

Real Estate

Aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechung *Recent Developments and Decisions*

- 2 Mietrechtsreform – Eckpunkte des Referentenentwurfs
Tenancy law reform – Cornerstones of the draft bill
- 7 Verspätete Annahme eines Mietvertragsangebotes
Late acceptance of a lease offer
- 11 Baurechtswidrigkeit von Mieträumen als Mietmangel
Violation of building law by leased premises as a defect
in the lease
- 14 Unwirksamkeit einer formularmäßigen Mietminderungs-
und Aufrechnungsklausel
Ineffectiveness of a standard form rent reduction and
set-off clause
- 17 Einwendungsausschluss des Mieters bezüglich nicht
abrechnungsfähiger Positionen?
Is the tenant excluded with his objections concerning
non-allocatable costs?
- 20 Überblick Grunderwerbsteuersätze
Overview Real Estate Transfer Tax Rates



Benjamin Felix Schulz
Associate, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1139
bschulz@mayerbrown.com

Mietrechtsreform – Eckpunkte des Referenten- entwurfs

Das Mietrecht bleibt aufgrund der unverändert hohen politischen Aufmerksamkeit auch nach Modernisierung und Mietpreisbremse weiter Ziel von Reformen. Ohne die Auswirkungen der bisherigen Reformen abzuwarten und zu analysieren wurde im Frühjahr 2016 vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz bereits ein weiterer Referentenentwurf für ein Gesetz zur weiteren Novellierung mietrechtlicher Vorschriften (Zweites Mietrechtsnovellierungsgesetz – 2. MietNovG) vorgestellt. Er nimmt für sich in Anspruch, unter Berücksichtigung der sozial-, wohnungs-, wirtschafts-, demografie- und umweltpolitischen Bedeutung des privaten Mietrechts, sowohl die Interessen von Mietern als auch von Vermietern angemessen in Ausgleich zu bringen. Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die zentralen Punkte der geplanten Reform gegeben werden.

FLÄCHENUNTERSCHREITUNG ALS MANGEL

Es ist beabsichtigt, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insoweit zu kodifizieren, dass eine Unterschreitung der ausdrücklich vereinbarten Fläche um mehr als zehn Prozent stets einen Mangel darstellt, der eine mehr als nur unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bedingt (§ 536 Abs. 1 S. 4 BGB-E). Dem Vermieter wäre unter dieser Prämisse also der Einwand des § 536 Abs. 1 S. 3 BGB per se abgeschnitten. Ferner soll klargestellt werden, dass auch eine geringere Unterschreitung durchaus eine erhebliche Minderung der Tauglichkeit begründen kann. Insoweit würde aber der Mieter die Beweislast tragen (§ 536 Abs. 1 S. 5 BGB-E).

Tenancy law reform – Cornerstones of the draft bill

Due to the unchanged high level of political attention even following modernisation and a hold on the price of rent, tenancy law remains a target for reforms. Without waiting to see and analyse the effects of the previous reforms, in spring 2016 the German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection presented a further draft bill for a law to further amend tenancy law regulations (Second Tenancy Law Amendment Act – 2nd TLAA [Zweites Mietrechtsnovellierungsgesetz – 2. MietNovG]). It claims to appropriately bring into balance both the interests of tenants and landlords, taking into consideration the social, housing, economic, demographic, environmental and political significance of private tenancy law. A brief overview of the central points of the planned reform shall be provided below.

UNDERCUTTING FLOOR SPACE AS A DEFECT

It is intended to codify the case law of the German Federal Court of Justice [Bundesgerichtshof], which states that a floor space which is more than ten per cent less than what was expressly agreed always represents a defect, which results in a more than only insignificant reduction in suitability (Section 536 (1) Sentence 4 BGB-E). On these premises, the landlord will not be able to use the objection under Section 536 (1) Sentence 3 BGB per se. Further, it should be made clear that even lower undercutting of the floor area can definitely establish a significant reduction in suitability. The tenant would however bear the burden of proof in this case (Section 536 (1) Sentence 5 BGB-E).

Der neu eingeführte § 554 BGB-E soll regeln, wie die Wohnfläche zu berechnen ist, wenn die Vertragsparteien diese als Sollbeschaffenheit der Mietsache vereinbaren. Danach sollen sie die Möglichkeit haben, eine Berechnung entweder anhand der §§ 42 bis 44 der Zweiten Berechnungsverordnung bzw. der Wohnflächenverordnung (§ 554 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E) oder anhand anerkannter Regeln der Technik zur Berechnung von Wohnflächen (§ 554 Abs. 1 Nr. 2 BGB-E) zu vereinbaren. Fehlt es an einer Vereinbarung, sollen in Abhängigkeit davon, wann das Gebäude bezugsfertig war, die §§ 42 bis 44 der Zweiten Berechnungsverordnung (bezugsfertig bis 31. Dezember 2003) oder die Wohnflächenverordnung (bezugsfertig ab 1. Januar 2004) anzuwenden sein (§ 554 Abs. 2 BGB-E).

MIETERHÖHUNG BIS ZUR VERGLEICHSMIETE

Mit Urteil vom 18. November 2015 (Az. VIII ZR 266/14) hat der Bundesgerichtshof unter teilweiser Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass eine Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete auf der Basis der tatsächlichen Wohnfläche zu berechnen ist, unabhängig davon, ob im Mietvertrag eine abweichende Wohnfläche angegeben und wie hoch die Abweichung von der tatsächlichen Wohnfläche ist. Der Gesetzgeber greift das auf und stellt klar, dass sich die zulässige Mieterhöhung nach der Wohnfläche richtet, „die sich aus einer Berechnung nach § 554 Abs. 1 und 2 [BGB-E] ergibt“ (§ 558 Abs. 1 S. 2 BGB-E).

Der Bezugszeitraum zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete soll von vier auf acht Jahre verlängert werden (§ 558 Abs. 2 S. 1 BGB-E). Dadurch werden mehr, insbesondere auch Altmietverhältnisse, in den Vergleich einbezogen.

Ferner versucht der Gesetzgeber die Anforderungen an einen qualifizierten Mietspiegel zu präzisieren. Statt der bisher subjektiv determinierten Formulierung („anerkannte wissenschaftliche Grundsätze“) beabsichtigt er durch die Neufassung („Verwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse“), einen stärker objektiv geprägten Ansatz zu normieren (§ 558d Abs. 1 BGB-E). Er stellt zudem in Aussicht, von der – nach § 558 BGB-E verschobenen – Verordnungsermächtigung Gebrauch zu machen, um die gesetzlichen

The newly introduced Section 554 BGB-E should govern how the living space is to be calculated if the contract parties agree this as a nominal condition of the leased property. According to this provision, they should have the opportunity to agree a calculation either on the basis of Sections 42 to 44 of the German second computation ordinance concerning rent [*Zweite Berechnungsverordnung*] or the German living space ordinance [*Wohnflächenverordnung*] (Section 554 (1) No. 1 BGB-E) or on the basis of recognised technical rules for calculating living spaces (Section 554 (1) No. 2 BGB-E). If there is no agreement, then depending on when the building was ready for occupation, Sections 42 to 44 of the German second computation ordinance concerning rent (ready for occupation up to 31 December 2003) or the German living space ordinance (ready for occupation from 1 January 2004) should be applied (Section 554 (2) BGB-E).

RENT INCREASE UP TO COMPARATIVE RENT

With its judgement of 18 November 2015 (ref. VIII ZR 266/14), the German Federal Court of Justice decided, partly abandoning its previous case law, that an increase in rent up to the local comparative rent is to be calculated on the basis of the actual living space, independently of whether there is a different living space stated in the lease and how great the difference from the actual living space is. The legislator picks this up and makes it clear that the permissible increase in rent is based on the living space, “which results from a calculation pursuant to Section 554 (1) and (2) [BGB-E]” (Section 558 (1) Sentence 2 BGB-E).

The reference period to determine the local comparative rent should be extended from four years to eight years (Section 558 (2) Sentence 1 BGB-E). In this way, more tenancies, in particular older ones, will be included in the comparison.

Furthermore, the legislator attempts to state more precisely the requirements for a qualified average rental level. Instead of the previously subjectively determined formulation (“recognised scientific principles”), the new version (“application of scientific findings”) standardises a much more objective approach (Section 558d (1) BGB-E). It also promises to make use of the delegated legislation – displaced pursuant to Section 558 BGB-E – in order to make the legal principles even more specific. In addition,

Grundsätze noch weiter zu konkretisieren. Zudem soll der qualifizierte Mietspiegel eine Aufwertung dadurch erfahren, dass er im Prozess die Wirkung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens hat, statt wie bisher nur eine Vermutung zu begründen (§ 558 Abs. 3 BGB-E).

WEITERE ANPASSUNG BEI MODERNISIERUNGSMASSNAHMEN

§ 555b BGB soll um einen Modernisierungstatbestand erweitert werden. Ein alters- oder behindertengerechter Umbau würde dann eine zur Mieterhöhung berechtigende Modernisierungsmaßnahme darstellen, sofern die Wohnung zum Gebrauch für den entsprechenden Personenkreis bestimmt ist.

Der Umfang der Mieterhöhung in Folge von Renovierungsmaßnahmen soll von derzeit jährlich elf Prozent der für die Wohnung aufgewendeten Kosten auf acht Prozent reduziert werden (§ 559 Abs. 1 BGB-E). Flankiert werden soll diese Maßnahme durch eine absolute Kappungsgrenze. Danach soll in Zukunft die Miete innerhalb von acht Jahren um nicht mehr als drei 3 Euro/m² monatlich steigen dürfen (§ 559 Abs. 3a BGB-E).

Schon bisher kann eine Modernisierungsmieterhöhung bei finanzieller Härte für den Mieter ausgeschlossen sein (§ 559 Abs. 4 BGB). Es ist beabsichtigt, diese Härtefallklausel umzugestalten. In Ermangelung entsprechender höchstgerichtlicher Rechtsprechung soll ein Regelbeispiel Anhalt geben, ab wann eine finanzielle Härte besteht. Eine solche Härte soll dann vorliegen, wenn die Miete einschließlich der Heizkosten mehr als 40 % des Nettoeinkommens des Mieters und der anderen in seinem Haushalt wohnenden Personen übersteigt (§ 559 Abs. 4 BGB-E).

Für Mieterhöhungen aufgrund von Modernisierungsmaßnahmen bis zu einem Umfang von 10.000,00 Euro pro Wohnung ist ein vereinfachtes Verfahren geplant (§ 559c BGB-E). Die nach § 559 Abs. 2 BGB in Abzug zu bringenden Instandhaltungskosten sollen im Rahmen dieses vereinfachten Verfahrens mit pauschal 50 % in Ansatz gebracht werden. Den verbleibenden Rest könnte der Vermieter dann umlegen (§ 559c Abs. 1 BGB-E). Der Mieter würde sich in dem Verfahren weder auf die Härtefallregelung oder die geplante Kappungsgrenze von 3 €/m² pro Monat berufen können, noch würde die Inanspruchnahme zinsverbilligter Darlehen in Abzug gebracht. Flankierend

the qualified average rental level should be revalued so that in the process it has the effect of a written expert report, rather than to establish a presumption, as before (Section 558 (3) BGB-E).

FURTHER ADJUSTMENT TO MODERNISATION MEASURES

Section 555b BGB should be extended in order to modernise it. A renovation built to accommodate elderly or disabled people would then represent a modernisation measure which gives grounds for a rent increase, provided that the property is determined for use for the corresponding group of people.

The extent of the rent increase following the renovations should be reduced from currently eleven per cent annually to eight per cent for the costs spent for the property (Section 559 (1) BGB-E). This measure should be underpinned by an absolute cap. After that, in future the rent may not increase by more than three (3) euros/m² per month within eight years (Section 559 (3a) BGB-E).

Up till now an increase in rent for modernisation can be excluded if it will result in financial hardship for the tenant (Section 559 (4) BGB). It is intended to reform this clause on hardship. In the absence of corresponding case law from the supreme court, a rule example should indicate the point from which there is financial hardship. There should therefore be such hardship if the rent including heating costs exceeds 40% of the tenant's net income and the other people living in his household (Section 559 (4) BGB-E).

A simplified procedure is planned for rent increases on the basis of modernisation measures up to an amount of 10,000.00 euros per property (Section 559c BGB-E). The maintenance costs to be deducted pursuant to Section 559 (2) BGB should be appropriate within the framework of this simplified procedure with a lump sum value of 50%. The remainder could then be apportioned to the landlord (Section 559c (1) BGB-E). In the procedure, the tenant would neither be able to refer to the hardship rule nor the planned cap of € 3/m² per month, nor would the claim of an interest-subsidised loan be deducted. Underpinning this, the preclusive time limits will be ex-

hierzu werden die Ausschlussfristen zugunsten der Mieter verlängert (§ 555d Abs. 3 S. 1 BGB-E) und zugleich die Formerfordernisse für die Modernisierungsankündigung verschärft (§ 555c Abs. 2 BGB-E).

SCHONFRIST UND NACHHOLRECHT BEI ORDENTLICHER KÜNDIGUNG

Lehnte der Bundesgerichtshof eine (analoge) Anwendung von Schonfristregelung und Nachholrecht (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB) auf die ordentliche Kündigung bisher unter Hinweis auf Wortlaut, Genese, systematische Stellung sowie Sinn und Zweck dieser Instrumente ab (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 2005, VIII 6/04), sollen sie nun auch im Rahmen der ordentlichen Kündigung ausdrücklich Anwendung finden (§ 573 Abs. 3 BGB-E).

INTERTEMPORALES RECHT

In Hinblick darauf, dass es sich bei Mietverhältnissen um Dauerschuldverhältnisse handelt, sieht der Entwurf notwendigerweise eine Ergänzung der Übergangsvorschriften in Art. 229 EGBGB vor, aus der sich ergibt, welches Recht ab wann Anwendung findet.

WEITERE REFORMBESTREBUNGEN

Am 17. Juni 2016 hat das Land Berlin einen eigenen Entwurf zur Reform des Mietrechts in den Bundesrat eingebracht. Dieser ist bedeutend weniger umfangreich, deckt sich jedoch in entscheidenden Punkten mit dem Regierungsentwurf. Die wesentlichen Unterschiede sind: Der Bezugszeitraum zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete soll nur von vier auf sechs Jahre verlängert werden. Zugleich soll aber der Zeitraum, in dem die Miete um höchstens 20 % bzw. 15 % steigen darf von drei auf vier Jahre gestreckt werden. Ferner ist beabsichtigt, den Vermieter bereits bei Mietbeginn zu verpflichten, dem Mieter diejenigen Tatsachen mitzuteilen, die die Zulässigkeit der Miethöhe betreffen, etwa den vom Vormieter entrichteten Mietzins (§ 556g Abs. 3 BGB-E). Besondere Beachtung verdient der Ansatz § 5 Wirtschaftsstrafgesetz (WiStG) zu reformieren. Für eine Ordnungswidrigkeit nach § 5 WiStG ist bisher der Nachweis des Ausnutzens eines geringen Wohnungsangebots zu führen. Der BGH stellt hier hohe Anforderungen. Das MietRAG will diesen subjektiven Ansatz durch das objektive Vorliegen eines geringen Angebotes ersetzen (§ 5 Abs. 2 WiStG-E).

tended in favour of the tenant (Section 555d (3) Sentence 1 BGB-E) and at the same time the form requirements for the notice of modernisation measures will be tightened up (Section 555c (2) BGB-E).

PERIOD OF GRACE AND RIGHT TO MAKE GOOD IN THE CASE OF ORDINARY TERMINATION

If the German Federal Court of Justice has to date rejected an (analogous) application of rules on the period of grace and the right to make good (Section 569 (3) No. 2 BGB) for ordinary termination, making reference to the wording, genesis, systematic position as well as the purpose of these instruments (cf. BGH, judgement of 16 February 2005, VIII 6/04), they should now also expressly apply it within the framework of ordinary termination (Section 573 (3) BGB-E).

INTERTEMPORAL LAW

With regard to the fact that tenancies are continuous obligations, the draft bill necessarily provides for an addition to the transitional provisions in Art. 229 EGBGB, which shows which right applies from when.

ADDITIONAL REFORM EFFORTS

On 17 June 2016 the country of Berlin has submitted its own draft of a tenancy law reform to the Bundesrat. It is considerably less extensive, nevertheless it coincides in determining points with the draft issued by the Federal Ministry of Justice and Consumer. The essential differences are: The reference period to determine the local comparative rent should be only extended from four years to six years. However, at the same time the period within that the rent may rise by 20% respectively 15% should be prolonged from three to four years. Further it is intended to oblige the landlord at the beginning of the contractual relationship to inform the tenant about the facts which concern the admissibility of the rental rate, e.g. the amount of rent paid by the previous tenant (Section 556g (3) BGB-E). Special attention should be paid to the approach of a reformation of Section 5 Economy Criminal Code [*Wirtschaftsstrafgesetz*]. Up to now for an administrative offence according to Section 5 the proof of an exploitation of housing shortage is necessary. The German federal supreme court makes high demands in that. Under the MietRAG it is intended to replace this subjective by an objective concept. A low supply should be sufficient then.

AUSBLICK

Ein Referentenentwurf bildet ein sehr frühes Stadium des Gesetzgebungsverfahrens ab. Bis das Gesetz in Kraft tritt, sind also durchaus noch kleinere oder größere Modifikationen zu erwarten. Aufgrund des Gesamteindrucks der weiteren Verschärfung des Mietrechts zu Lasten des Vermieters im Rahmen der seinerzeit heftig diskutierten Modernisierungsmaßnahmen nimmt es dennoch nicht Wunder, dass sich bereits zu diesem Zeitpunkt Widerstand der Eigentümer- und Vermieterverbände formiert. Allerdings nährt auch der Blick auf den Berliner Entwurf nicht unbedingt die Hoffnung, dass hier deutliche Abschwächungen im weiteren Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens Eingang finden.

OUTLOOK

A draft bill represents a very early stage in the legislative process. Until the statute comes into force, smaller or larger modifications are definitely to be expected. On the basis of the general impression of further tightening up tenancy law at the expense of the landlords within the framework of the then heavily discussed modernisation measures, it is no wonder that resistance from owner and landlord associations is already forming. However Berlin's draft doesn't give hope that a weakening of the concept will take place during the legislative process.



Dr. Jörg Michael Lang
Partner, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1761
jlang@mayerbrown.com

Verspätete Annahme eines Mietvertragsangebotes

BGH, Urteil vom 24. Februar 2016 – XII ZR 5/15

LEITSATZ

Wird ein Mietvertragsangebot verspätet angenommen, so ist diese Erklärung nicht als Annahme, sondern als neues Angebot anzusehen.

Geht die Gegenseite in diesen Fällen fälschlicherweise davon aus, dass ein Vertrag bereits zustande gekommen sei, kann ihr Verhalten im Rahmen der Vertragsdurchführung nicht in eine konkludente Vertragsannahme umgedeutet werden. Ein Vertrag ist dann nicht zustande gekommen.

Auf dieses Nichtzustandekommen kann sich der Erstantragende jedoch aufgrund des Gebotes von Treu und Glauben unter Umständen nicht berufen.

SACHVERHALT

Die Klägerin war Eigentümerin eines Grundstücks, die Beklagte Mobilfunkanbieterin.

Die Klägerin unterschrieb im Dezember 2003 einen schriftlichen Mietvertrag, den sie im Entwurf ohne Unterschrift von der Beklagten erhalten hatte und übersandte ihn per Post an die Beklagte. Diese unterzeichnete erst sieben Wochen später und reichte den Vertrag zurück. Beide hielten den Vertrag damit für wirksam geschlossen.

Im November 2011 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie den Vertrag für unwirksam hält und klagte auf Feststellung, dass zwischen ihr und der Beklagten kein wirksames Mietverhältnis bestehe.

Late acceptance of a lease offer

BGH, Judgement of 24 February 2016 – XII ZR 5/15

HEAD NOTE

If a lease offer is accepted late, then this declaration is not to be seen as an acceptance, but rather as a new offer.

If the opposing party in these cases incorrectly assumes that a contract has already come into effect, their behaviour within the framework of the implementation of the contract cannot be reinterpreted as an implied acceptance of the contract. A contract has not therefore come into effect.

The party making the first application cannot possibly appeal however the fact that the contract has not come into effect on the basis of the rule of good faith.

FACTS

The plaintiff (landlord) was the owner of a plot of land, the defendant (tenant) a mobile telephone provider.

The plaintiff signed a written lease in December 2003, which she had received as a draft without a signature from the defendant and sent it by post to the defendant. The defendant did not sign until seven weeks later and then returned the contract. Both parties held the contract to have been effectively concluded.

In November 2011, the plaintiff informed the defendant that he considered the contract to be ineffective and sought a declaration that no effective lease existed between him and the defendant.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Ein Vertragsangebot unter Abwesenden hat nach deutschem Vertragsrecht (§ 147 Abs. 2 BGB) nur eine begrenzte zeitliche Gültigkeit. Diese beträgt nach der Rechtsprechung bei Grundstücksmietverträgen etwa 2 bis 3 Wochen. Lässt der potenzielle Vertragspartner diese Frist zur Annahme verstreichen, entfällt das Angebot. Es ist rechtlich nicht mehr existent und kann daher auch nicht mehr wirksam angenommen werden. Ein Vertrag ist dann zunächst nicht zustande gekommen. Da der säumige Verhandlungspartner durch die Annahmeerklärung seine Bereitschaft zum Vertragsschluss, wenn auch verspätet, kundgetan hat, wird diese Erklärung als neues Mietvertragsangebot ausgelegt (§ 150 Abs. 1 BGB). Dem ursprünglich Antragenden steht es dann frei, dieses anzunehmen oder auch abzulehnen. Diese Annahme muss nicht ausdrücklich, sondern kann auch konkludent, also durch schlüssiges Handeln, erfolgen. Beispielsweise indem der nun Annehmende den Vertrag wie ursprünglich geplant durchführt.

Der scheinbare Mieter hat im Prozess jedoch weder eine ausdrückliche, noch eine konkludente Annahme der Klägerin behauptet, weshalb der BGH unter Fortführung seiner Rechtsprechung feststellte, dass zwischen den Parteien kein Mietvertrag geschlossen wurde.

Die Entscheidung bringt jedoch auch Neues hervor. Der Senat stellt in einem sogenannten obiter dictum, also „nebenbei“ und ohne Bezug zum vorliegenden Einzelfall, klar, dass auch die Behauptung einer konkludenten Annahme der Klägerin hier nicht zu einem wirksamen Vertrag geführt hätte. Auch wenn eine vertragliche Erklärung nicht ausdrücklich, sondern durch schlüssiges Verhalten kundgegeben wird, müsse diese vom Annahmewilligen des Erklärenden getragen sein. Vorliegend dachte die Klägerin jedoch, der Vertrag sei bereits wirksam geschlossen worden. Es fehlte daher an dem für seine Willenserklärung notwendigen Annahmewilligen. Ein Vertrag würde also selbst dann nicht konkludent angenommen.

In diesem Einzelfall könnte die Feststellung, dass ein Vertrag nicht zustande gekommen ist für die Klägerin jedoch ein Pyrrhussieg bleiben. Der BGH hat den Rechtsstreit an das für die Sachverhaltsaufklärung zuständige OLG Karlsruhe zurückverwiesen. Für den Fall, dass dort festgestellt würde, dass:

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

A contract offer made without the physical presence of the parties has only a limited validity in terms of time under German law (Section 147 (2) BGB [*German Civil Code*]). According to the case law on leases for plots of land, this amounts to approximately 2 to 3 weeks. If the potential contract partner allows this period to elapse, the offer no longer applies. It no longer legally exists and can therefore also no longer be effectively accepted. A contract has therefore for the time being not come into effect. Because the slow negotiation partner made his willingness to conclude the contract known through the declaration of acceptance, even if late, this declaration will be interpreted as a new lease offer. (Section 150 (1) BGB). The original party making the offer is then free to accept or reject this. This acceptance does not need to be express, but can also be implied, such as through actions from which the intention may be implied. For example, the now accepting party carries out the contract as originally planned.

The apparent tenant in the present case, however, neither claimed an express nor an implied acceptance by the plaintiff, which is why the BGH found, in continuation of its case law, that no lease was concluded between the parties.

The decision did however produce new factors. The appellate court division, in a so-called obiter dictum, that is to say “incidentally” and without referring to the present case, made it clear that the claim of an implied acceptance by the plaintiff had also not led to an effective contract here. Even if a contractual statement does not make something known expressly, but it is made known through conduct from which the intention may be implied, this must be carried by the intention to accept of the party making the statement. In the present case, however, the plaintiff believed that the contract had already been effectively concluded. It therefore lacked the necessary intention to accept for its declaration of intent. A contract would therefore not even be accepted by implication.

In this individual case, the finding that a contract did not come into effect could however remain a Pyrrhic victory for the plaintiff. The BGH referred the dispute back to the court responsible for the establishing of facts, the OLG Karlsruhe [*higher regional court in Karlsruhe*]. If it is established there that:

- die Klägerin (Vermieterin) aus dem Vertrag Vorteile gezogen
- sowie die Beklagte (Mieterin) im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrags Dispositionen getroffen hat und
- der Klägerin die verzögerte Geltendmachung der verspäteten Annahme vorzuwerfen ist,

legt der BGH die Prüfung nahe, ob es der Klägerin aufgrund von Treuwidrigkeit zu versagen ist, sich auf den fehlenden Vertragsschluss zu berufen und ob ausnahmsweise eine Annahmeerklärung durch Schweigen anzunehmen ist.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Entscheidung dürfte im Gewerberaummietrecht nur bei Vermietung vom Reißbrett Bedeutung erlangen. Denn der Sachverhalt des vorliegenden Falles unterscheidet sich wesentlich von der typischen Vermietung von Gewerberaumflächen. Während hier zwischen der Unterzeichnung des Mietvertrages und der Baugenehmigung für einen zu errichtenden Mobilfunkmast sieben Jahre vergangen waren in denen keine Mietzahlung erfolgte (und auch nicht geschuldet war), ist dies bei der Vermietung fertiger Immobilien typischerweise anders. Dort erfolgt eine Mietzahlung mit Mietbeginn oder kurzfristig nach Ablauf von mietfreien Zeiten wobei üblicherweise selbst dann Nebenkostenvorauszahlungen sofort vom Mieter zu entrichten sind. Auch werden in der Regel Mieterausbauten vorgenommen. Der Mieter muss häufig vor Besitzübergabe eine Mietsicherheit stellen. Beide Parteien treffen also umgehend nach Unterzeichnung des Mietvertrages Vermögensdispositionen. Es spricht daher viel für die Annahme, dem Erstofferenten in solchen Fällen die Berufung auf die Verspätung der Annahme jedenfalls nach Treu und Glauben zu versagen. Dies kann aber bei noch zu errichtenden Mietobjekten durchaus anders sein, bei denen – ähnlich wie in dem entschiedenen Fall – längere Genehmigungs- und Errichtungszeiten nicht unüblich sind. Hier ist also besondere Vorsicht geboten.

Die Praxis behilft sich mit einer vertraglichen Verlängerung der von der Rechtsprechung für angemessen gehaltenen Annahmefrist. Es wird etwa vereinbart, dass die zuerst unterzeichnende Vertragspartei sich für die Dauer von X Wochen nach Unterzeichnung dieses Mietvertrages an ihr Angebot gebunden fühlt. Weiterhin verzichten die Parteien gemäß § 151 Satz 1 Fall 2 BGB auf diesen Zugang der Annahmeerklärung. Dies bedeutet, dass es nicht auf

- the plaintiff (landlord) benefited from the contract and
- the defendant (tenant) made arrangements trusting in the effectiveness of the contract and
- the plaintiff is to blame for the delayed claim of late acceptance,

the BGH suggests a review of whether the plaintiff's claim of a defective conclusion of contract is to be rejected on the basis of bad faith, and whether by way of exception a declaration of acceptance is to be assumed from the silence.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The decision could only become important in commercial leasing law in the case of properties under construction (so-called letting straight from the drawing board), because the facts of the current case are materially different from the typical lease of commercial premises. While in this case seven years passed between signing the lease and the building permission to erect a mobile communications mast, in which time no rent payment was made (and was also not owed), it is typically different for the lease of completed real estate. A rental payment is typically made at the start of the lease or shortly after the end of the rent-free period, whereby usually even advance payments for ancillary costs are to be paid by the tenant immediately. Tenant fit-out works are generally also planned. The tenant must often provide a rental security before possession is handed over. Both parties therefore make asset arrangements immediately after signing the lease. This therefore supports the assumption to, in such cases, reject the party making the first offer's claim for the late acceptance on the basis of good faith. But this can certainly be different in the case of leased properties still to be built, for which – similar to the case to be decided – longer building permission and construction periods are not uncommon. Particular precaution is therefore recommended here.

Day-to-day business manages this by using a contractual extension of the acceptance period held to be suitable in the case law. It is agreed, for instance, that the first signing contract party feels bound to its offer for a duration of X weeks after signing this lease. Furthermore, pursuant to Section 151 Sentence 1 Case 2 BGB, the parties waive the need for this receipt of the declaration of acceptance. This means that it does not depend on the date of receipt of

das Datum des Zugangs der unterzeichneten Fassung bei der jeweils anderen Vertragspartei ankommt; maßgeblich ist das Datum der Unterzeichnung. Durch einen solchermassen verlängerten Abwicklungsprozess kann das Risiko einer verspäteten Annahme reduziert werden. Sie sollte daher zum Standard eines jeden Gewerberaummietvertrages gehören.

the signed version by the respective other party; the date of signing is authoritative. The risk of a late acceptance can be reduced through such an extended process. It should therefore become standard for any lease of commercial premises.



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

Baurechtswidrigkeit von Mieträumen als Mietmangel

KG Berlin, Urteil vom 23. Mai 2016 –
8 U 10/15

LEITSATZ

Sind Mieträume baurechtswidrig, stellt dies einen Mietmangel dar, der zur Mietminderung berechtigt.

SACHVERHALT

Der Beklagte mietete Gewerberäume an, um darin eine Kochschule zu errichten. Es wurde vertraglich vereinbart, dass der Mieter die Räume renoviert und saniert und dann selbst die Genehmigung für die gewünschte Nutzungsänderung einholt. Das Risiko der Nichtgenehmigung sollte der Mieter tragen. Im Rahmen der Renovierungsarbeiten und Vorbereitungen stellte sich heraus, dass sich in einer Brandschutzwand des Mietobjektes ungenehmigte Fenster befanden. Aufgrund dieser Fenster war die beabsichtigte Nutzung als Kochschule bauordnungsrechtlich nicht genehmigungsfähig. Der Mieter minderte die Miete auf Null, der Vermieter verklagte ihn daraufhin auf Zahlung. Er ist der Ansicht, das Genehmigungsrisiko obliege aufgrund der genannten Klausel insgesamt dem Mieter.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Die Berufung des Mieters hatte Erfolg. Der Vermieter schulde von Gesetzes wegen, sein Gebäude auf eigene Kosten in einen Zustand zu versetzen, in dem die vertraglich vorausgesetzte Nutzung seines Mieters baurechtlich genehmigungsfähig ist. Zwar habe der Mieter vorliegend ein Genehmigungsrisiko übernommen und damit diese Pflicht des Vermieters teilweise gemindert.

Violation of building law by leased premises as a defect in the lease

KG Berlin, Judgement of 23 May 2016 –
8 U 10/15

HEAD NOTE

If leased premises violate building law, this represents a defect in the lease which justifies a rent abatement.

FACTS

The Defendant leased commercial premises in order to establish a cooking school there. It was contractually agreed that the tenant was to renovate and redevelop and then obtain permission for the desired change of use himself. The risk of permission not being granted was to be borne by the tenant. Within the framework of the renovation works and preparations it transpired that there were unapproved windows in a fire barrier wall in the leased property. Because of these windows, it was not possible to get permission under building regulations law for the intended use as a cooking school. The tenant reduced the rent to zero, the landlord then sued him for payment. He is of the opinion that the risk of not obtaining permission was borne by the tenant on the basis of the clause mentioned.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The tenant's appeal succeeded. The landlord was liable under the law to place his building at his own costs into a state in which the contractually provided use of his tenant can be granted permission under building law. The tenant did indeed in the present case take over the risk that permission would not be granted and this therefore partly reduced the

Dabei sei aber zu beachten, dass es sich bei der Pflicht zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes um eine den Mietvertrag in besonderem Maße prägende Pflicht – eine sogenannte Kardinalpflicht – handelt. Klauseln, die Kardinalpflichten einschränken, verschieben das gesetzliche Leitbild des Vertragstypes „Mietvertrag“ und seien daher stets eng auszulegen. Die Klausel über die Übernahme sei nicht als gänzliche Abwälzung des Risikos einer Nichtgenehmigung der Nutzungsänderung zu beziehen. Es handle sich um den Fall, dass die Baurechtswidrigkeit bei Vertragsschluss unbekannt gewesen sei. Dass die Parteien zu diesem Zeitpunkt auch schon vorab bestehende Risiken der Baurechtswidrigkeit, die noch nicht einmal bekannt waren, umverteilen wollten und dass der Mieter diese übernehmen wollte, ließe sich mit der gebotenen restriktiven Auslegung nicht in Einklang bringen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH sei eine Baurechtswidrigkeit zwar so lange (noch) kein Mangel, wie bauaufsichtliches Einschreiten noch nicht ernstlich zu erwarten, der Mieter in seinem Gebrauch also nicht tatsächlich beeinträchtigt ist. Jedoch sei diese Rechtsprechung für Fälle entwickelt worden, in denen der Gebrauch des Objektes bereits aufgenommen wurde. Im zu entscheidenden Fall komme es aber gar nicht zum Gebrauch der Mietsache, da der Mieter seine Arbeiten zuvor eingestellt hat. Weitere Arbeiten an und Investitionen in die Mieträume sowie die Gefahr, „sehenden Auges“ in eine Nutzungsuntersagung zu laufen, seien dem Mieter im Übrigen auch nicht zuzumuten. Da der Gebrauch hiernach zu Recht gänzlich nicht aufgenommen wurde, billigte der Senat dem Mieter eine Minderung in Höhe von 100 % zu.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Entscheidung ist insoweit im Einklang mit der Rechtsprechung, als die Überbürdung der Genehmigungsfähigkeit regelmäßig dort ihre Grenze findet, wo das Gebäude selbst betroffen ist und nicht nur der Betrieb des Mieters. Beachtenswert ist allerdings der Aspekt, dass eine Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften auch vor einem (angedrohten) Einschreiten der Behörde einen Mietmangel darstellen kann, der wiederum entsprechende Mieterrechte begründet. Aufgrund der Analyse des Gerichts ist nicht ausgeschlossen, dass der Bundesgerichtshof sich dieser Auffassung anschließen wird. Bei Vermietungen sollte daher stärker das Augenmerk auf die baurechtliche Situation der Mietsache gelegt werden. Dies kann insbe-

landlord's duty. It is to be observed, however, that the duty to produce the condition pursuant to the contract is a duty which gives the lease its special shape – a so-called cardinal duty. Clauses which limit cardinal duties shift the legal principle of the contract type “lease” and is therefore to always be interpreted narrowly. The clause regarding the assumption is not to be applied as a way to completely avoid the risk of not being granted permission for the change of use. It concerned a case where the illegality of construction was unknown at the time the contract was concluded. That the parties at this time already wanted to redistribute existing risks of the illegality of construction which were not even known and that the tenant wanted to accept these risks, could not be reconciled with the restrictive interpretation provided.

According to the current case law of the BGH [*German federal Court of Justice*], the illegality of a construction is not (yet) a defect, if interventions by administrative authorities are not yet seriously to be expected, so the tenant is not actually affected in his use of the property. But this case law was developed for cases in which the use of the property had already started. In the case to be decided, however, it did not depend on the use of the leased property because the tenant suspended his works prior to that. Further work to and investment in the leased premises as well as the risk of running into a prohibition on use “with open eyes” are also not to be expected of the tenant. Because the use was, as a result, correctly not started at all, the appellate court division granted the tenant a 100% reduction.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The decision is in this regard in harmony with the case law as the overburdening of the eligibility to be granted permission regularly hits a limit where the building itself is concerned and not only the tenant's business. It is worth noting, however, that a breach of public law requirements can represent a defect in the lease which again establishes corresponding tenant rights, even before a (threatened) intervention by the authorities. On the basis of the court's analysis, it is not excluded that the German federal Court of Justice will come round to this way of thinking. In the case of letting, greater attention should therefore be paid to the building law situation of the leased property. This can definitely pose problems,

sondere bei Bestandsobjekten mit lückenhafter Dokumentation durchaus Probleme aufwerfen. Gleichzeitig müssen bei der Formulierung des mietvertraglichen Zwecks die Vor- und Nachteile einer engen oder weiten Fassung auch hinsichtlich des Erfordernisses einer baurechtlichen Nutzungsänderung abgewogen werden.

particularly for existing properties with incomplete documentation. At the same time, when formulating the purpose of the lease, the advantages and disadvantages of a narrow or broad wording also considering the requirements of a change of use under building law must be weighed.



Dr. Jörg Michael Lang
Partner, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1761
jlang@mayerbrown.com

Unwirksamkeit einer formularmäßigen Mietminderungs- und Aufrechnungsklausel

BGH 7. Zivilsenat, Urteil vom 6. April 2016 – VII ZR 29/15

LEITSÄTZE

Eine Klausel, die das Recht zur Aufrechnung mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen auf solche aus dem Mietverhältnis beschränkt, ist in einem formularmäßigen, gewerblichen Mietvertrag unwirksam.

Diese Unwirksamkeit trifft die gesamte Klausel, infiziert also auch andere in ihr vereinbarte Aufrechnungsverbote sowie Beschränkungen von Zurückbehaltungs- und Mietminderungsrechten.

SACHVERHALT

Die Parteien schlossen einen formularmäßigen Gewerberaummietvertrag. § 8 des Vertrages lautete:

„Der Mieter kann gegen die Miete weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht ausüben oder die Miete mindern. Hiervon ausgenommen sind Forderungen des Mieters wegen Schadenersatz für Nichterfüllung oder Aufwendungsersatz infolge eines anfänglichen oder nachträglichen Mangels der Mietsache, den der Vermieter wegen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu vertreten hat, und andere Forderungen aus dem Mietverhältnis, soweit sie unbestritten, rechtskräftig festgestellt oder entscheidungsreif sind.“

Die Beklagte minderte entgegen dieser Vereinbarung aufgrund von Mängeln die Miete. Der Kläger hielt dies für unzulässig und klagte auf Zahlung.

Ineffectiveness of a standard form rent reduction and set-off clause

BGH, Judgement of 6 April 2016 – VII ZR 29/15

HEAD NOTE

A clause which limits the right to set-off with undisputed or legally established claims against such claims from the lease is ineffective in a commercial standard form lease.

This ineffectiveness affects the entire clause, but also infects other prohibitions on set-off agreed in it as well as limitations on rights of retention and reduction of the rent.

FACTS

The parties concluded a standard form commercial lease. Section 8 of the lease stated:

“The tenant can neither set-off against the rent nor exercise a right of retention or reduce the rent. Excluded from this are claims by the tenant on the basis of compensation for damages for non-performance or reimbursement of expenses as a result of initial or subsequent defects in the rental object which the landlord is responsible for on the basis of intent or gross negligence, and other claims from the lease insofar as they are undisputed, legally established or ready for the decision process.”

Contrary to this agreement, the defendant (tenant) reduced the rent on the basis of defects. The plaintiff (landlord) considered this to be impermissible and brought action for payment.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Der BGH gab der Beklagten Recht. Zwar seien Beschränkungen des Minderungsrechts und Aufrechnungsverbote bei Gewerberaummietverträgen im Grundsatz auch formularmäßig zulässig. Die oben zitierte Klausel halte jedoch einer AGB-Kontrolle nicht stand.

Die Argumentation des Senats beginnt mit der Auslegung der Vereinbarung: Die Regelung verbietet u. a. die Aufrechnung, ausgenommen hiervon sind jedoch unbestrittene, rechtskräftig festgestellte oder entscheidungsreife Forderungen „aus dem Mietverhältnis“. Mit solchen Forderungen kann also aufgerechnet werden. Bezüglich unbestrittener, rechtskräftig festgestellter oder entscheidungsreifer Forderungen, die nicht aus dem Mietverhältnis herrühren, bleibt es im Umkehrschluss dabei, dass diese nicht zur Aufrechnung berechtigen sollen. Dieser Ausschluss benachteilige den Mieter entgegen der Gebote von Treu und Glauben in unangemessener Weise. Es handle sich um eine besonders schwerwiegende Verkürzung der Rechte des Vertragspartners, die auch im Geschäftsverkehr nicht hingenommen werden könne. Daher ist diese Klausel in Formularverträgen unwirksam.

Die Unwirksamkeit beschränkt sich allerdings nicht auf den Regelungsgehalt der Klausel zum Aufrechnungsverbot. Es sei zwar denkbar, aus einer rechtswidrigen Vereinbarung nur den zu beanstandenden Teil herauszutrennen. Dies würde vorliegend bedeuten, dass der Teil „aus dem Mietverhältnis“ gedanklich schlicht aus dem Vertragstext gestrichen, dieser mithin auf sein rechtlich zulässiges Maß gekürzt würde. Eine solche Trennung sei aber im vorliegenden Fall nicht möglich. Es handele sich bei dem streitigen Passus um eine einheitliche Regelung, aus der man nicht einen Teil herauslösen könne, ohne den Inhalt der gesamten Klausel umzugestalten.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Unwirksamkeit des Aufrechnungsverbotes infiziert die gesamte Klausel und zieht damit auch den Ausschluss der Mietminderung und die Beschränkung von Zurückbehaltungsrechten in die Unwirksamkeit. Diese Folge droht jeder Vereinbarung, die sich dem Regelungskreis „Beschneidung von Mieterrechten“ zuordnen lässt, wenn sie sich im Umfeld einer rechtswidrigen Regelung befindet.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The BGH found in favour of the defendant. Limitations on the right of reduction and prohibitions on set-off in the case of commercial leases are also in principle permissible in a standard form. The clause cited above did not however hold out against a review of the General Terms and Conditions.

The argumentation of the appellate court division begins with the interpretation of the agreement: The rule prohibits, among other things, set-off, except claims which are undisputed, legally established or ready for the decision process “from the lease”. Such claims can therefore be set off. With regard to claims which are undisputed, legally established or ready for the decision process which do not stem from the lease, it conversely remains that these should not entitle a party to set off. This exclusion put the tenant at an inappropriate disadvantage, against the rule of good faith. It concerns a particularly severe reduction of the contract partner’s rights which could also not be accepted in business dealings. This clause is therefore ineffective in standard form contracts.

The ineffectiveness is not however limited to the regulatory content of the clause prohibiting set-off. It is indeed conceivable to extract only the part complained about from an unlawful agreement. In the present case, this would mean that the part “from the lease” is theoretically simply removed from the contract text, which is then shortened to what is legally permissible. Such a separation is not possible in the present case, however. The disputed passage concerns a unitary provision from which one cannot remove one part without rearranging the content of the entire clause.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The ineffectiveness of the prohibition on setting off infects the entire clause and therefore also drags the exclusion of the reduction of the rent and the limitation of rights of retention into ineffectiveness. This consequence threatens any agreement which can be allocated to the set of rules “Curtailing Tenant Rights” if it is within the sphere of an unlawful provision. The formulation

Die beanstandete Formulierung ist daher zu vermeiden. Es ist besonders darauf zu achten, den Satzteil „aus dem Mietverhältnis“ dieser klassischen Klausel in Zukunft nicht mehr zu verwenden. Generell ist sicherzustellen, dass ein Aufrechnungsverbot stets Raum für die Aufrechnung mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen lässt, auch wenn diese nicht aus dem Mietverhältnis herrühren.

complained about is therefore to be avoided. Please note in particular that the part of the sentence “from the lease” in this classic clause is no longer to be used in future. It is generally to be ensured that a prohibition against setting off always leaves space for the set-off with undisputed or legally established claims, even if these do not come from the lease.



Benjamin Felix Schulz

Associate, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1139
bschulz@mayerbrown.com

Einwendungsausschluss des Mieters bezüglich nicht abrechnungsfähiger Positionen?

BGH, Urteil vom 11. Mai 2016 – VIII ZR 209/15

Grundsätzlich sind im Wohnraummietrecht nur diejenigen Betriebskosten umlagefähig, die in § 2 Betriebskostenverordnung (BetrKV) ausgewiesen sind. Dazu zählen nach § 1 Abs. 2 BetrKV gerade nicht die zur Verwaltung des Gebäudes gehörenden Kosten sowie Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten. Nach § 556 Abs. 3 S. 5 BGB hat der Mieter dem Vermieter Einwendungen gegen die Abrechnung der Betriebskosten bis zum Ablauf von 12 Monaten nach deren Zugang mitzuteilen. Andernfalls kann er diese nach § 556 Abs. 3 S. 6 BGB nicht mehr geltend machen.

LEITSATZ

Der Einwendungsausschluss gemäß § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB gilt grundsätzlich auch für solche Kosten, die gemäß § 556 Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit der Betriebskostenverordnung generell nicht auf den Mieter umgelegt werden können.

SACHVERHALT

Die Kläger sind Mieter einer Wohnung des Beklagten. Dieser rechnete mit Schreiben von Juli 2012 die Betriebskosten für 2011 ab. Dafür übermittelte er den Klägern die Kopie einer Abrechnung der Hausverwaltung der Wohnungseigentümergeinschaft. Diese wies neben umlagefähigen Kosten auch nicht umlagefähige, nämlich solche für Instandhaltung, Verwaltung sowie die Instandhaltungsrücklage, aus. Aufgrund der Abrechnungsfehler endete die Abrechnung statt mit einem Guthaben

Is the tenant excluded with his objections concerning non-allocatable costs?

BGH, Judgement of 11 May 2016 – VIII ZR 209/15

In principle, the only operating costs to be allocated among tenants in accordance with residential tenancy law are those named in Section 2 German Ordinance on Operating Costs (BetrKV). Pursuant to Section 1 para. 2 BetrKV, expenses for the administration of the building as well as maintenance and repair costs may not be passed on to the tenants. According to Section § 556 para. 3 sentence 5 BGB [*German Civil Code*] the tenant is obliged to raise objections against the annual settlement of the operating cost within 12 months after the receipt of that settlement. Otherwise, pursuant to Section 556 para. 3 sentence 5 BGB, his objections are excluded.

HEAD NOTE

Section 556 para. 3 sentence 6 BGB also applies to such costs, which, pursuant to Section 556 para. 1 sentence 1 BGB in conjunction with the German Ordinance on the Distribution of Operating Costs [*Betriebskostenverordnung*], are non-allocatable among tenants.

FACTS

The plaintiffs are tenants of an apartment belonging to the defendant. In July 2012 the defendant brought the operating costs to account. To this purpose, he submitted a copy of an invoice which originally was addressed to the condominium owners association by the property management. Beside allocatable expenses, this invoice displayed non-allocatable costs, namely those for maintenance, administration and the structural reserves. Because of the billing error, instead of a credit, the

der Kläger mit einer Nachforderung des Beklagten. Diese wurde seitens der Kläger beglichen. Erstmals im Mai 2014 rügten die Kläger die Abrechnungsfehler. Der Beklagte verweigert die Rückzahlung.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Der BGH hat in dieser Entscheidung die bisher umstrittene und höchstrichterlich nicht entschiedene Frage geklärt, ob der Einwendungsausschluss nach § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB auch bezüglich solcher Kosten durchgreift, die im Bereich der Wohnraummiete generell nicht umlagefähig sind.

Einige Stimmen in der Literatur sowie Teile der Instanzenrechtsprechung vertreten hierzu bisher die Auffassung, der Einwendungsausschluss gelte nicht für abgerechnete Kosten, die nicht zu den umlagefähigen Betriebskosten im Sinne der Betriebskostenverordnung zählen. Es entstünde ein Wertungswiderspruch, wenn das Gesetz einerseits die Umlage derartiger Kosten nicht gestatte, andererseits aber dem Mieter die Berufung darauf durch einen Fristablauf abschneide.

Dem ist der BGH nunmehr entgegen getreten. Weder dem Wortlaut des § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB noch Sinn und Zweck dieser Vorschriften ließen Hinweise entnehmen, die in Richtung einer Beschränkung des Einwendungsausschlusses deuteten. Der BGH verweist wie auch schon in früheren Entscheidungen ausdrücklich auf die vom Gesetzgeber insoweit intendierte Befriedungsfunktion. Mit dem Nachforderungsausschluss für den Vermieter korrespondiere der Einwendungsausschluss für den Mieter. So solle erreicht werden, dass in absehbarer Zeit nach der Betriebskostenabrechnung die Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche besteht. Die Befriedungsfunktion wäre nicht umfassend gewährleistet, wenn Einwendungen des Mieters dahingehend, bestimmte Kosten seien generell nicht umlagefähig, auch nach Fristablauf noch Berücksichtigung fänden. Dies gelte umso mehr vor dem Hintergrund, als die Zuordnung zu dem Komplex umlagefähiger bzw. nicht umlagefähiger Betriebskosten nicht immer eindeutig sei.

Insbesondere der von Vertretern der abweichenden Meinung ins Feld geführte Wertungswiderspruch zu § 556 Abs. 1 BGB bestehe nicht: Denn der Einwendungsausschluss setze gerade voraus, dass auch eine unrichtige Abrechnung

settlement displayed an additional payment claim, which was balanced by the plaintiffs. In May 2014 the plaintiffs complained about the defendant's billing error for the first time. The defendant refused to refund the overpayment.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

In this decision, the BGH [German Federal Court of Justice] has clarified the hitherto controversial question not ruled on by the Supreme Court, of whether the exclusion of objections set out in Section 556 para. 3 sentence 6 BGB also applies to such costs generally non-allocatable in the realm of residential tenancy.

So far, some specialized publications as well as some lower courts maintain that those expenses brought to account which are non-allocatable among tenants according to the BetrKV are not affected by the exclusion. If, on the one hand, the allocation of such costs were not allowed, while, on the other hand, the tenant is curtailed the possibility to refer to that due to an expiry of the deadline, a contradiction of assessment would arise.

The BGH has now judged differently. Neither the wording of Section 556 para. 3 sentence 5, 6 BGB, nor the meaning and purpose of those provisions indicated such a limitation of the exclusion of objections. As in prior decisions, the BGH pointed out that the legislator intended pacification. The exclusion of additional claims on the part of the landlord corresponded to the exclusion of objections on the part of the tenant. This way it should be attained that in the foreseeable future after operating expenses are settled, both parties have clarity concerning mutual claims. Widespread pacification as intended by the legislator would be partially missed if the tenant's objections concerning non-allocatable expenses were not excluded after deadline expiry. This applies even to a greater extent as the classification of the operating costs as either allocatable or non-allocatable is not always clear.

In particular, there is no contradiction of assessment as for Section 556 para. 1 BGB, as maintained by dissenting voices in the literature and in case law: A pre-condition for the exclusion of objections was that an incorrect

Bestand hat, wenn der Mieter inhaltliche Einwendungen dagegen nicht rechtzeitig erhebt. Der Grund für die Unrichtigkeit der Abrechnung sei dabei nicht von Bedeutung. Ebenso wenig komme es darauf an, ob überhaupt Streit über die Berechtigung der verspätet erhobenen Einwendungen besteht.

Der BGH nimmt den Fall überdies zum Anlass, seine Rechtsprechung, nach der der Einwendungsausschluss auch für in der Abrechnung zu niedrig angesetzte Vorauszahlungen gilt, zu bestätigen.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Bedeutung des Urteils speist sich bereits aus dem Umstand, dass der BGH eine bisher höchstrichterlich nicht entschiedene Frage in einem Bereich geklärt hat, der in der Praxis außerordentlich häufig Gegenstand von gerichtlichen Auseinandersetzungen ist. Vermieter wie Property Manager haben nunmehr Gewissheit, dass sie mit Ablauf von zwölf Monaten nach Zugang einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung nicht mehr begründeten Rückforderungsansprüchen wegen überzahlter Betriebskosten ausgesetzt sind. Derart klare Richtlinien sind für die Praxis stets wünschenswert.

settlement be valid, if the tenant does not object with regards to the content in due time. The reason for the incorrectness of the settlement was irrelevant, as is the fact whether there was a dispute about the validity of the delayed objection.

On the occasion of this decision, the BGH confirms its prior ruling according to which tenants may be excluded of objections after deadline expiry if the sum of their advance payments was calculated too low in the annual settlement.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

This decision is of great significance, because the BGH clarifies a controversial question not ruled upon so far by the Supreme Court, which alludes to a topic that represents a remarkably frequent source of legal disputes. Both landlords and property managers have now the legal certainty that they will not be exposed to justified repayment claims due to overpayments of operating costs after a period of twelve months after receiving a formal duly settlement. Such explicit guidelines are always desirable for legal practice.



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

Überblick Grunderwerbsteuersätze

Die folgende Tabelle soll einen Überblick über den derzeitigen Stand (27. September 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 Frühjahr 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 (27 September 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 spring 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

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.

DR. JÖRG MICHAEL LANG, NOTAR
PARTNER, FRANKFURT AM MAIN

Dr. Jörg Lang ist Partner im Bereich Immobilienrecht im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Er berät nationale und internationale Mandanten, insbesondere amerikanischen und britischen Organisationen, in Zusammenhang mit Immobilientransaktionen und -finanzierungen. Neben seiner Qualifikation als Rechtsanwalt ist Jörg Lang zum Notar in Frankfurt am Main bestellt.

BENJAMIN FELIX SCHULZ
ASSOCIATE, FRANKFURT AM MAIN

Benjamin Schulz ist Associate im Bereich Immobilienrecht im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Er berät nationale und internationale Mandanten bei Immobilientransaktionen. Schwerpunkt seiner Tätigkeit sind das gewerbliche Mietrecht und die laufende Bestandsverwaltung.

The Authors

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.

DR. JÖRG MICHAEL LANG, CIVIL LAW NOTARY
PARTNER, FRANKFURT AM MAIN

Jörg Lang is an experienced real estate attorney whose law practice is focused primarily on transactions and real estate financing. Jörg works with international corporate clients – particularly with US and British organizations – in support of their respective activities in Germany. He has also written various articles on US Environmental Law. In addition to his qualification as a lawyer, Jörg is admitted and appointed as a German civil law notary in Frankfurt am Main.

BENJAMIN FELIX SCHULZ
ASSOCIATE, FRANKFURT AM MAIN

Benjamin Schulz is an associate in the Frankfurt office of Mayer Brown's Real Estate practice. He advises national and international clients on real estate transactions. His practice is focused on commercial lease law and ongoing asset management.

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.