDORF

Anja Giesen is an associate in the Düsseldorf office of Mayer Brown's Real Estate practice. Her practice focuses on transactional/M&A work and in particular on transactions in the real estate market. Anja is acting for national and international investors and financial institutions in purchasing, sale and development of real estate and real estate portfolios of all key asset classes, e.g. office, retail, logistics, nursing homes, hotels, etc. Her advice includes corporate law matters as well as the financing. She is also experienced in commercial lease law matters, advising tenants and landlords. Furthermore, Anja has experience in sale-and-lease-back structures as well as distressed transactions. Anja holds an LL.M degree in Real Estate Law from the University of Münster.

## CORNELIA GEISSLER ASSOCIATE, FRANKFURT

Cornelia Geißler is an associate in the Frankfurt office of Mayer Brown's Tax practice. She advises national and international clients on all tax issues related to corporate and finance transactions as well as private investment funds. Cornelia is a Certified Tax Law Expert (*Fachanwältin für Steuerrecht*). She joined Mayer Brown in December 2012. Previously, she worked for two international law firms in Frankfurt as a lawyer.

## 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
- DüsseldorfFrankfurt
- London
- Paris

TAUIL & CHEQUER ADVOGADOS in association with Mayer Brown LLP

- São Paulo
- Rio de Janeiro

Please visit www.mayerbrown.com for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices.

 $\label{legal services provider comprising legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe-Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorized and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated legal practices in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. Mayer Brown Consulting (Singapore) Pte. Ltd and its subsidiary, which are affiliated with Mayer Brown, provide customs and trade advisory and consultancy services, not legal services.$ 

 $\label{thm:mayer} "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.$ 

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.

© 2014 The Mayer Brown Practices. All rights reserved.