

Real Estate

Aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechung *Recent Developments and Decisions*

- 2 Vermietung eines Einkaufszentrums führt nicht zu Einkünften aus Gewerbebetrieb
Letting of a shopping centre does not lead to trade income
- 6 Kein Eintritt des Erwerbers per Gesetz in Verpflichtung aus Ankaufsrecht des Mieters
No entry into obligation by the purchaser by law as result of tenant's right to buy
- 10 Zahlungspflicht der Mitgliedsbeiträge an die Werbegemeinschaft im Einkaufszentrum
Obligation to pay membership fees to the advertising association in the shopping centre
- 15 Der Showdown naht: Individualabrede versus qualifizierte Schriftformklausel
The showdown is approaching: Individual agreements versus qualified stipulations requiring the written form
- 20 Überblick Grunderwerbsteuersätze
Overview Real Estate Transfer Tax Rates



Susan Günther

Senior Associate,
Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1293
sguenther@mayerbrown.com

Vermietung eines Einkaufszentrums führt nicht zu Einkünften aus Gewerbebetrieb

BFH Urteil vom 14. Juli 2016 –
IV R 34/13 (veröffentlicht am
16. November 2016)

LEITSATZ

Die Vermietung eines Einkaufszentrums ist nicht deshalb als Gewerbebetrieb anzusehen, weil der Vermieter die für ein Einkaufszentrum üblichen Infrastruktureinrichtungen bereitstellt oder werbe- und verkaufsfördernde Maßnahmen für das Gesamtobjekt durchführt.

SACHVERHALT

Eine KG erwarb im Jahr 1996 Eigentum an einem Grundstück in A-Stadt. Auf dem Grundstück war ein Fachmarktzentrum mit einer einzelhandelsbezogenen Verkaufsfläche von ca. 30.000 m² errichtet worden. Gegenstand der KG war ausweislich ihres Gesellschaftsvertrages insbesondere die Vermietung und Verpachtung von Grundbesitz in A-Stadt sowie alle damit zusammenhängenden Geschäfte. Die Räumlichkeiten des Fachmarktzentrums vermietete die KG an ca. 40 Einzelhandels- und Dienstleistungsunternehmen.

Ebenfalls im Jahr 1996 schloss die KG mit der C-GmbH als Verwalterin einen Verwaltervertrag über die Bewirtschaftung des Fachmarktzentrums. Gegenstand der C-GmbH ist ausweislich des Gesellschaftsvertrages insbesondere die Verwaltung des Fachmarktzentrums im eigenen Namen und für eigene Rechnung, der Abschluss aller diesbezüglichen Verträge sowie die Beteiligung an der dortigen Werbegemeinschaft und gegebenenfalls am Projektmanagement. Ausweislich des Verwaltervertrages erbringt die C-GmbH an die KG insbesondere die folgenden Leistungen:

Letting of a shopping centre does not lead to trade income

BFH, judgement of 14 July 2016 –
IV R 34/13 (published on
16 November 2016)

HEAD NOTE

The letting of a shopping centre is not considered a trading business only because the landlord provides the infrastructural facilities common for a shopping centre or carries out advertising and promotional measures for the entire property.

FACTS

A German limited partnership (“KG”) acquired ownership in a property in town A in 1996. A retail centre was built on the property with a retail sales area of approx. 30,000 m². The object of the KG was, according to its articles of association, in particular the letting of the property in town A as well as all businesses connected with it. The KG let premises of the retail centre to approx. 40 retail and service companies.

Also in 1996, the KG concluded a management contract regarding the running of the retail centre with GmbH C as administrator. The object of GmbH C is, according to the articles of association, in particular the management of the retail centre in its own name and for its own account, the conclusion of all contracts in this regard as well as participating in the local advertising association and in the project management, where applicable. Pursuant to the management agreement, GmbH C in particular performs the following services for the KG:

- (1) Abschluss und laufende Betreuung von Mietverhältnissen,
- (2) Erhebung von Nebenkosten,
- (3) Einstellung und Betreuung sowie Einsatz der für die Wartung, Instandhaltung, Reinigung und Haustechnik vor Ort notwendigen Mitarbeiter im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (die Kosten werden auf die Mieter umgelegt),
- (4) Erstellung eines Budgetplans (ist durch die KG zu bewilligen),
- (5) Entwicklung von Konzepten zur Optimierung der Mieterstruktur und
- (6) Übernahme werbe- und verkaufsfördernder Maßnahmen.

Zur Umsetzung der letztgenannten Leistung wurde die C-GmbH Gesellschafter einer für das Fachmarktzentrum errichteten Werbegemeinschaft. Darüber hinaus ist die C-GmbH berechtigt, mit einem Centermanager einen Geschäftsbesorgungsvertrag abzuschließen, wobei der Centermanager insbesondere für die Entwicklung und Durchführung von Werbung und verkaufsfördernden Maßnahmen zuständig ist. In den Mietverträgen mit den Mietern ist ein Hinweis bezüglich des Bestehens eines Verwaltervertrages enthalten; darüber hinaus sind die Mieter verpflichtet, der Werbegemeinschaft des Fachmarktzentrums beizutreten.

Die KG erklärte für die Streitjahre 1998 bis 2002 Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und gab keine Gewerbesteuererklärungen ab. Das Finanzamt qualifizierte die Einkünfte der KG als solche aus Gewerbebetrieb, da ein zusammenhängendes Vertragswerk der KG, der C-GmbH und des Centermanagers vorläge und dies den zulässigen Rahmen von Vermietungs- und Verpachtungseinkünften übersteige. Das FG folgte der Ansicht des zuständigen Finanzamtes.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Der BFH verneinte in seiner Entscheidung das Vorliegen eines Gewerbebetriebs. Mit Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung führt der BFH aus, dass die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb erst dann überschritten sei, wenn nach dem Gesamtbild der Verhältnisse und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung (Kauf und Verkauf) gegenüber der

- (1) concluding and constantly maintaining the lease agreements,
- (2) imposition of running costs,
- (3) employing and supporting as well as assigning necessary employees for maintenance, servicing, cleaning and building services on site in its own name and on its own account (the costs shall be allocated to the tenants),
- (4) drawing up a budget (to be approved by the KG),
- (5) developing concepts to optimise the tenant structure and
- (6) taking over advertising and promotional measures.

To implement the latter service mentioned, GmbH C became shareholder in an advertising association set up for the retail centre. Moreover, GmbH C is entitled to conclude an agency agreement with a centre manager, whereby the centre manager is especially responsible for the development and carrying out of advertising and promotional measures. The lease agreements with the tenants contain a note with respect to the existence of a management contract; moreover, the tenants are obliged to join the advertising association of the retail centre.

For the disputed years 1998 to 2002, the KG declared in its tax returns income from letting and leasing but not from trade and business. The competent fiscal authority qualified the KG's income as such from a trading business because there existed a coherent set of agreements of and between the KG, the GmbH C and the centre manager exceeding the permissible limits for income from letting and leasing. The lower fiscal court agreed with the view of the competent tax authority.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The Federal Finance Court ("BFH") denied the existence of a trading business in its decision. With reference to its established case law, the BFH explains that the border between private asset management and a trading business is not exceeded until the overall picture of the circumstances and, considering the standard market practice, the exploitation of substantial assets through restructuring (buying and selling) in contrast

Nutzung der Vermögenswerte im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten (Vermietung) entscheidend in den Vordergrund trete. Dies lasse sich nicht für alle Bereiche nach einem einheitlichen Maßstab beurteilen. Vielmehr sind die jeweiligen artspezifischen Besonderheiten zu beachten.

In seinen Entscheidungsgründen führt der BFH weiter aus, dass Leistungen wie die Pflege, Wartung und Versicherung grundsätzlich zu den Leistungen des vermieteten Objekts zu rechnen seien, die im Rahmen einer normalen Vermietungstätigkeit anfallen. Die Frage, ob von dem Vermieter erbrachte Leistungen noch üblich und verbreitet sind, sei objektbezogen zu beantworten. Entsprechend müssen bei der Vermietung einer gewerblichen Großimmobilie solche Leistungen als unschädlich behandelt werden, die nicht über das hinausgehen, was die Nutzung der Räume zu dem von den Mietern vorausgesetzten gewerblichen Zweck ermöglicht und die nicht als eigenständiges Herantreten an den Markt verstanden werden können.

Nach Ansicht des BFH erfordert die Überlassung von Geschäftsräumen in einem Einkaufszentrum ein gewisses Mindestmaß an Infrastruktur wie beispielsweise Parkplätze, Abstellräume, Sanitäranlagen und Zugangssicherung. Dabei sind der Betrieb und die Instandhaltung solcher Infrastruktureinrichtungen keine Zusatzleistungen des Vermieters, sondern untrennbarer Bestandteil der Hauptleistung. Darüber hinaus stellten auch werbe- und verkaufsfördernde Maßnahmen, die vom Vermieter des Einkaufszentrums oder von einem vom Vermieter beauftragten Dritten gegenüber den Mietern erbracht werden, übliche Sonderleistungen dar, die im überwiegenden Interesse des Vermieters stattfinden.

Trotz der aufgeführten Zusatz- und Sonderleistungen ging der BFH vorliegend davon aus, dass diese Maßnahmen neben der Vermietung einer etwa 30000 m² großen Fläche an ca. 40 Mieter nicht so stark ins Gewicht fallen, dass sie der Leistung insgesamt ein anderes – gewerbliches – Gepräge verleihen könnten. Vielmehr stehe im Mittelpunkt immer noch die Vermietung der Fläche.

AUSWIRKUNGEN FÜR DIE PRAXIS

Das Urteil des BFH ist im Grundsatz erfreulich. Gerade für die Fälle, in denen erhebliche Zusatzleistungen des Vermieters erbracht werden (müssen), um eine ordnungsgemäße

to the use of assets in the sense of collecting the benefits of net asset values (letting) to be received, decisively comes to the fore. This cannot be assessed by only one single standard for all industries. Rather, the particular characteristics of the respective sector or industry are to be observed.

In its reasons for the decision, the BFH further explains that services like maintenance, servicing and insurance are fundamental services included in case of the letting of a property; i.e., are within the normal scope of letting and leasing. The question whether services performed by the landlord are still common and universal is to be answered based on the circumstances of each property. Accordingly, when letting large commercial real estate, a service would be treated as non-hazardous if it did not exceed what is necessary for the use of the premises for the commercial purpose required by the tenant and which cannot be understood as being on the market independently.

In the opinion of the BFH, the letting of business premises in a shopping centre requires a certain minimum level of infrastructure, such as parking spaces, storerooms, sanitation facilities and access security. In doing so, the operation and maintenance of such infrastructure facilities are not considered additional services from the landlord, but rather an inseparable part of the main service. Moreover, advertising and promotional measures which were performed by the landlord of the retail centre or a third party commissioned by the landlord for the tenants represent common extra services which are carried out predominantly in the interest of the landlord.

Despite the additional and special services performed, the BFH in the present case presupposed that these measures do not carry so much weight alongside the renting out of approx. 30,000 m² to approx. 40 tenants that they could confer another – trade – character on the service overall. Rather, the letting of the retail sales area is still the focus.

IMPACT IN PRACTICE

The BFH's judgement is generally favorable. This is in particular true in cases where significant additional services of the landlord (must be) performed in order

Vermietung sicherzustellen, bestanden im Hinblick auf die Abgrenzung von privater Vermögensverwaltung zu Einkünften aus Gewerbebetrieb in der Praxis einige offene Zweifelsfragen.

Insbesondere ist es begrüßenswert, dass der BFH herausstellt, dass artspezifische Besonderheiten zu beachten sind und damit die Vermietung eines Einkaufszentrums nicht mit der Vermietung einer 2-Zimmer Wohnung verglichen werden kann. Nicht klar ist, ab welchen Schwellenwerten der BFH die zuvor genannten Grundsätze anwendet. So ist fraglich, ob der BFH z. B. bei einem sehr kleinen Fachmarktzentrum mit nur wenigen Mietern aber vergleichsweise umfangreichen Sonder- und Zusatzleistungen, noch immer bei seiner Ansicht bliebe, dass die Schwelle der privaten Vermögensverwaltung nicht überschritten ist.

to ensure an orderly letting. Insofar, several doubts existed in practice regarding the classification as income from private asset management or as income from trade and business.

It is particularly welcome that the BFH highlights that the specific characteristics of the let property have to be considered and therefore, the letting of a shopping centre can generally not be compared with the lease of a 2-room flat. However, it is unclear whether the BFH applied the mentioned principles in all cases. Hence, e.g., it is questionable whether in case of a very small retail centre with only a few tenants but comparably extensive special and additional services, the BFH would still maintain its view that the limits of private leasing and letting is not exceeded.



Elmar Günther,
Maître en Droit
Of Counsel, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1761
eguenther@mayerbrown.com

Kein Eintritt des Erwerbers per Gesetz in Verpflichtung aus Ankaufsrecht des Mieters

BGH, Urteil vom 12. Oktober 2016 –
XII ZR 9/15

LEITSATZ

Der Erwerber eines gewerblich vermieteten Grundstücks tritt nicht kraft Gesetzes in ein zwischen dem Veräußerer und dem Mieter vereinbartes Ankaufsrecht ein.

SACHVERHALT

Zwischen den Parteien besteht ein Mietverhältnis über Flächen im Eigentum der Klägerin. Der privatschriftliche Mietvertrag war noch mit dem ursprünglichen Eigentümer geschlossen und enthielt eine Option bezüglich eines Ankaufsrechts über noch zu vermessende Grundstücksflächen mit der Pflicht des ursprünglichen Eigentümers, dieses Ankaufsrecht bei Veräußerung weiterzugeben. Kurz darauf bestätigten der ursprünglichen Eigentümer und die Mieterin den Mietvertrag mit notarieller Urkunde und verbanden diese über eine Erklärung als wirtschaftliche Einheit mit einer weiteren Urkunde vom selben Tag, in der ein Ankaufsrecht für das mit Flurstück bezeichnete Grundstück vereinbart wurde. Auf eine dingliche Absicherung per Vormerkung wurde verzichtet. In der Folge erwarb die unmittelbare Voreigentümerin das Grundstück und übernahm die Verpflichtung aus dem Ankaufsrecht. Die Klägerin erwarb dann das Grundstück von der Voreigentümerin ohne ausdrückliche Übernahme der Verpflichtung. Nunmehr begehrt die Klägerin die Feststellung, weder aus der Kaufoption noch dem Ankaufsrecht verpflichtet zu sein.

No entry into obligation by the purchaser by law as result of tenant's right to buy

BGH, judgement of 12 October 2016 –
XII ZR 9/15

HEAD NOTE

The purchaser of a commercially leased property does not by law enter into a right to buy agreed between the seller and the tenant.

FACTS

There is a lease between the parties regarding areas owned by the plaintiff. The hand-written lease agreement was concluded with the original owner and contains an option regarding a right to buy areas of property still to be measured, and an obligation on the original owner to pass on this right to buy if the property is sold. Shortly after, the original owner and the tenant confirmed the lease agreement with a notarial document and combined these as an economic unit with another document by means of a statement on the same day, in which a right to buy for the property described with parcel of land was agreed. The parties waived to secure this right by way of priority notice in the real estate register. As a result, the direct previous owner purchased the property and assumed the obligation arising from the right to buy. The Plaintiff then purchased the property from the previous owner without expressly taking over the obligation. Now, the plaintiff wants to establish that it is neither obligated under the option to buy nor the right to buy.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Das Gericht kommt rasch zu einer Ablehnung einer Übernahme der Pflichten durch Auslegung des Kaufvertrages mit der Voreigentümerin. Die Kernfrage der Entscheidung lautet, ob die Klägerin durch den Übergang des Mietverhältnisses per Gesetz gemäß § 566 BGB aus der Kaufoption bzw. dem Ankaufsrecht verpflichtet ist. Wie die Berufungsinstanz kommt der BGH zu dem Schluss, dass vorliegend auch kein Übergang nach § 566 BGB erfolgt ist und lässt daher eine genauere Auseinandersetzung mit Formproblemen des Ankaufsrechts außen vor. Das Gericht legt hierbei noch einmal sehr klar seine Ansicht zum Regelungsgehalt dieser Vorschrift dar. Der BGH stellt klar, dass durch den gesetzlichen Übergang rechtlich mit Eigentumsübergang ein neues Mietverhältnis zwischen Eigentümer und Mieter entsteht, welches den gleichen Inhalt hat wie das Mietverhältnis mit dem Veräußerer bisher. Wegen der besonderen Ausnahme vom Grundsatz, dass vertragliche Abreden nur zwischen den Parteien wirken, sei § 566 BGB einschränkend auszulegen. Er bezwecke den Schutz des Mieters nur im Hinblick auf den Besitz beziehungsweise die Möglichkeit des Gebrauchs der Mietsache. Im Gegenzug müsse das Eigentumsrecht des Erwerbers berücksichtigt werden, welches bereits mit der Einschränkung des Gebrauchsrechts durch die Vermietung belastet sei. Daher gingen nach § 566 BGB nur solche Rechte und Pflichten auf den Erwerber über, die (i) als mietvertragliche zu qualifizieren seien oder (ii) in untrennbarem Zusammenhang mit dem Mietverhältnis stünden, wobei es in letzterem Fall nur auf den Zusammenhang aufgrund des materiellen Gehalts der Vereinbarung ankomme. Den in der Literatur vertretenen Ansichten, die entweder auf den Willen der Parteien hinsichtlich der untrennbaren Verbindung als Bestandteil des Mietvertrages abstellen oder auf die Kenntnis des Erwerbers von den (ungewöhnlichen Nebenabreden) abstellen, erteilt der BGH eine klare Absage. Diese ermöglichen es den Ausgangsparteien nämlich Abreden zu treffen, die den späteren Erwerber stark belasten und nicht mehr von dem Gedanken des Mieterschutzes getragen würden. Das Ankaufsrecht stelle sich aber als kaufrechtliche Regelung als etwas gänzlich vom Mietvertrag unterschiedliches dar. Ankauf und Mietverhältnis schlossen sich sogar gegenseitig aus. Daher bestehe auch kein untrennbarer Zusammenhang und der Erwerber sei nicht verpflichtet.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The court quickly rejected an assumption of the duties from an interpretation of the purchase agreement with the previous owner. The central question of the decision was whether the plaintiff is obligated under the option to buy or the right to buy as a result of the transfer of the lease by law pursuant to Section 566 BGB [*German Civil Code*]. Like the appeal court, the BGH [*German Federal Court of Justice*] came to the conclusion that in the present case there is also no transfer pursuant to Section 566 BGB and therefore leaves out a more precise analysis with issues of form in the right to buy. In doing so, the court once again made its opinion very clear about the content of this regulation. The BGH makes it clear that legally a new lease arises between owner and tenant upon transfer of ownership, which has the same content as the lease with the seller to date. Because of the special exception from the principle that contractual agreements are only effective between the parties, Section 566 BGB is to be interpreted narrowly. It only aims to protect the tenant with regard to possession or the possibility to use the object of the lease. By contrast, the purchaser's ownership right must be taken into consideration, which is already burdened by the limitation on the right of use as a result of the lease. Therefore, pursuant to Section 566 BGB only such rights and duties which (i) are to be qualified as part of the lease or (ii) would be inseparably connected with the lease, are transferred to the purchaser, whereby in the latter case it only depends on the connection based on the material content of the provision. The BGH clearly rejects the views represented in the literature, which either rely on the will of the parties regarding the inseparable connection as part of the lease or rely on the purchaser's knowledge of the uncommon ancillary agreement. This allowed the initial parties to make agreements which heavily burden the later purchaser and would no longer follow the idea of tenant protection. The right to buy as a sales law provision is however something completely different from the lease. The purchase and the lease would even cancel each other out. As a consequence, there is also no inseparable connection and the purchaser is not obligated.

Das Urteil steht auch in Zusammenhang mit der jüngeren Rechtsprechung zur fehlenden Bindungswirkung von Schriftformheilungsklauseln u. a. für Erwerber. Begrüßenswert ist die klare Bekräftigung der Rechtswirkungen des § 566 BGB und die prägnante Begründung des Urteils. Damit wird der Praxis ein guter Leitfaden an die Hand gegeben, wobei die Handhabung im Detail dennoch Schwierigkeiten bereiten wird. Es geht jedenfalls weniger per Gesetz über, als das bisher angenommen wurde. Das Urteil führt also dazu, dass noch stärker als bisher zu prüfen ist, welche Vereinbarungen in Mietverträgen (oder außerhalb) getroffen wurden und welche demzufolge aus Sicht des Veräußerers gesondert übertragen beziehungsweise aus Sicht des Erwerbers übernommen werden sollten.

Allerdings wird durch das Urteil der Umgang mit dem Schriftformerfordernis bei langfristigen Mietverhältnissen nicht unbedingt erleichtert. Denn für die Schriftform wird auf die vollständige Aufnahme aller wesentlichen Bestandteile zurückgegriffen, die stärker an dem Parteiwillen orientiert ist. Die Rechtsprechung hat so beispielsweise bei einem zu beurkundenden Vorkaufsrecht des Mieters als wesentlicher Bestandteil die Formnichtigkeit auf den gesamten Mietvertrag erstreckt. So stellt sich die Frage, ob eine gesonderte Vereinbarung (oder im Kaufvertrag erfolgende Abrede) zur Übernahme von Verpflichtungen dem mietvertraglichen Schriftformerfordernis unterfällt oder nicht. Wenn ja, müsste diese Vereinbarung bei späteren Nachträgen stets mit in Bezug genommen werden. Dagegen könnte sprechen, dass in der Literatur unter Bezugnahme auf ältere Rechtsprechung häufig vertreten wird, dass Nebenabreden, die nicht auf einen Erwerber übergehen, vom Schriftformerfordernis ausgenommen sind. Dem vorliegenden Urteil folgend wäre dann auch das hier behandelte Ankaufsrecht als nicht dem Schriftformerfordernis unterfallend zu behandeln. Diese Ansicht empfiehlt sich aber wegen der bisherigen Rechtsprechung zur Schriftform keinesfalls. Es bleibt abzuwarten, wie der BGH in vergleichbaren Fallkonstellationen urteilen wird und ob er die Grundsätze auch auf die Schriftform übertragen wird. Daher empfiehlt es sich auch weiterhin, als Vorsichtsmaßnahme derartige Abreden zur Übernahme von Verpflichtungen wie einen Mietnachtrag zu behandeln. Hier spielen auch praktische Erwägungen eine Rolle, da es das laufende Vertragsmanagement sicherlich erleichtert, wenn alle Vereinbarungen mit einem Mieter in einem Vertrags-

The judgement is also connected with the more recent case law on the lack of binding effect of remedial written form clauses for purchasers, among others. The clear confirmation of the legal effects of Section 566 BGB and the concise reasoning of the judgement are welcome. As a result, practice has been given a good guide, but detailed application will still pose difficulties. The statutory transfer encompasses less than was previously assumed. The judgement therefore leads to a situation where more thorough checks are to be made as to which agreements have been made in leases (or outside of them) and which should as a result be transferred separately (from the seller's perspective) or be taken over (from the purchaser's perspective).

But dealing with the written form requirement in the case of long-term leases will not really be made easier by the judgement because the full record of all material elements will be referred to for the written form, and this is based more on the will of the parties. The case law has for example extended invalidity of form to the entire lease if there is a pre-emptive right of the landlord which is to be certified as an integral part. This raises the question whether a separate agreement (or agreement made in the purchase agreement) to take over obligations is subject to the written form requirement in the lease or not. If yes, this agreement would always have to be referred to in later amendments. Against this it could be said that in the literature it is often stated with reference to older case law, that ancillary agreements which do not transfer to a purchaser are excluded from the written form requirement. As a result of the present judgement, the right to buy dealt with here would also be treated as not falling under the written form requirement. However, this view is not recommended at all because of previous case law on the written form. It remains to be seen how the BGH will judge in comparable cases and whether it will also transfer the principles to the written form. It is therefore also recommended to treat such agreements on the assumption of obligations as a lease amendment as a precautionary measure. Practical considerations also play a role here, because it certainly makes current contract management easier if all agreements with a tenant are provided in one set of agreements, or to put it more precisely, the lease together with its amendments. Otherwise there is the

werk – genauer, dem Mietvertrag nebst Nachträgen – abgebildet sind. Andernfalls besteht die Gefahr, dass auch ohne einen Erwerber eine bislang übersichtliche Dokumentation des Rechtsverhältnisses über die Zeit zerfasert.

risk that a previously clear documentation of the legal relationship fragments over time even without a purchaser.



Sabine Krause

Associate, Düsseldorf

T +49 211 8622 4119

skrause@mayerbrown.com

Zahlungspflicht der Mitgliedsbeiträge an die Werbegemeinschaft im Einkaufszentrum

BGH, Urteil vom 13. April 2016 – XII ZR 146/14 sowie BGH, Urteil vom 11. Mai 2016 – XII ZR 147/14

LEITSATZ

Urteil 1: Die formularmäßige Verpflichtung des Mieters in einem Einkaufszentrum, einer bestehenden Werbegemeinschaft in Form eines eingetragenen Vereins beizutreten, ist nicht wegen Verstoßes gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam.

Urteil 2: Ist der Beitritt eines Mieters von gewerblich genutzten Räumen in einem Einkaufszentrum zu einer in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführten Werbegemeinschaft unwirksam, so finden die Grundsätze über den fehlerhaften Beitritt zu einer Gesellschaft Anwendung.

SACHVERHALT

Im ersten Urteil schloss der Beklagte zum Betrieb einer Apotheke einen Formularmietvertrag über eine Ladenfläche in einem Einkaufszentrum ab. Der Mietvertrag verpflichtet den Mieter für die Dauer des Mietverhältnisses zur Mitgliedschaft bei dem Kläger, einem eingetragenen Verein mit dem Zweck der Bewerbung und Förderung des Einkaufszentrums. Die Satzung des Klägers war dem Mietvertrag als Anlage beigelegt und regelt einen Mitgliedsbeitrag gestaffelt nach Mietfläche („von 101 – 300 m² Mietfläche € 77 pro Monat“), sowie eine Kündigungsfrist von zwei Jahren. Zeitgleich zum Mietvertrag unterzeichnete der Beklagte eine Beitrittserklärung zur Werbegemeinschaft, die dem Mietvertrag als Muster ebenfalls als Anlage beigelegt

Obligation to pay membership fees to the advertising association in the shopping centre

BGH, judgement of 13 April 2016 – XII ZR 146/14 and BGH, judgement of 11 May 2016 – XII ZR 147/14

HEAD NOTE

Judgement 1: The standard tenant's obligation in a shopping centre to join an existing advertising association in the form of a registered association is not invalid due to violation of the law on general terms and conditions.

Judgement 2: If the accession of a tenant of commercially used premises in a shopping centre to an advertising association managed under the legal form of a civil law association is invalid, the principles of the defective accession apply to a company.

FACTS

In the first judgement, the defendant concluded a standard lease agreement over a shop floor in a shopping centre in order to run a pharmacy. The lease obligates the tenant to be a member of the plaintiff for the duration of the lease, a registered association with the purpose of advertising and promoting the shopping centre. The plaintiff's articles of association were attached to the lease as an annex and these govern a membership fee graded according to the lease area (“from 101 - 300 m² rental area € 77 per month”), as well as a period of notice of two years. At the same time as the lease agreement, the defendant signed a declaration of membership to the advertising association which is also attached to the lease agreement as both a sample and

ist. Nach einer Erhöhung des Mitgliedsbeitrags durch Mitgliederbeschluss, dem auch der Beklagte zustimmte, kündigte der Beklagte seine Mitgliedschaft bei der Klägerin im März 2013 zum nächstmöglichen Termin. Der Kläger verlangt im Wesentlichen die Mitgliedsbeiträge für das laufende Jahr 2013.

Das zweite Urteil befasst sich mit einem sehr ähnlichen Sachverhalt. Hier trat der Beklagte parallel mit der Unterzeichnung des Mietvertrags über eine Ladenfläche in einem Einkaufszentrum ohne mietvertragliche Pflicht einer Werbegemeinschaft in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei. Nach Unterzeichnung von Beitrittserklärung und Mietvertrag nahm der Beklagte an der Gründungsversammlung der Werbegemeinschaft teil und zahlte zeitweise Mitgliedsbeiträge, bevor er die Mitgliedschaft im Jahr 2013 kündigte. Auch hier werden die Mitgliedsbeiträge für das laufende Jahr 2013 gegenüber dem Beklagten geltend gemacht.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNGEN

Der Klage wurde im ersten Fall vollumfänglich stattgegeben. Die Rechtsmittel des Beklagten blieben erfolglos. Der BGH entschied, dass der Beklagte mit Unterzeichnung der Beitrittserklärung wirksam Mitglied des Klägers geworden ist und sich zur Zahlung des satzungsmäßigen Mitgliedsbeitrags verpflichtet hat. Die Zahlungspflicht für das Jahr 2013 sei weder durch die Kündigung des Beklagten entfallen, noch dadurch, dass die Beitrittserklärung als Umgehungsgeschäft nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam wäre.

Die im März 2013 durch den Beklagten erklärte Kündigung beendete die Mitgliedschaft und damit die Pflicht zur Zahlung der Mitgliedsbeiträge gemäß der Satzungsbestimmung erst zwei Jahre nach Kündigung. Eine zwei-jährige Kündigungsfrist kann nach Vereinsrecht auch wirksam in einer Satzung bestimmt werden.

Die Beitrittserklärung sei auch nicht als Umgehungsgeschäft unwirksam. Wird eine Regelung durch besondere Gestaltung, etwa in Form des Vereinsrechts zwischen den Parteien vereinbart, gerade um einer Ausnahmeregelung zur strengen Inhaltskontrolle des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterliegen, bestimmt das

annex. After an increase in the membership fee following a resolution by the members, which the defendant also agreed to, the defendant terminated its membership in the plaintiff in March 2013 at the next possible date. The plaintiff essentially demands the membership fees for the current year 2013.

The second judgement concerns very similar facts. Here the defendant joined an advertising association in the form of a civil law association at the same time as when it signed the lease agreement for a shop floor in a shopping centre without obligation in the lease agreement. After signing the declaration of membership and the lease agreement, the defendant took part in the inaugural meeting of the advertising association and occasionally paid membership fees before it terminated its membership in 2013. Here too the membership fees for the current year 2013 were claimed from the defendant.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISIONS

The claim was allowed in full in the first case. The defendant's appeal was unsuccessful. The BGH [*German Federal Court of Justice*] decided that the defendant really had become a member of the plaintiff after signing the membership declaration and undertook to pay the membership fee required by the articles. The payment obligation for 2013 continues to apply after termination of membership by the defendant, and it does not cease to apply because the membership declaration would have been ineffective as a transaction for the purpose of evading the law pursuant to the law on general terms and conditions.

The notice of termination given by the defendant in March 2013 only terminated the membership and therefore the obligation to pay the membership fees pursuant to the provision of the articles two years after notice was given. A two-year period of notice can also be effectively established under the law of association.

The membership declaration is also not ineffective as a transaction for the purpose of evading the law. If a rule is agreed between the parties in a particular form, such as the law of association, especially to subject a special provision to strict content review under the law on general terms and conditions, the law determines that the rule will

Gesetz, dass die Regelung dennoch der Inhaltskontrolle unterzogen wird. Stellt sich hiernach die Unwirksamkeit der Regelung heraus, liegt ein Umgehungsgeschäft vor.

Der BGH entschied, weder sei die Regelung zu der Höhe der Mitgliedsbeiträge intransparent, noch benachteilige die Pflichtmitgliedschaft bei der Klägerin den Beklagten unangemessen. Ein Umgehungsgeschäft liege nicht vor, da die Regelungen der Inhaltskontrolle standhalten.

Nach dem gesetzlichen Transparenzgebot muss die Höhe der durch den Mieter zu entrichtenden Beiträge zumindest bestimmbar sein. Kann der Mieter die zusätzliche wirtschaftliche Belastung bei Abschluss des Mietvertrags nicht wenigstens grob einschätzen, sind Beitragsregelungen unwirksam. Im vorliegenden Fall gab die Satzung die monatlichen Beiträge jedoch, gestaffelt nach Mietfläche, genau und damit transparent an (von 101 – 300 m² Mietfläche € 77 pro Monat).

Auch eine unangemessene Benachteiligung durch die Pflichtmitgliedschaft in dem eingetragenen Verein schloss der BGH aus. Eine unangemessene Benachteiligung liegt nach der Rechtsprechung des BGH dann vor, wenn der Verwender der Klausel eigene Interessen missbräuchlich auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne die Interessen seines Vertragspartners hinreichend zu berücksichtigen. Die Pflicht einer Werbegemeinschaft beizutreten, diene zwar auch den Interessen des Vermieters durch gemeinsame Werbe- und Verkaufsfördermaßnahmen die Attraktivität des Einkaufszentrums zu erhöhen, dies könnte der Vermieter jedoch auch durch eigene Werbemaßnahmen erreichen, deren Kosten auf die Mieter umgelegt würden. Mit der Pflichtmitgliedschaft in der Werbegemeinschaft würden den Mietern demgegenüber zusätzliche Einflussmöglichkeiten eröffnet, die bei einem Umlageverfahren nicht vorhanden sind. Durch diesen Einfluss erhöhte sich zudem die Akzeptanz der Mieter gegenüber den Werbemaßnahmen. Auch sei es die freie Wahl eines Mieters Flächen in einem Einkaufszentrum mit Werbegemeinschaft anzumieten. Hierin sieht der BGH einen sachlichen Grund für die Einschränkung des verfassungsmäßigen Schutzes vor einem Beitrittszwang zu privaten Vereinigungen.

still be subjected to the content review. If the rule turns out to be invalid afterwards, there is a transaction for the purpose of evading the law.

The BGH decided that neither the rule on the amount of the membership fee is opaque, nor does the obligatory membership in the plaintiff inappropriately disadvantage the defendant. There is not a transaction for the purpose of evading the law because the rules on content review are up to date.

Pursuant to the statutory requirement for transparency, the amounts to be paid by the tenants must at least be recognisable. If the tenant cannot at least roughly estimate the additional economic burdens when concluding the lease agreement, fee rules are ineffective. But in the present case, the articles of association stated the monthly fees precisely and transparently, graded by lease area (from 101 – 300 m² lease area € 77 per month).

The BGH also excluded an inappropriate disadvantage resulting from the compulsory membership in the registered association. There is then an inappropriate disadvantage per the case law of the BGH if the user attempts to enforce the clause improperly in its own interests to the cost of the other contract partner, without sufficiently taking into consideration the interests of its contract partner. The obligation to join an advertising association also serves the interests of the landlord by increasing the attractiveness of the shopping centre by joint advertising and promotional measures; the landlord could however achieve this through its own advertising measures, and by assigning the costs to the tenants. In contrast, with obligatory membership in the advertising association, the additional opportunities for influence would be opened up to the tenants, which do not exist in the case of a pay-as-you-go principle. As a result of this influence, the acceptance by the tenants of the advertising measures is also increased. It is also a tenant's free choice to rent out areas in a shopping centre with an advertising association. The BGH sees here an objective reason for the limitation on the constitutional protection from compulsory membership in private associations.

Schließlich träfe die Mitglieder im vorliegenden Fall auch kein unkalkulierbares Haftungsrisiko bei der Mitgliedschaft in dem eingetragenen Verein. Denn die Mitglieder eines eingetragenen Vereins, der relevanten Rechtsform im ersten Fall, haften grundsätzlich nicht persönlich für Schulden des Vereins. Die Vereinbarung einer Pflichtmitgliedschaft in einer Werbegemeinschaft in Form eines eingetragenen Vereins befand der BGH als wirksam.

Ob in dem zweiten Fall die Grenze zur unangemessenen Benachteiligung durch die Mitgliedschaft in einer Werbegemeinschaft in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts überschritten wurde, ließ der BGH offen. Unter Berufung auf eine frühere Rechtsprechung nahm der BGH an, dass die Mieter als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgrund der persönlichen Gesellschafterhaftung weitgehenden Haftungsrisiken unterlägen. Dies könne zu einer Unwirksamkeit des Beitritts eines Mieters und hier des Beklagten führen. Selbst im Falle der Unwirksamkeit bleibe nach der Entscheidung des BGH jedoch die Verpflichtung zur Zahlung der hier eingeklagten Mitgliedsbeiträge bis zum Zugang einer Kündigung des Mitglieds bestehen. Hierzu wird die ständige Rechtsprechung des BGH zum fehlerhaften Beitritt zu einer Personengesellschaft angewandt. Nach dieser Rechtsprechung ist der fehlerhaft vollzogene Beitritt nicht von Beginn an unwirksam, sondern kann nur mit Wirkung für die Zukunft durch Kündigung geltend gemacht werden. Der Beklagte blieb also zur Zahlung der bis zum Zugang der Kündigung fälligen Mitgliedsbeiträge verpflichtet.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Das erste Urteil bestätigt die Wirksamkeit der allgemein üblichen mietvertraglichen Vereinbarung einer Pflichtmitgliedschaft in einer Werbegemeinschaft. Es ruft der Praxis jedoch auch erneut in Erinnerung, dass die Rechtsform der Werbegemeinschaft mit ihren haftungsrechtlichen Folgen für die Wirksamkeit der Klausel von entscheidender Bedeutung ist. Wird eine Werbegemeinschaft neu gegründet, empfiehlt sich demnach eine Rechtsform mit beschränkter Gesellschafterhaftung, wie des eingetragenen Vereins. Ebenso bleibt die Kalkulierbarkeit des Beitrags für die Wirksamkeit von großer Bedeutung.

Ist ein Beitritt aufgrund der unkalkulierbaren Haftungsrisiken in einer Werbegemeinschaft unwirksam, bleibt nach dem zweiten Urteil zumindest bis zum Eingang einer

Finally, the members in the present case also did not take on any incalculable liability risk in membership in the registered association because the members of a registered association, the relevant legal form in the first case, are fundamentally not personally liable for the liabilities of the association. The BGH found the agreement on compulsory membership in an advertising association in the form of a registered association to be effective.

Whether in the second case the limits on inappropriate disadvantage through membership in a civil law advertising association were exceeded was left open by the BGH. With reference to an earlier case, the BGH accepted that the tenants as shareholders in a civil law association would be subject to extensive liability risks on the basis of personal shareholder liability. This could lead to the accession of a tenant, and here the defendant, being ineffective. According to the decision of the BGH, even in the case of ineffectiveness, the obligation to pay the membership fees claimed here up to receipt of a termination of the membership remains. The current case law of the BGH on defective accession to a partnership is applied to this. According to this case law, the defectively executed accession is not ineffective from the start, but rather can only be claimed with effect for the future through termination. The defendant therefore remained obligated to pay the membership fees due up to receipt of the termination.

IMPACT IN PRACTICE

The first judgement confirms the effectiveness of the general common lease agreement regarding a compulsory membership in an advertising association. But it once again reminds practice that the legal form of the advertising association, with its consequences for liability law, is of decisive significance for the effectiveness of the clause. If the advertising association is newly founded, a legal form with limited shareholder liability is recommended, like the registered association. Likewise, the predictability of the fee is highly significant for effectiveness.

If joining an advertising association is ineffective due to incalculable liability risks, according to the second judgement the obligation to pay the membership fees remains

wirksamen Kündigung des Mieters die Verpflichtung zur Zahlung der Mitgliedsbeiträge bestehen, wenn der Mieter nach seinem Beitritt die Mitgliedschaft etwa durch anfängliche Beitragszahlung oder Ausübung von gesellschaftsvertraglichen Rechten vollzogen hat.

Beide Urteile erhöhen die Rechtssicherheit im Zusammenhang mit dem Beitritt von Mietern zu einer Werbegemeinschaft und sind aus Sicht der Vermieter und Werbegemeinschaften positiv zu bewerten.

until receipt of an effective termination from the tenant, if the tenant enforced the membership after joining by, for instance, making fee payments from the start or exercising rights under the articles of association.

Both judgements increase legal certainty in connection with tenants joining an advertising association and are to be viewed positively from the perspective of landlords and advertising associations.



Philipp Berrsche, LLM (Eur.)

Associate, Frankfurt am Main

T +49 69 7941 0

pberrsche@mayerbrown.com

Der Showdown naht: Individualabrede versus qualifizierte Schriftform- klausel

KG Berlin, Urteil vom 19. Mai 2016 –
8 U 207/15

LEITSÄTZE

Der Vorrang der Individualabrede gemäß § 305 b BGB greift auch gegenüber einer in einem Formularymietvertrag über ein langfristiges Gewerberaummietverhältnis enthaltenen qualifizierten Schriftformklausel, wonach auch die Änderung der Schriftformklausel der Schriftform bedarf.

Bei Vereinbarung einer solchen Klausel in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung durch den Vermieter kann sich jedenfalls der Erwerber auf § 305 b BGB berufen. Es ist mit § 550 BGB nicht vereinbar, wenn der Erwerber an eine mündliche Vertragsänderung und zugleich auch an die Befristung des Mietvertrages gebunden wäre.

SACHVERHALT

Im Jahr 2006 schlossen der Vorvermieter und der Vormieter einen Gewerberaummietvertrag auf unbestimmte Zeit ab. Als Mietzweck vereinbarten die Parteien „Lagerung und Verkauf von Stoffen und Kurzwaren, Textilien und Baumaschinen“. Der Mietvertrag beruhte auf AGB des Vorvermieters. Er enthielt eine qualifizierte Schriftformklausel und keine Regelung, die den Vermieter dazu verpflichtete, einer Änderung des Mietzwecks zuzustimmen.

In der Folgezeit gestattete der Vorvermieter dem Vormieter in einem Schreiben über den ursprünglichen Mietzweck hinaus auch, „handelsübliche Waren“ in der Mietsache zu lagern. Danach nutzten der

The showdown is approaching: Individual agreements versus qualified stipulations requiring the written form

KG Berlin, judgement of 19 May 2016 –
8 U 207/15

HEAD NOTE

The priority of individual agreements pursuant to Section 305 b BGB [*German Civil Code*] also applies against a qualified stipulation requiring the written form contained in a standard lease agreement for a long-term commercial lease, whereupon any changes to the stipulation requiring the written form also require the written form.

If the landlord agrees such a stipulation in the general terms and conditions, the purchaser can in any case invoke Section 305 b BGB. It is not compatible with Section 550 BGB if the purchaser would be bound to a verbal contract amendment and also to the limitation of the lease agreement at the same time.

FACTS

In 2006, the previous landlord and the previous tenant concluded a commercial lease for an unlimited period. The parties agreed the “storage and sale of materials and haberdashery, textiles and construction equipment” as the purpose of the lease. The lease agreement was based on the previous landlord’s GTCs. These contained a qualified stipulation requiring the written form and no provision which also obligated the landlord to agree to a change to the purpose of the lease.

In the following period, in a letter the previous landlord allowed the previous tenant to store “commercially available goods” in the leased property, going beyond the original purpose of the lease.

Vormieter und später dann auch der in dem Verfahren beklagte Mieter die Räumlichkeiten zum Betrieb eines Getränkehandels.

In der Folge schlossen der Vorvermieter und der beklagte Mieter einen Nachtrag zum Mietvertrag, der u. a. eine Befristung des Mietverhältnisses vorsah.

Nachdem der Kläger, der zwischenzeitlich gem. § 566 BGB in den Mietvertrag eingetreten war, den dann beklagten Mieter erfolglos wegen der Nutzung der Räumlichkeiten als Getränkehandel abgemahnt hatte, kündigte er das Mietverhältnis zunächst außerordentlich. Vorsorglich erklärte der Kläger auch noch die ordentliche Kündigung, da die Befristung der Mietzeit wegen Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis unwirksam sei.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Die außerordentliche Kündigung ist unwirksam. Der Mieter war zum Betrieb eines Getränkehandels berechtigt. Der Vorvermieter und der Vormieter haben sich über diese Änderung des Mietzwecks durch besagten Betrieb und dessen schriftliche Gestattung mündlich – d. h. durch eine nicht schriftliche Abrede – geeinigt.

Dagegen ist die ordentliche Kündigung wirksam. Der Mietzweck ist ein wesentlicher Vertragsbestandteil und jedenfalls seine nachträgliche Erweiterung unterliegt dem mietrechtlichen Schriftformerfordernis. Durch die nicht in Form eines Nachtrags schriftlich vereinbarte Änderung des Mietzwecks wurde gegen das Schriftformerfordernis verstoßen. Es stellt einen Unterschied dar, ob der Gebrauch der Mieträume auf Lagerung und Handel von einzelnen, bestimmt bezeichneten Warenarten beschränkt ist, oder ob es für alle handelsüblichen Waren zulässig ist. Da das Schriftformerfordernis nicht gewahrt wurde, ist die Festlaufzeit unwirksam und das Mietverhältnis gilt als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossener Mietvertrag kann ordentlich gekündigt werden.

Dem Ergebnis steht auch nicht die qualifizierte Schriftformklausel entgegen, wonach u. a. Änderungen des Mietvertrages einschließlich der Schriftformklausel selbst der Schriftform zu ihrer Wirksamkeit bedürfen.

The previous tenant, and then later also the tenant claimed against in the proceedings, used the premises to run a beverage trade.

Subsequently, the previous landlord and the tenant claimed against concluded a rider to the lease agreement which provided for a limitation to the lease, among other things.

After the plaintiff, which in the meantime acceded to the lease agreement pursuant to Section 566 BGB, had unsuccessfully cautioned the tenant claimed against for use of the premises as a beverage trade, it initially terminated the lease extraordinarily. As a precaution, the plaintiff also gave notice of ordinary termination because the limitation on the period of the lease is ineffective due to the breach of the requirement for the written form.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The extraordinary termination is invalid. The tenant was entitled to operate a beverage trade. The previous landlord and the previous tenant agreed verbally to this amendment to the purpose of the lease through the aforementioned business and its written permission, i.e. by an unwritten agreement.

The ordinary termination is on the other hand valid. The purpose of the lease is a material object of the contract and in any case its later extension is subject to the written form requirement under tenancy law. The written form requirement was breached as a result of the agreed change to the purpose of the lease not having been written down in the form of a rider. It represents a difference whether the use of the leased premises is limited to storage and trade of individual, specifically defined types of goods, or whether it is permissible for all commercially available goods. Because the requirement for the written form was not observed, the fixed term is ineffective and the lease is considered to have been concluded for an indefinite period. A lease agreement concluded for an indefinite period can be ordinarily terminated.

The result also does not stand in the way of the qualified stipulation requiring the written form, according to which, among other things, changes to the lease agreement including the stipulation requiring the written form

Es ist umstritten, ob bei der Vereinbarung einer qualifizierten Schriftformklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

- 1.) nicht schriftliche Abreden als individuelle Vertragsabreden gem. § 305 b BGB Vorrang gegenüber einer qualifizierten Schriftformklausel genießen und die qualifizierte Schriftformklausel lediglich wirkungslos ist oder
- 2.) die nicht schriftliche Abrede Anwendung findet, weil die qualifizierte Schriftformklausel wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist.

Der BGH hat diese Frage bisher lediglich bei einer einfachen Schriftformklausel entschieden (BGH, Urt. V. 21.9.2005 – XII ZR 312/02). Dabei räumte er der nicht schriftlichen Abrede gem. § 305 b BGB den Vorzug ein. Für eine qualifizierte Schriftformklausel komme es dagegen darauf an, ob diese individuell vereinbart sei und damit ausdrücklich von der Änderung umfasst sein müsse. Dieser Ansicht schließt sich das Kammergericht für qualifizierte Schriftformklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen an. Der Mieter kann sich auf die Nichtanwendung der qualifizierten Schriftformklausel berufen, mit der Folge, dass die späteren mündlichen Abreden gegenüber dem als Vermieter eingetretenen Erwerber wirksam sind. Gleichzeitig kann sich auch der Erwerber – obgleich Verwender – auf die Nichtanwendung der Schriftformklausel berufen, da er andernfalls für die gesamte restliche Vertragslaufzeit an den Vertrag gebunden wäre einschließlich aller etwaigen mündlichen Änderungen. Das ist aber mit dem Sinn und Zweck von § 550 nicht zu vereinbaren, wonach der Erwerber gerade nicht länger als ein Jahr an einen Mietvertrag gebunden sein sollte, dessen Bedingungen er nicht kennt.

Die Revision zum Bundesgerichtshof ist zugelassen.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Lösung der geschilderten Problematik um die Behandlung der qualifizierten Schriftformklausel hat praktische Konsequenzen für die Kündbarkeit des Mietverhältnisses. Es ist offensichtlich, dass sich das Kammergericht von diesen Konsequenzen bei seiner Entscheidungsfindung leiten ließ:

itself require the written form in order to be effective. It is disputed whether when agreeing a qualified stipulation requiring the written form in general terms and conditions

- 1.) unwritten agreements as individual contractual agreements pursuant to Section 305 b BGB enjoy priority over a qualified stipulation requiring the written form and the qualified stipulation requiring the written form simply has no effect or
- 2.) the unwritten agreement applies because the qualified stipulation requiring the written form is invalid due to an inappropriate disadvantage for the tenant pursuant to Section 307 (1) BGB.

The BGH [*German Federal Court of Justice*] has to date only made a decision on this issue in the case of a simple stipulation requiring the written form (BGH, judgement V. 21.9.2005 – XII ZR 312/02). Here it gave the unwritten agreement priority pursuant to Section 305 b BGB. For a qualified stipulation requiring the written form, on the other hand, it is a matter of whether this is agreed individually and therefore must be expressly included in the amendment. The Supreme Court [*Kammergericht*] endorses this view for qualified stipulations requiring the written form in general terms and conditions. The tenant can invoke the non-application of the qualified stipulation requiring the written form with the consequence that the later verbal agreements are effective against the purchaser acceding as landlord. At the same time, the purchaser – albeit the user – can also invoke the non-application of the stipulation requiring the written form because it would otherwise be bound to the contract for the entire remaining contract term, including all possible verbal amendments. This cannot however be reconciled with the rationale of Section 550, according to which the purchaser should not be bound to a lease agreement by more than one year if it does not know the conditions.

The appeal to the German Federal Court of Justice is permitted.

IMPACT IN PRACTICE

The solution to the problem depicted regarding the treatment of qualified stipulations requiring the written form has practical consequences for the terminability of the lease. It is clear that the Supreme Court allows itself to be led by these consequences in its decision:

- Wenn die Wirksamkeit der nicht schriftlichen Vereinbarung auf einem Vorrang individueller Vertragsabreden (§ 305 b BGB) beruht, können sich beide Vertragsparteien insbesondere auf die Wirksamkeit dieser Vereinbarung berufen. Im vorliegenden Fall können so beide Vertragsparteien – insbesondere auch der Kläger – den Mietvertrag ordentlich kündigen. Damit wäre dem Sinn und Zweck von § 550 BGB Rechnung getragen, wonach der Erwerber nicht länger als ein Jahr an den Mietvertrag gebunden sein sollte, dessen Bedingungen er nicht kennt.
- Wenn aber die nicht schriftliche Vereinbarung nur deshalb wirksam ist, weil „zuvor“ die qualifizierte Schriftformklausel gem. § 307 Abs. 1 BGB als unwirksam eingestuft wurde, kann sich nur die Partei auf die nicht schriftliche Vereinbarung berufen, die die unwirksame qualifizierte Schriftformklausel nicht als AGB in den Vertrag eingeführt hat. Denn der Verwender einer AGB darf nicht die Vorteile aus deren Unwirksamkeit ziehen. Im vorliegenden Fall könnte damit der Kläger, der gem. § 566 BGB in die Rechtsposition des Vorvermieters und Verwenders der AGBs eintrat, sich nicht auf die nicht schriftliche Vereinbarung berufen. Damit hätte der Kläger sehr wahrscheinlich kein Recht auf eine ordentliche Kündigung des Mietvertrages. Der Kläger wäre dann für die gesamte restliche Vertragslaufzeit an den Vertrag gebunden einschließlich aller etwaigen mündlichen Änderungen.

Vor diesem Hintergrund können aus der Entscheidung insbesondere die folgenden Lehren gezogen werden:

- 1.) Wegen der geschilderten praktischen Konsequenzen ist eine höchstrichterliche Entscheidung zur Behandlung der qualifizierten Schriftformklausel erforderlich, um Rechtssicherheit zu schaffen.
- 2.) Für die Änderung einer qualifizierte Schriftformklausel per Individualabrede bestehen keine höheren Hürden als für eine unqualifizierte Klausel, wenn es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt.
- 3.) Die Entscheidung fügt sich mit Blick auf das Schriftformerfordernis bei einer Änderung des Mietzwecks nahtlos in die Rechtsprechungspraxis des BGH ein. Auch bei geringfügigen Änderungen anderer wesentlicher Vertragsbestandteile sieht der BGH ein Schriftformerfordernis (vgl. etwa zu geringfügigen Änderungen der Miethöhe BGH, Urt. V. 25.11.2015 – XII ZR 114/14).

- If the effectiveness of the unwritten agreement is based on the priority of individual contractual agreements (Section 305 b BGB), both contract parties can invoke the effectiveness of this agreement in particular. In the present case, both contract parties – in particular the plaintiff – could terminate the lease agreement ordinarily. The rationale of Section 550 BGB would therefore be taken into account, according to which the purchaser should not be bound to a lease agreement by more than one year if it does not know the conditions.
- But if the unwritten agreement is only effective because the qualified stipulation requiring the written form pursuant to Section 307 (1) BGB was classified as invalid “beforehand”, only the party which did not introduce the invalid qualified stipulation requiring the written form as GTC in the contract can invoke the unwritten agreement because the party using a GTC may not benefit from its invalidity. In the present case, the plaintiff, which entered the legal position of the previous landlord and the user of the GTCs pursuant to Section 566 BGB, could therefore not invoke the unwritten agreement. The plaintiff would therefore most likely have no right to ordinary termination of the lease agreement. The plaintiff would then be bound to the contract for the entire remaining contract term, including all possible verbal amendments.

With this in mind, the following lessons can be drawn from the decision:

- 1.) On the basis of the practical consequences depicted, a decision of the Supreme Court on the treatment of qualified stipulations requiring the written form is necessary in order to create legal certainty.
- 2.) To change a qualified stipulation requiring the written form by individual agreement, there is no higher hurdle than for an unqualified stipulation if it concerns general terms and conditions.
- 3.) The decision fits seamlessly into the judicial practice of the BGH with a view to the requirement for the written form if changes are made to the purpose of the lease. Even in the case of minor changes to other material contract elements, the BGH sees a requirement for the written form (cf. for instance on minor changes to the rent, BGH, judgement V. 25.11.2015 – XII ZR 114/14).

In jedem Fall bleibt es so selbstverständlich wie zwingend Rechtsrat einzuholen, bevor vertragliche Regelungen geändert oder ergänzt werden.

In any case, it is clear that there are compelling reasons to obtain legal advice before amending or supplementing contractual provisions.



Dr. Matthias Golz, LL.M.
 Associate, Frankfurt am Main
 T +49 69 7941 1055
 mgolz@mayerbrown.com

Überblick Grunderwerbsteuersätze

Die folgende Tabelle soll einen Überblick über den derzeitigen Stand (19. Dezember 2016) 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 Herbst 2016 sind in fett hervorgehoben.

Baden-Württemberg	5,0 %
Bayern	3,5 %
Berlin	6,0 %
Brandenburg	6,5 %
Bremen	5,0 %
Hamburg	4,5 %
Hessen	6,0 %
Mecklenburg-Vorpommern	5,0 %
Niedersachsen	5,0 %
Nordrhein-Westfalen	6,5 %
Rheinland-Pfalz	5,0 %
Saarland	6,5 %
Sachsen	3,5 %
Sachsen-Anhalt	5,0 %
Schleswig-Holstein	6,5 %
Thüringen	5,0 %
	(Anhebung auf 6,5 % ab 1. Januar 2017 geplant)*

* Vgl. Erstes Gesetz zur Änderung des Thüringer Gesetzes über die Bestimmung des Steuersatzes bei der Grunderwerbsteuer vom 21. Dezember 2015.

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 (19 December 2016). 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 autumn 2016 are marked in bold.

Baden-Württemberg	5.0%
Bavaria	3.5%
Berlin	6.0%
Brandenburg	6.5%
Bremen	5.0%
Hamburg	4.5%
Hesse	6.0%
Mecklenburg-Western Pomerania	5.0%
Lower Saxony	5.0%
North Rhine-Westphalia	6.5%
Rhineland-Palatinate	5.0%
Saarland	6.5%
Saxony	3.5%
Saxony-Anhalt	5.0%
Schleswig-Holstein	6.5%
Thuringia	5.0%
	(increase to 6.5% planned as from 1 January 2017)*

* Pursuant to the first amendment to the Thuringian law determining the tax rate of the real estate transfer tax of 21 December 2015.

Die Autoren

PHILIPP BERRSCHE, LL.M. (EUR.)
ASSOCIATE, FRANKFURT AM MAIN

Philipp Berrsche ist Associate im Bereich Immobilienrecht im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Er berät nationale und internationale Mandanten zu rechtlichen Themen im Zusammenhang mit der Immobilie als Investitionsobjekt. Den Schwerpunkt seiner Tätigkeit bilden dabei Immobilien-transaktionen, die laufende Bestandsverwaltung und das gewerblichen Mietrecht.

DR. MATTHIAS GOLZ, LL.M.
ASSOCIATE, FRANKFURT AM MAIN

Dr. Matthias Golz ist Associate im Bereich Steuerrecht im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Er berät nationale und internationale Mandanten zu allen steuerrechtlichen Aspekten bei Transaktionen im Gesellschaftsrecht und im Bank- und Finanzrecht. Matthias Golz unterstützt seit Ende 2014 das Steuerrechtsteam in Frankfurt.

ELMAR GÜNTHER, MAÎTRE EN DROIT
NOTAR, OF COUNSEL, FRANKFURT AM MAIN

Elmar Günther ist Of Counsel im Bereich 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 öffentlich-rechtlichen Bau- und Planungsrechts.

SUSAN GÜNTHER
SENIOR ASSOCIATE, FRANKFURT AM MAIN

Susan Günther ist Senior 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. Sie verfügt über besondere Erfahrung bei Kreditfinanzierungen, Verbriefungen und Immobilientransaktionen. Zudem berät Sie internationale Unternehmensgruppen im Bereich der Arbeitnehmerbesteuerung und -entsendung sowie bei steuerlichen Fragen zur betrieblichen Altersversorgung.

The Authors

PHILIPP BERRSCHE, LL.M. (EUR.)
ASSOCIATE, FRANKFURT AM MAIN

Philipp Berrsche is an associate in the Frankfurt office of Mayer Brown's Real Estate practice. He advises national and international clients in connection with real estate investment objects. His practice is focused on real estate transactions, the ongoing asset management and commercial lease law.

DR. MATTHIAS GOLZ, LL.M.
ASSOCIATE, FRANKFURT AM MAIN

Dr. Matthias Golz is an associate in the Frankfurt office of Mayer Brown's Tax practice. He advises national and international clients on all tax issues related to corporate and finance transactions. Matthias joined Mayer Brown in November 2014.

ELMAR GÜNTHER, MAÎTRE EN DROIT
CIVIL LAW NOTARY, OF COUNSEL,
FRANKFURT AM MAIN

Elmar Günther is an of counsel in the Frankfurt office of Mayer Brown's Real Estate practice. In particular, he advises domestic and foreign institutional investors and banks on real estate investments as well as about 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.

SUSAN GÜNTHER
SENIOR ASSOCIATE, FRANKFURT AM MAIN

Susan Günther is a senior associate in the Frankfurt office of Mayer Brown's Tax practice. She advises national and international clients on all tax aspects related to corporate and finance transactions, focusing on credit financing, securitization and real estate transactions. Furthermore, Susan advises multinational companies on employee mobility and all tax aspects related to German pension law.

SABINE KRAUSE,
ASSOCIATE, DÜSSELDORF

Sabine Krause ist Associate im Düsseldorfer Büro von Mayer Brown. Sie berät bei immobilienrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Transaktionen in Form von Share und Asset Deals. Zu Ihren Mandanten zählen deutsche sowie internationale strategische und Finanzinvestoren einschließlich (Immobilien) Private Equity Investoren. Zudem berät sie zum Real Estate Asset Management und in Bezug auf bauliche und bautechnische Angelegenheiten.

SABINE KRAUSE,
ASSOCIATE, DÜSSELDORF

Sabine Krause is an associate in the Düsseldorf office of Mayer Brown. She focuses her work on real estate and corporate transactions in the form of both, share and asset deals. Sabine primarily advises German and international strategic and financial investors including (real estate) private equity investors. Furthermore, she advises on real estate asset management and construction & engineering matters.

About Mayer Brown

Mayer Brown is a global legal services organization advising clients across the Americas, Asia, Europe and the Middle East. 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, CAC 40, DAX, Hang Seng and Nikkei 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 and enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

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

This Mayer Brown 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 specific legal advice before taking any action with respect to the matters discussed herein.

Mayer Brown comprises 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 Mexico, S.C., a sociedad civil formed under the laws of the State of Durango, Mexico; 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.

"Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

© 2016 The Mayer Brown Practices. All rights reserved.