

Real Estate

Aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechung *Recent Developments and Decisions*

- 2 Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts
Strengthening Investor Protection and Improving the Functionality of the Capital Market Act
- 4 Kautionszurückbehaltungsrecht des Wohnraummieters bis zur Benennung eines insolvenzfesten Kontos
Retention Right of the Residential Tenant Concerning his Deposit until Designation of an Insolvency-Proof Account
- 7 Umlagefähigkeit von Versicherungskosten und Terrorismusschadenrisiko
Possibility of Apportionment for Insurance Costs and Risk of Terrorism
- 10 Beurkundungszusammenhang auch bei Abschluss eines Bauvertrages vor Grundstückskaufvertrag und fehlender Personenidentität
Notarial Recordings are Related also if the Construction Contract is Concluded Prior to the Real Estate Purchasing Contract and if the Participants are not Identical
- 13 Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel bei Ausschluss der Selbstvornahmemöglichkeit
Ineffectiveness of the Decorative Repair Clause if the Possibility of Self-Performance is Barred
- 16 Wirksamkeit der klauselmäßigen Vorabzustimmung des Mieters zur Übertragung des Mietvertrages
Effectiveness of Contractual Lease Agreement Clauses in which a Tenant Consents to the Transfer of the Lease in Advance



Dr. Benedikt Weiser
Partner, Frankfurt
T: +49 69 7941 1637
bweiser@mayerbrown.com

Gesetz zur Stärkung des Anleger-
schutzes und Verbesserung
der Funktionsfähigkeit des
Kapitalmarkts

Strengthening Investor
Protection and Improving the
Functionality of the Capital
Market Act

Der Bundestag hat am 11. Februar 2011 das Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts (Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz) in der vom Finanzausschuss geänderten Fassung („Gesetz“) verabschiedet. Der Bundesrat wird das Gesetz voraussichtlich am 18. März 2011 abschließend beraten. Das Gesetz tritt vier Tage nach der Verkündung in Kraft, soweit es keine längeren Übergangsfristen vorsieht, damit die Marktteilnehmer ebenso wie die Finanzaufsicht sich auf die neuen Regeln einstellen können.

On February 11, 2011 the Bundestag passed the Act on Strengthening Investor Protection and Improving the Functionality of the Capital Market (Investor Protection and Functional Improvement Act) in the amended version of the Finance Committee (“Act”). The Bundesrat is likely to hold final discussions on the Act on March 18, 2011. The Act will come into effect four days after its announcement to the extent that the Act no longer provides transitional periods in order that the market participants as well as the financial regulator may prepare for the new regulations.

Bei offenen Immobilienfonds sieht das Gesetz insbesondere die Abkehr von der täglichen Anteilsrücknahme, die Einführung von Mindesthalte- und Kündigungsfristen sowie Änderungen in der Bewertung des Immobilienvermögens und des Rücknahmeaussetzungs- und Abwicklungsregimes vor.

With respect to open-end real estate funds the Act, in particular, concerns the renunciation of the principle of daily redemptions, the introduction of minimum holding and notice periods, amended valuation rules for real estate assets and amendments to the regime applicable to the suspension of redemptions and liquidation.

Von besonders praktischer Bedeutung ist die Aussetzung von Anteilsrücknahmen. Soweit Anteilsrückgaben 30.000 Euro pro Kalenderhalbjahr für einen Anleger übersteigen, sind sie unter Einhaltung einer Rückgabefrist von zwölf Monaten durch eine unwiderrufliche Rückgabeerklärung gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft möglich. Dabei sollte die Rückgabe bereits vor Ablauf der Mindesthaltepflicht erklärt werden dürfen, so dass mit Ablauf der 24-monatigen Mindesthaltepflicht die Anteilsrückgabe erfolgen kann, soweit die Rückgabe mindestens zwölf Monate zuvor erklärt wurde. Als Übergangsvorschrift gilt, dass die 24-monatige Mindesthaltepflicht erfüllt ist, soweit Anleger

The most important practical implications are the suspensions of redemptions. To the extent that the redemptions of an investor exceed the amount of 30,000 Euro within half of a calendar year, the redemption is possible by an irrevocable redemption declaration vis-à-vis the investment company subject to a redemption period of 12 months. The redemption may be declared prior to the expiration of the minimum holding period so that the redemption may be executed with the expiration of the 24 months minimum holding period as long as the redemption was declared at least 12 months before. As a transitional provision the requirement of a minimum holding period of

Anteile vor Änderung der Vertragsbedingungen zum Zwecke der Anpassung an das Gesetz erworben haben.

Die Anteilsrücknahme soll nur zu bestimmten Terminen (mindestens alle zwölf Monate) erfolgen können. Die Ausgabetermine für neue Anteile sind nach dem Gesetz an die Rücknahmetermine gebunden.

Zum Ausgleich für die aus der Mindesthaltefrist resultierende Kapitalbindung sieht das Gesetz eine Mindestausschüttung von 50 Prozent der Erträge des offenen Immobilienfonds vor (vorbehaltlich des Einbehalts solcher Erträge, die für künftige Instandsetzungen von Vermögensgegenständen des offenen Immobilienfonds erforderlich sind). Hierbei gelten realisierte Gewinne aus Veräußerungsgeschäften nicht als Erträge.

24 months is deemed fulfilled as far as investors purchased interests prior to the change of terms for the purpose of adaptation to the Act.

Redemptions shall only be possible at fixed dates (at least every twelve months). Pursuant to the Act, dates of issue for new interests shall coincide with the redemption dates. The Act stipulates a minimum distribution of 50 percent of fund profits in order to compensate for the capital lockup resulting from the minimum holding period (subject to a retention of such profits necessary for the future maintenance of the fund's assets). In this context, gains realized from sales transactions do not qualify as profit.



Mirja Eltzschig
Associate, Cologne
T: +49 221 5771 111
meltzschig@mayerbrown.com

Kautionszurückbehaltungsrecht
des Wohnraummieters bis
zur Benennung eines insolvenz-
festen Kontos

BGH, Urteil vom 13. Oktober
2010 – VIII ZR 98/10

**Bei Vereinbarung einer Barkauti-
on hat der Vermieter von Wohnraum
diese getrennt von seinem Vermögen
anzulegen, um den Zugriff seiner
Gläubiger zu verhindern (§ 551 Abs.
3 BGB).**

**In seinem Urteil vom 13. Oktober
2010 hat der unter anderem für
Wohnraummietrecht zuständige
VIII. Zivilsenat des BGH Stellung
zu der bisher umstrittenen Frage ge-
nommen, ob der Mieter verpflichtet
ist, das Geld zunächst dem Vermie-
ter zu überlassen und von ihm dann
gesondert anlegen zu lassen oder ob
der Mieter einen Anspruch hat, dass
ihm der Vermieter zuvor ein insol-
venzfestes Konto nachweist.**

LEITSATZ

Der Mieter darf die Zahlung der Kau-
tion an den Vermieter von der Benen-
nung eines insolvenzfesten Kontos
abhängig machen.

SACHVERHALT

In dem zur Entscheidung stehenden
Fall hatte der Mieter die vereinbarte
Kauti on trotz mehrfacher Aufforderung
nicht gezahlt. Er berief sich darauf,
dass eine Zahlung erst dann erfolgen
müsse, wenn der Vermieter ihm ein
gesondertes und den gesetzlichen Vor-
aussetzungen des § 551 Abs. 3 BGB ge-
nügendes Mietkautionskonto benannt
und nachgewiesen hätte. Der Vermieter
vertrat die Auffassung, dass die Kau-
tion in bar an ihn zu überlassen sei und
ein Mietkautionskonto deshalb vorab
nicht mitgeteilt werden müsse, und
kündigte in der Folge das Mietverhält-
nis wegen Nichtzahlung der Kauti on.

Retention Right of the Residential
Tenant Concerning his Deposit
until Designation of an
Insolvency-Proof Account

BGH, Decision dated October 13,
2010 – VIII ZR 98/10

**When a cash rent deposit has been
agreed upon, the landlord of resi-
dential property must keep the
deposit separately from his assets,
in order to prevent access by his
creditors (Section 551 Subsection 3
BGB).**

**In its decision dated October 13,
2010, the VIII Civil Senate of the
German Federal Court of Justice
(BGH), competent inter alia for
residential tenancy law, has taken a
stand in the legal debate whether a
tenant is required to first provide the
landlord with the deposit to then be
placed separately by him in a bank,
or whether the tenant has the right
to require the landlord to first
provide him with evidence that an
insolvency-proof account has been
established.**

HEAD NOTE

The residential tenant has the right to
make payment of the rent deposit to
the landlord subject to prior designa-
tion of an insolvency-proof account.

FACTS

In the case at hand, the tenant had
refused to pay the amount of the
agreed rent deposit despite several
requests from the landlord. He claimed
that payment was subject to the land-
lord designating and proving the ex-
istence of a separate deposit account
that meets the legal requirements pur-
suant to Section 551 Subsection 3 BGB.
The landlord claimed that the deposit
had to be provided in cash to him
and that he was therefore under no
obligation to designate in advance a

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Der BGH hat eine Pflichtverletzung des Mieters durch die Nichtzahlung der Kautionsleistung verneint und entschieden, dass der Mieter die Leistung der Kautionsleistung von der Benennung eines insolvenzfesten Kontos abhängig machen durfte. Zwar spreche der Gesetzeswortlaut, wonach der Vermieter eine ihm als Sicherheit „überlassene Geldsumme“ anzulegen habe eher dafür, dass die Anlagepflicht den Vermieter erst nach Erhalt der entsprechenden Geldsumme in bar oder durch Überweisung auf sein Konto treffe. Sinn und Zweck der Regelung des § 551 Abs. 3 BGB sei es jedoch, die Kautionsleistung des Mieters vom Vermögen des Vermieters zu trennen und so vor dem Zugriff der Bank und anderen Gläubigern des Vermieters zu schützen.

Es bestehe kein Grund, dem Mieter diesen Schutz nicht von vornherein zu gewähren, sondern bei Beginn des Mietverhältnisses eine Lücke zu belassen, indem der Mieter die Kautionsleistung dem Vermieter zunächst in bar übergeben oder auf ein nicht insolvenzfestes Vermieterkonto überweisen muss. Der Mieter müsste dann zu seiner eigenen Absicherung nachträglich einen Nachweis der gesetzeskonformen Anlage verlangen und seinen dahingehenden Anspruch gegebenenfalls durch Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts an der laufenden Miete oder durch Klageerhebung durchsetzen. Für einen solchen „Umweg“ bestehe kein sachlicher Grund. Es sei dem Vermieter auch zumutbar, ein insolvenzfestes Konto für die Zahlung sogleich zu benennen, da er dies nach Erhalt der Kautionsleistung ohnehin einrichten und dem Mieter nachweisen muss. Der Mieter müsse sich – mangels besonderer Abreden im Einzelfall – auch nicht darauf verweisen lassen, selbst ein Mietkautionskonto einzurichten, auf das er die Kautionsleistung einzahlt und anschließend an den Vermieter verpfändet oder zur Sicherheit abtritt.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Bei Vereinbarung einer Barkautionsleistung steht dem Mieter von Wohnraum ein Zurückbehaltungsrecht an der Kautionsleistung zu, solange bis ihm der Vermieter ein insolvenzfestes Konto benannt und mittels Bestätigung der Bank entsprechend nachgewiesen hat. Um denkbare Zurückbehaltungsrechte des Mieters an der Kautionsleistung von vornherein auszuschließen, sollte in neu abzuschließenden Wohnraummietverträgen ein insolvenzfestes Kautionskonto benannt

werden. As a consequence, the landlord terminated the lease for non-payment of the deposit.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The BGH dismissed a breach of duty by the tenant by withholding the payment of the rent deposit and stated that the tenant may make payment of the deposit subject to prior designation of an insolvency-proof account. The Court admits that the wording of the text of the law, which stipulates that the landlord must invest the “provided amount”, seems to imply that the landlord has a duty to place the amount separately in a bank only after he has received it in cash or by bank transfer. Yet, according to the Court, the purpose of Section 551 Subsection 3 BGB is to separate the rent deposit from the assets of the landlord, thus preventing access to the deposit by banks and other creditors of the landlord.

As further argued by the Court, there is no reason not to make this protection available to the tenant from the very start instead of leaving a gap at lease begin, by requiring the tenant at first to provide the landlord with the deposit in cash or transfer it to an account that is not insolvency-proof. In order to assure himself accordingly, the tenant would in such case have to subsequently demand proof of the deposit having been placed separately from the landlord’s assets in accordance with the law and, if necessary, would have to enforce his claim by exercising a retention right in respect of the current rent or by filing a lawsuit. The Court argues that no factual reason exists for such a “detour”. According to the Court it is also reasonable to require the landlord to designate an insolvency-proof account for the payment of the rent deposit from the outset, since he is required to establish such account and provide the tenant with respective evidence after receiving the deposit anyway. The tenant did not have to – in the absence of special agreements in the individual case – establish a rent deposit account for payment of the deposit either which he then pledges or assigns as security to the landlord.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

When a cash rent deposit has been agreed upon, the residential tenant has a retention right with respect to payment of the deposit until the landlord has designated an insolvency-proof account and has documented it to him accordingly by way of a bank

und eine entsprechende Bestätigung der Bank als Anlage zum Mietvertrag genommen werden. Die genauen Anforderungen an die Insolvenzfähigkeit eines Mietkautionskontos und an einen entsprechenden Nachweis sind noch nicht höchstichterlich geklärt. Um sicherzustellen, dass die Mietkaution tatsächlich vom sonstigen Vermögen des Vermieters getrennt wird und dem Zugriff von Privatgläubigern entzogen ist, müsste das Konto in jedem Fall ausdrücklich als Treuhandkonto bezeichnet werden. Die Bank sollte dies ausdrücklich bestätigen und auf ihr Aufrechnungs-, Zurückbehaltungs- und Pfandrecht in Bezug auf das Kontoguthaben verzichten. Ein entsprechendes Treuhandkonto sollte für jede einzelne Kaution angelegt werden und dabei den jeweiligen Mieter eindeutig identifizieren. Bei Sammelkonten sollten vorsorglich entsprechende Unterkonten angelegt werden.

Ungeklärt ist weiter, ob die Entscheidung auf Gewerberaummietverhältnisse zu übertragen ist. § 551 BGB findet mangels entsprechenden Verweises in § 578 BGB keine Anwendung auf gewerbliche Mietverträge. Vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung dazu neigt, viele gesetzliche Vorschriften über Wohnraummietverhältnisse entsprechend auch auf die Gewerbemiete anzuwenden, kann dies jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Teile der Rechtsprechung und Literatur legen eine Kautionsabrede in einem gewerblichen Mietvertrag bereits jetzt dahin aus, dass die Kaution auf einem Treuhandkonto anzulegen ist, wenn sich aus dem Mietvertrag nichts Gegenteiliges ergibt. Die praktischen Auswirkungen der aktuellen BGH Entscheidung dürften sich jedoch in Grenzen halten, da die Barkaution bei der Gewerbemiete die Ausnahme bildet und in der Regel eine Höchstbetragsbürgschaft einer Bank auf erstes Anfordern als Kautionsform vereinbart wird. Sollte ausnahmsweise doch eine Barkaution vereinbart werden, empfiehlt es sich, eine ausdrückliche Regelung betreffend die Anlage der Kaution aufzunehmen, um denkbare Zurückbehaltungsrechte des Mieters auszuschließen soweit dies rechtlich zulässig ist (Einschränkungen können sich insbesondere bei Formularverträgen ergeben).

confirmation. In order to avoid such potential retention rights of the tenant in day-to-day business from the start, the landlord of residential property should designate to the tenant already in the lease agreement an insolvency-proof deposit account and provide him with respective confirmation from the bank to be attached as an annex to the lease agreement.

The exact requirements both for insolvency-proofness of a rent deposit account and respective confirmation have not yet been clarified by high-court case law. In order to ensure that the rent deposit is indeed separated from the other assets of the landlord beyond the recourse of private creditors, the account would in any event have to be explicitly set up and identified as an escrow account. The bank should confirm this explicitly and, for avoidance of doubt, waive its rights of set-off, retention, and liens in respect to the account balance. Such an escrow account should be established for each individual rent deposit and clearly identify the respective tenant. In case of collective accounts, sub-accounts should be established for each rent deposit.

It is furthermore unclear, whether the Court's decision may also be applied to commercial property leases. Section 551 BGB does not apply to commercial leases, since Section 578 BGB does not contain a respective reference. Nonetheless, this cannot fully be ruled out considering the tendency in case law to apply many statutory residential lease provisions *mutatis mutandis* also to commercial leases. Currently, already some case law and parts of the legal literature interpret the agreement of a rent deposit in a commercial lease agreement to imply that such deposit has to be placed in an escrow account, unless the lease agreement provides otherwise. The practical effects of the current BGH decision should be quite limited, however, since a cash rent deposit is the exception in commercial property leases in which it is more common to instead agree on a bank guarantee upon first request with a cap. If a cash deposit should nevertheless be agreed in exceptional cases, it is recommended to include explicit provisions on the placing of the deposit in order to exclude, to the extent permitted by law, potential retention rights of the tenant (restrictions may arise particularly in the case of standard contracts).



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

Umlagefähigkeit von Versicherungskosten und Terrorismuschadenrisiko

BGH, Urteil vom 13. Oktober 2010 – XII ZR 129/09

In Folge der Anschläge des 11. September 2001 ist die neue Versicherung gegen Terrorismuschäden entwickelt worden. Nun liegt ein Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Umlagefähigkeit der Versicherungskosten im Gewerberaummietrecht vor.

SACHVERHALT

In dem entschiedenen Fall war im Jahre 2000 ein Bürokomplex an die städtische Verwaltung vermietet worden. Nach den Anschlägen vom 11. September 2001 erhielt der Vermieter über die Feuerversicherung keinen Versicherungsschutz mehr gegen terroristische Akte und schloss daher eine gesonderte Versicherung hiergegen ab. Die Versicherungssumme entsprach in etwa dem Gebäudewert. Hierdurch entstanden Versicherungskosten in Höhe von 139.993,13 Euro pro Jahr, bezogen auf das Gesamtgebäude. Der Mieter wehrte sich gegen die anteilige Belastung mit diesen erhöhten Versicherungskosten, bekam aber vor dem BGH nicht recht.

INHALT UND GEGENSTAND

DER ENTSCHEIDUNG

Der BGH sieht die Kosten der Terrorversicherung in Übereinstimmung mit den Allgemeinen Bedingungen für die Terrorversicherung (ATB) als Gebäudeversicherungskosten an. Bei Vereinbarung des Betriebskostenkatalogs aus § 2 der Betriebskostenverordnung liegt eine Umlagevereinbarung der Gebäudeversicherungskosten vor. In dem entschiedenen Fall hatte der Mieter auch Beträge aus der Erhöhung oder Neueinführung von Betriebskosten ab dem Zeitpunkt der Entstehung zu tragen. Daher lag eine ausreichende

Possibility of Apportionment for Insurance Costs and Risk of Terrorism

BGH, Decision dated October 13, 2010 – XII ZR 129/09

Following the terrorist attacks on September 11, 2001, a new form of insurance against damages caused by terrorism has been developed. Now, a judgment of the German Federal Court of Justice (BGH) has been rendered, regarding the possibility of apportionment of the insurance costs for commercial leases.

FACTS

In the case at hand, an office complex was leased by the city administration in the year 2000. After the terrorist attacks on September 11, 2001, the landlord's fire risk insurance no longer covered risks of terrorism. Therefore, the landlord signed a separate insurance pertaining to terrorism risks. The insured sum approximately amounted to the value of the building. This caused yearly insurance costs of 139,993.13 Euro for the entire building. The tenant disagreed with a proportional contribution to the thus elevated insurance costs, yet his argumentation was not followed by the BGH.

CONTENT AND SUBJECT OF

THE DECISION

The BGH decided that in accordance with the general terms and conditions of the terror risk insurance (ATB) the costs of such insurance policy fall under the category of building insurance costs. The consent to the catalogue of operating costs pursuant to Section 2 of the Operating Costs Act (*Betriebskostenverordnung*) is considered consent to the apportionment of the building insurance costs. In the case at hand the tenant must bear increased or newly arisen operating

Umlagevereinbarung der nachträglich entstandenen Prämienbelastung vor.

Der BGH fordert für die Umlagefähigkeit vor dem Hintergrund des im Betriebskostenrecht geltenden Wirtschaftlichkeitsgebots, dass auf Grund der spezifischen Umstände des Gebäudes oder der Vermietung eine Rechtfertigung dafür bestehen muss, das Gebäude gegen terroristische Gefahren zu versichern. Im Gegensatz dazu hatte das Oberlandesgericht Stuttgart die Ansicht vertreten, dass der Ort eines terroristischen Anschlages nicht vorherbestimmt werden kann und daher überall ein terroristisches Risiko besteht. Der Vermieter darf nur solche Kosten auf die Mieter umlegen, die bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände und bei ordentlicher Geschäftsführung gerechtfertigt sind. Diesbezüglich gibt es keine pauschale Aussage zur Wirtschaftlichkeit der Terrorversicherung, sondern dies ist je nach Einzelfall anhand der objektiven Risikoexposition der betroffenen Immobilie für terroristische Gefahren zu entscheiden. Mit anderen Worten: Es reicht nicht aus, die Umlagefähigkeit der Terrorversicherungskosten im Mietvertrag zu vereinbaren, sondern das muss in der speziellen Gebäude- oder Vermietungssituation auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt sein, weil Schäden durch terroristische Aktivitäten nach objektiven Kriterien drohen. Nicht jedes Gebäude ist daher per se versicherungswürdig. Das Wirtschaftlichkeitskriterium wird nur erfüllt, wenn eine hinreichende Gefährdung des Gebäudes durch Terrorismusschäden besteht.

In dieser Hinsicht liefert die aktuelle Entscheidung des BGH verschiedene Anwendungskriterien: Die Gefährdung hat der BGH im vorliegenden Fall auf Grund der Größe des Gebäudes, einer auffälligen Architektur, der Nutzung durch städtische Stellen und die Nähe zu möglichen Terrorzielen, nämlich dem Statistischen Bundesamt, weiteren Einrichtungen des Bundeslandes und einem Fußballstadion, bejaht. Der BGH zählt zu den gefährdeten Gebäuden Sehenswürdigkeiten bzw. Gebäude mit Symbolcharakter, Gebäude, in denen staatliche Macht ausgeübt wird (militärische Einrichtungen, Regierungs- und Parlamentsgebäude), Gebäude, vor allem in Großstädten oder Ballungszentren, in denen sich regelmäßig eine große Anzahl von Menschen aufhält (Bahnhöfe, Flughäfen, Touristenattraktionen, Sportstadion, Büro- oder Einkaufszentren) sowie Gebäude, die sich in unmittelbarer Nachbarschaft der genannten Gebäude befinden. Für das vermietete

costs from the moment that they incur. Thus, there were sufficient elements to conclude the existence of an agreement regarding the apportionment of the subsequently incurred insurance costs.

In order to be able to apportion such costs, the BGH requires, in tune with the cost effectiveness requirement (*Wirtschaftlichkeitsgebot*) in operating costs legislation, that the specific circumstances of the building or the lease must justify an insurance against terrorism risks. Contrarily, the Higher Regional Court of Stuttgart (*Oberlandesgericht Stuttgart*) had expressed the view that the location of a terrorist attack is not pre-determinable, thus resulting in a terrorism risk everywhere. The landlord may only apportion such costs to the tenants, which are justified after considering all circumstances and due management. In this respect, there is no universal assertion regarding the cost effectiveness of terror risk insurances, but it should rather be decided for every individual case depending on the exposure to terror risks of the concerned building. In other words, simply agreeing to the apportionment of insurance costs in the lease agreement is not sufficient, but it must also be justified in the specific situation of the building or the lease from a cost effectiveness perspective, requiring that damages from terrorist activity are a threat according to objective criteria. Therefore, not every building is per se insurable. The criterion of cost effectiveness is only fulfilled, if a sufficient terrorist threat for the building can be established.

In this regard the recent BGH decision provides different application criteria. In the case at hand, the BGH affirmed a terrorist threat because of the size and the striking architectural style of the building, its use by public authorities, and the proximity to other possible targets for terrorist attacks, such as the Federal Statistical Office, other State Offices and a soccer stadium. The BGH explains that threatened buildings may be tourist attractions or building of high symbolic value, buildings in which state power is exerted (military facilities, government and parliament buildings), buildings, especially in large cities or areas of high population density, which regularly accommodate large numbers of people (train stations, airports, tourist attractions, sport stadiums, office buildings or shopping centers) as well as buildings in close proximity to the afore mentioned buildings. Regarding the building in the case at hand, the BGH affirmed a general threat because of the nature of

Gebäude stellt der BGH eine „Grundgefährdung“ wegen der Art des Gebäudes, seiner Frequentierung, seiner Lage und seines Wertes fest. Daher war der Abschluss einer Terrorversicherung gerechtfertigt.

Das Kosten-Nutzen-Verhältnis betrachtet der BGH auch im Hinblick auf die vereinbarte Jahreshöchstentschädigung. Diese betrug im vorliegenden Fall 100 Millionen Euro. Der BGH billigt dem Vermieter insoweit einen Beurteilungsspielraum zu, der in Anbetracht des Gebäudewertes, der mehr als doppelt so hoch liegt, eingehalten war, enthält sich aber einer eigenen Aussage zur Angemessenheit, etwa in Entsprechung des Gefährdungs- und Schadenspotentials.

Mit der Frage, ob die Versicherung nur wegen Gebäudeschäden durch Terroranschläge oder auch wegen Schäden auf Grund einer Betriebsunterbrechung aufgenommen werden darf, unter den Versicherungsschutz fallen, musste sich der BGH in der Entscheidung nicht äußern. Die Vorinstanz (OLG Frankfurt) hatte die Umlagefähigkeit auch bei diesem Risiko bejaht.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Problematik der Umlage von Terrorversicherungskosten stellt sich bei größeren Gewerbeimmobilien, seitdem Terrorismusschäden über einer Versicherungssumme von 10 Millionen Euro nicht mehr – wie noch bis Mitte des letzten Jahrzehnts – über die Feuerversicherung abgedeckt werden. Bei Altverträgen kann für die Umlagefähigkeit entscheidend sein, ob eine sogenannte Mehrbelastungsklausel, das heißt die Umlagefähigkeit neu entstehender oder die Erhöhung bereits umgelegter Betriebskosten, im Mietvertrag enthalten ist. Neben der bei Betriebskosten stets zu fordernden eindeutigen Umlagevereinbarung erhält das Wirtschaftlichkeitskriterium Bedeutung. Die abstrakte Möglichkeit eines Terroranschlags reicht nicht aus. Es kommt darauf an, ob nach den vom BGH genannten Kriterien eine konkrete Gefährdung vorliegt oder nicht. Dabei dürfte unter anderem das Entfernungskriterium zu benachbarten Terrorismuszielen noch der Konkretisierung durch die Rechtsprechung bedürfen. Schließlich kommt eine eigene Terrorversicherung dort nicht in Betracht, wo das entsprechende Risiko bereits durch anderweitigen Versicherungsschutz (etwa durch die Feuerversicherung) abgedeckt ist. Dies ist zum Beispiel auch bei Wohngebäuden der Fall, da dort in der Regel Terrorismusschäden mit der Gebäudeversicherung abgedeckt sind.

the building, its frequentation, location and its value, therefore justifying a terror risk insurance policy.

Concerning the cost-benefit ratio the BGH also examines the agreed on maximum reimbursement per year. In the case at hand this was 100 million Euros. The BGH awards a certain margin of discretion to the landlord, which was complied with in the case at hand (the buildings value was more than twice as high) but does not make a statement regarding the appropriateness as to threat and damage potential.

The BGH did not have to consider the question whether the insurance may only be concluded for structural damages of the building from terrorist attacks, or if the coverage may be extended to damages that result from an interruption of business. The previous court (higher regional court Frankfurt) had already accepted the possibility to apportion costs resulting from covering such risk.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The problem concerning the apportionment of costs resulting from terrorism risk insurance has arisen for commercial property, since damages resulting from terrorism exceeding an insured amount of 10 million Euros are no longer covered by the fire risk insurance, as they had been up to the middle of the last decade. Regarding the possibility of apportionment for older contracts, it is crucial if these lease agreements comprise a clause that allows the apportionment of newly arisen or an increase of already apportioned operating costs. Apart from an unambiguous agreement which is always required for the apportionment of operating costs the cost effectiveness criterion is elementary. An abstract threat of a terrorist attack does not suffice. It is necessary that there is a concrete danger, according to the criteria established by the BGH. In this regard, the courts will have to specify the criterion of proximity to other potential targets of terrorist attacks. Finally, independent terrorism risk insurance may not be apportioned if the respective risk is already covered by otherwise (e.g. fire risk insurance). For instance, this is the case for residential property, where the risk of damages resulting from terrorist attacks is usually covered by the building insurance.



Dr. Jörg Michael Lang
Partner, Frankfurt
T: +49 69 7941 1881
jlang@mayerbrown.com

Beurkundungszusammenhang auch bei Abschluss eines Bauvertrages vor Grundstückskaufvertrag und fehlender Personenidentität

BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 – VII ZR 246/08

Grundstückskaufverträge sind nach § 311b BGB zu beurkunden. Häufig werden im Zusammenhang mit Grundstückskaufverträgen weitere Vereinbarungen getroffen, z. B. Baubetreuungsverträge oder Bauverträge, die selbst nicht beurkundungspflichtig sind. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH erstreckt sich das Beurkundungserfordernis bei Abschluss mehrerer Verträge auf sämtliche Vereinbarungen, die eine rechtliche Einheit bilden. In seinem Urteil hat der BGH nun die Grundsätze für die Beurteilung eines einheitlichen Rechtsgeschäfts konkretisiert.

LEITSATZ

1. Ein Bauvertrag ist gemäß § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig, wenn er mit einem Vertrag über den Erwerb eines Grundstücks eine rechtliche Einheit bildet. Eine solche besteht, wenn die Vertragsparteien den Willen haben, beide Verträge in der Weise miteinander zu verknüpfen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen. Sind die Verträge nicht wechselseitig voneinander abhängig, ist der Bauvertrag nur dann beurkundungsbedürftig, wenn das Grundstücksgeschäft von ihm abhängt.
2. Ein Bauvertrag kann auch dann beurkundungsbedürftig sein, wenn er vor einem Grundstückskaufvertrag geschlossen wird und die Parteien des Bauvertrages nicht identisch sind mit den Parteien des bevorstehenden Grundstückskaufvertrages.

Notarial Recordings are Related also if the Construction Contract is Concluded Prior to the Real Estate Purchasing Contract and if the Participants are not Identical

BGH, Decision of 22 July 2010 – VII ZR 246/08

Real estate purchase contracts have to be recorded notarially pursuant to Section 311b of the German Civil Code (BGB). Often, additional agreements are concluded in connection with real estate purchase contracts such as e.g. construction management contracts or construction contracts, which do not require notarial recording. According to established case law of the German Federal Court of Justice (BGH), the requirement of notarial recording extends to all agreements forming a legal unit, if several contracts are concluded. In its decision, the BGH has now specified the principles for assessing a uniform legal transaction.

HEAD NOTE

1. A construction contract requires notarial recording pursuant to Section 311b paragraph 1 sentence 1 BGB, if it forms a legal unit with the contract for the acquisition of a real property. Such a unit exists, if it is the will of the contracting parties to link both contracts so that they should stand and fall together. If the contracts are not reciprocally contingent upon each other, the construction contract requires notarial recording only, if the real property transaction is contingent upon it.
2. A construction contract may also require notarial recording, if it is concluded prior to a real estate purchase contract and if the parties to

In diesem Fall ist ein Bauvertrag beurkundungsbedürftig, wenn die Parteien des Bauvertrages übereinstimmend davon ausgehen, dass der Grundstückserwerb nach dem Willen der Parteien des Kaufvertrages von dem Bauvertrag abhängt.

SACHVERHALT

Im vorliegenden Fall ging es um den Abschluss eines Fertighausvertrages (Bauvertrag) über ein Einfamilienhaus, das auf einem genau bezeichneten Grundstück errichtet werden sollte. Für den Fall des Nichterwerbs des Grundstückes wurde dem Bauherren ein kostenfreies Rücktrittsrecht vom Bauvertrag eingeräumt. Zu einem Erwerb des Grundstückes kam es nicht. Der Bauunternehmer verlangte Vergütung, weil nach seiner Ansicht eine Kündigung vorliege, und nicht etwa ein vertraglich vorbehaltenes Rücktritt.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Der BGH bestätigte seine ständige Rechtsprechung, der zufolge eine rechtliche Einheit vorliegt, wenn die Vertragsparteien den Willen haben, beide Verträge in der Weise zu verknüpfen, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollen. Sind die Verträge nicht wechselseitig voneinander abhängig, so komme eine Ausdehnung des Formerfordernisses auf den Bauvertrag nur in Betracht, wenn das Grundstücksgeschäft vom Bauvertrag abhängt. Umgekehrt reiche eine Abhängigkeit des Bauvertrages vom Grundstücksgeschäft nicht. Weiterhin sei weder die zeitliche Abfolge der Verträge noch die Personenidentität entscheidend. Auch ein Rücktrittsrecht in dem nicht beurkundungspflichtigen Vertrag stehe der rechtlichen Einheit mit dem anderen Vertrag nicht entgegen.

Ferner konkretisierte der BGH seine bisherige Rechtsprechung dahin, dass es für den Willen der Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts auf die Vorstellungen der Vertragsparteien des Bauvertrages über den Grundstückskaufvertrag ankomme. Gehen diese übereinstimmend davon aus, dass der Grundstückserwerb nach dem Willen der Parteien des Kaufvertrages vom Bauvertrag abhängen solle, so liege eine rechtliche Einheit mit der Folge der Beurkundungsbedürftigkeit auch des Bauvertrages vor.

the construction contracts are not the same as the parties of the forthcoming real estate purchase contract. In this case, a construction contract requires recording, if the parties to the construction contract unanimously assume that according to the will of the parties to the purchase contract, the real estate acquisition is contingent upon the construction contract.

FACTS

The present case involved the conclusion of a pre-fabricated house contract (construction contract) for a single-family home, which was to be built upon a precisely identified real property. For the case that the real property was not acquired, the house-builder was granted the right to rescind the construction contract free of charge. The real property was eventually not acquired. The construction company demanded compensation, because it believed that a termination occurred and that this was not a case of a contractually reserved rescission.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The BGH confirmed its established case law, according to which a legal unit exists, if it is the will of the contracting parties to link both contracts so that they should “stand and fall” together. If the contracts are not reciprocally contingent upon each other, an extension of the formal requirement to the construction contract may be considered only, if the real property transaction was contingent upon the construction contract. Conversely, it was not sufficient, if the construction contract was contingent upon the real property transaction. Furthermore, neither the temporal sequence nor the identity of the persons was decisive. A rescission right in the contract not requiring notarial recording did not prevent a legal unit with the other contract either.

The BGH furthermore specified its previous case law insofar that for the intended unity of the legal transaction, the understanding of the contractual parties to the real estate purchase contract was relevant. If they mutually assume that according to the will of the parties to the purchase contract, the real estate acquisition was supposed to be contingent upon the construction contract, a legal unity existed with the consequence that the construction contract also required notarial recording.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Ermittlung des auf Verknüpfung der beiden Rechtsgeschäfte gerichteten Willens bleibt auch nach der neuen Entscheidung vielfach zweifelhaft. Die Rechtsprechung zur Beurkundungspflicht ist sehr umfangreich und betrifft u. a. Verbindungen von Grundstückskaufverträgen mit Bauträgervertrag, Bau- und Baubetreuungsvertrag, Treuhand- und Gesellschaftsvertrag, Mietvertrag, Vollmacht, Generalunternehmervertrag, Immobilienleasing sowie Makler- und Darlehensverträge.

Für die Praxis ist diese Thematik in zweierlei Hinsicht schwierig: Zum einen kann ein Verstoß gegen die Beurkundungspflicht gravierende Rechtsfolgen haben. Es besteht das Risiko der Nichtigkeit beider Verträge, einschließlich des beurkundeten Grundstückskaufvertrages. Zum anderen ist der rechtliche Zusammenhang der Vereinbarungen eine Frage der rechtlichen Würdigung durch die Gerichte im Einzelfall. Entscheidend ist daher stets eine umfassende Sachverhaltsaufklärung. In Zweifelsfällen sollten zur Sicherheit beide Verträge beurkundet werden, unter Verlautbarung der rechtlichen Einheit in beiden Vereinbarungen. Dadurch etwa anfallende höhere Notarkosten sollten die möglichen Nachteile durch eine Nichtigkeit der Verträge stets aufwiegen.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The determination of the will aimed at linking the two legal transactions often remains doubtful even after the new decision. The case law concerning the notarial recording requirement is very extensive and concerns, *inter alia*, the linking of real estate purchase contracts with property developer contracts, construction and construction management contract, fiduciary and partnership agreements, lease agreements, powers of attorney, general contractor contracts, real property leasing, as well as broker and loan agreements.

This subject matter is difficult in practice for two reasons: on the one side, a violation of the notarial recording requirement may have severe legal consequences. The risk exists that both contracts are void, including the notorially recorded real property purchase contract. On the other side, the legal connection of the agreements is up to the legal assessment of the courts in each individual case. A comprehensive investigation of facts is therefore always decisive. In cases of doubt, both contracts should be notorially recorded to make sure and both agreements should explicitly state the legal unity. Any additional notarial costs resulting from this should always make up for the potential disadvantages as a consequence of the invalidity of the contracts.



Andrea Stratmann
Associate, Cologne
T: +49 221 5771 240
astratmann@mayerbrown.com

Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel bei Ausschluss der Selbstvornahmemöglichkeit

BGH, Urteil vom 9. Juni 2010 – VIII ZR 294/09

Die standardmäßige Verlagerung der Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen vom Vermieter auf den Mieter im Mietvertrag unterliegt zunehmend schärferen Wirksamkeitsanforderungen. Dabei spielt nicht nur das ob der Verlagerung sondern auch das wie der Durchführung durch den Mieter eine große Rolle. Versuchen seitens der Vermieter, die Qualität der durchgeführten Schönheitsreparaturen durch eine Verpflichtung zu sichern, nach der die Arbeiten von Fachhandwerkern durchzuführen seien, ist der BGH entschieden entgegengetreten. In seinem Urteil hat der BGH nunmehr diese Rechtsprechung weiter verschärft und eine Klausel für unwirksam befunden, nach der nach mieterfeindlichster Auslegung die Selbstvornahme der Schönheitsreparaturen durch den Wohnraummieter ausgeschlossen ist.

LEITSATZ

Eine in Formularmietverträgen über Wohnraum enthaltene Klausel, wonach es dem Mieter obliegt, die Schönheitsreparaturen „ausführen zu lassen“, benachteiligt den Mieter unangemessen und ist deshalb unwirksam, wenn sie bei kundenfeindlichster Auslegung dem Mieter dadurch die Möglichkeit der kostensparenden Eigenleistung nimmt, dass sie als Fachhandwerksklausel verstanden werden kann.

SACHVERHALT

In der Sache ging es um einen Mieter (Beklagter), der bis September 2007 von einer Wohnungsbaugesellschaft (Klägerin) eine Wohnung angemietet hatte. Der Mietvertrag enthielt die

Ineffectiveness of the Decorative Repair Clause if the Possibility of Self-Performance is Barred

BGH, Decision dated June 9, 2010 – VIII ZR 294/09

The standard procedure of transferring the duty of performing decorative repairs from the landlord to the tenant underlies increasingly stringent requirements for being effective. Not only the question if the duty has been effectively transferred to the tenant is elementary in this respect, but also the conditions for performing such repairs play a big role. The German Federal Court of Justice (BGH) has firmly countered attempts by landlords, trying to enhance the quality of decorative repairs by obligating the tenants to hire skilled craftsmen. In its decision the BGH has further accentuated this judicature by declaring a clause ineffective, which interpreted in the least favorable way for the tenants, excludes the self-performance of decorative repairs by the occupants.

HEAD NOTE

A clause incorporated in standard form lease agreements according to which the tenant “must have decorative repairs carried out” is disadvantageous for the tenant and is ineffective, since according to the interpretation in the least favorite way for the tenant, this craftsmen-clause bars the possibility of a cost effective self-performance by the tenant.

FACTS

In the case at hand a tenant (defendant) had rented an apartment until September 2007 from a real estate development company (plaintiff). The lease agreement contained a standard clause obligating the tenant to “*have decorative repairs [to be specified] carried*

Formularklausel mit der Verpflichtung des Mieters, „die Schönheitsreparaturen, [wird näher erläutert] in der Wohnung ausführen zu lassen, [...]“. Die Wohnungsbaugesellschaft verlangte nach Auszug der Mieter Schadensersatz wegen unterlassener Schönheitsreparaturen.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Der Bundesgerichtshof (BGH) vertritt in seiner Entscheidung die Auffassung, dass die Klausel eine für den Mieter unangemessene Benachteiligung darstellt und infolgedessen unwirksam sei. Zwar stellte das Gericht klar, dass eine formularmäßige Klausel, die dem Mieter die (fachgerechte) Ausführung von Schönheitsreparaturen überträgt, an sich wirksam sein kann. Eine Klausel, die die Ausführung aber nicht nur überträgt, sondern auch eingrenzt auf die Durchführung durch beauftragte Dritte und damit eine für den Mieter kostengünstige Selbstvornahme ausschließt (sogenannte „Fachhandwerkerklausel“), überschreite hingegen die Grenze des Zulässigen.

Eine derart einschränkende Klausel nimmt der BGH in der genannten Entscheidung an. Denn die Klausel könnte so zu verstehen sein, dass durch die Formulierung „ausführen zu lassen“ eine Beauftragung von Fachhandwerkern verlangt werde. Getreu seiner bisherigen Rechtsprechung bestätigt der BGH mit diesem Urteil, dass für eine Unwirksamkeitsprüfung einer vom Vermieter gestellten Vertragsklausel stets die „mieterfeindlichste“ Auslegungsvariante zugrunde zu legen ist. Inhaltlich prüft der BGH die Unwirksamkeit anhand eines Vergleiches zwischen der Rechtslage, wie sie nach Gesetz bestünde und der Rechtslage unter Anwendung der der Entscheidung zugrundeliegenden „Fachhandwerkerklausel“. Nach gesetzlichem Mietrecht ist der Vermieter zur Durchführung aller Schönheitsreparaturen verpflichtet. Da der Vermieter in diesem Zusammenhang jedoch nur zur Leistung „mittlerer Art und Güte“ verpflichtet wäre, darf der Umfang der Pflicht zur Durchführung der Schönheitsreparaturen nicht strenger sein, wenn sie formularmäßig auf den Mieter übertragen wird. Daher dürfe der Mieter in formularmäßiger Weise ebenfalls nur dazu verpflichtet werden, Schönheitsreparaturen von mittlerer Art und Güte durchzuführen. Der Vermieter soll in dieser Hinsicht nicht mehr fordern dürfen als er umgekehrt zu leisten verpflichtet wäre. Auch sei eine Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter dadurch geprägt, dass

out, [...]“. After the tenant had vacated the premises the plaintiff demanded compensation for omitted decorative repairs.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The BGH holds the opinion that this clause represents an inappropriate disadvantage for the tenant and is therefore ineffective. The court states that generally standard clauses that transfer the obligation to perform decorative repairs in a good and workmanlike manner can be effective. Yet, a clause that not only transfers such obligation but also limits the performance to a professional third party, thus barring the cost effective alternative of self-performance, exceeds the permissible.

The BGH established the presence of such a restrictive clause in the case at hand. The clause could be understood in such way that the words “have ... carried out” require the hiring of a professional. In line with its previous judicature the BGH confirms in this decision, that concerning the review for effectiveness of a clause contributed by the landlord one must follow the interpretation approach which is the least favorable for the tenant. The BGH also reviews the effectiveness of the clause by a comparison of the legal position of the tenant pursuant to statutory law to the legal position pursuant to the clause in question. According to statutory law, the landlord is obligated to perform all decorative repairs. Since the landlord, in this context, is only obligated to perform repairs of average kind and quality, the scope of the obligation may not be extended, when transferred to the tenant by a standard clause. This means that the tenant could only be obligated by a standard clause, to perform repairs of average kind and quality. The landlord shall not be entitled to demand more than he would have to perform reciprocally. In addition, the transfer of such repairs to the tenant is marked by the idea, that the tenant can perform such decorative repairs by himself. In the case at hand, the BGH concludes that the clause is ineffective since the wording “have ... carried out” bars the possibility for the tenant to perform the repairs himself. In application of the “blue pencil test” the BGH implies that if the above mentioned words are scratched from the clause, the latter has no proper significance with regards to its content. As a result, the real estate development company had to bear all costs resulting from the decorative repairs in tenant’s apartment.

der Mieter die ihm übertragenen Schönheitsreparaturen in Eigenleistung ausführen könne. Vorliegend kommt der BGH daher zur Unwirksamkeit der Klausel, da sie durch die Formulierung „ausführen zu lassen“ die Ausführung der Arbeiten durch den Mieter selbst ausschließt. In Anwendung der sogenannten Blue-Pencil-Tests unterstellte der BGH dabei, dass die in Frage stehende Klausel bei Streichung der Worte „ausführen zu lassen“ keinen eigenen inhaltlichen Sinn mehr aufweise. Im Ergebnis musste die Wohnungsbaugesellschaft sämtliche Kosten tragen, die mit der Durchführung von Schönheitsreparaturen in der Wohnung des Mieters zusammenhängen.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Der BGH bestätigt mit dieser Entscheidung, dass eine formularmäßige Fachhandwerkerklausel oder ähnlich gelagerter Ausschluss der Möglichkeit zur Selbstvornahme des Mieters in Mietverträgen über Wohnraum unwirksam ist. Für die Praxis bleibt daher das erhebliche Risiko bestehen, dass Schönheitsreparaturklauseln, die vom gesetzlichen Leitbild abweichen, als insgesamt unwirksam qualifiziert werden. Dies gilt umso mehr, als Vermieter in der Regel beim Abschluss neuer Mietverhältnisse auf dieselben Standardverträge zurückgreifen. Bei der Gestaltung und Verwendung von Schönheitsreparaturklauseln ist deshalb äußerste Vorsicht geboten. Es sollte insbesondere darauf geachtet werden, den Pflichtenkatalog des Mieters nicht unnötig auszuweiten, um die Wirksamkeit der Klausel nicht zu gefährden. Auch beim Kauf eines Wohnimmobilienportfolios ist dringend anzuraten, die bestehenden Mietverträge – zumindest stichprobenartig – im Hinblick auf Wirksamkeit von Schönheitsreparaturklauseln am Prüfungsmaßstab des BGHs zu prüfen, um etwaige Unwirksamkeitsrisiken zu identifizieren.

Ogleich dem zitierten Urteil ein Wohnraummietvertrag zugrunde lag, hat der BGH seine Rechtsprechung insbesondere zu Schönheitsreparaturen in der jüngeren Vergangenheit häufig auf Gewerberaummietverträge ausdehnt. Deshalb empfiehlt es sich, die erwähnten Grundsätze bei der Gestaltung, Verwendung und Prüfung von Schönheitsreparaturklauseln auch bei Gewerbemietverträgen zu berücksichtigen.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

With this decision the BGH confirms that a standard clause requiring third party services or otherwise barring the possibility of self-performance for the tenant in lease agreements on residential property is ineffective. In practice, this means that there is a considerable risk that decorative repairs clauses that deviate from the statutory model could be qualified as ineffective in their entirety. This is especially pertinent, since landlords often use the same standard contract form for new lease agreements. One should therefore use precaution when designing and using decorative repairs clauses. One should especially pay attention not to needlessly extend the obligations of the tenant, in order to not endanger the effectiveness of the clause. Furthermore, when acquiring residential property portfolios it is strongly recommended, to review (at least in some random samples) the decorative repairs clauses under the standards of the BGH, in order to identify any potential risks.

Even though the decision at hand was based on a residential lease, in recent times the BGH has repeatedly extended its judicature, especially concerning decorative repairs, to commercial leases. Therefore, it is advisable to take the above mentioned principles into account when designing, using or reviewing decorative repairs clauses even for commercial leases.



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

Wirksamkeit der klauselmäßigen Vorabzustimmung des Mieters zur Übertragung des Mietvertrages

BGH, Urteil vom 9. Juni 2010 – XII ZR 171/08

Veräußert der Vermieter eine Immobilie, so gehen infolge des Eigentumswechsels sämtliche bestehenden Mietverträge per Gesetz auf den Erwerber über. Dieser Effekt tritt mit der Umschreibung des Eigentums im Grundbuch ein. Weil aber zwischen Kaufpreiszahlung und dem Eintragungszeitpunkt Monate vergehen können, wird der Eintritt des Erwerbers in die Mietverträge oft zwischen den Parteien vorverlagert. Für eine solche rechtsgeschäftliche Übertragung eines Vertrages ist grundsätzlich die Zustimmung aller Vertragspartner erforderlich. Bislang war höchstrichterlich nicht entschieden, ob eine mietvertragliche Klausel, mit der der (gewerbliche) Mieter vorab einer Übertragung des Mietverhältnisses zustimmt, wirksam ist. Der BGH hat nunmehr eine solche Übertragungsklausel für wirksam befunden.

SACHVERHALT

Dem Urteil des BGH lag indes nicht der oben beschriebene Veräußerungsfall, sondern eine Übertragung des Mietvertrags zwischen zwei verbundenen Gesellschaften zugrunde. Eine der beiden Gesellschaften, eine AG, war ursprünglich gewerbliche Vermieterin eines Ladenlokals. Der Mietvertrag enthielt eine Klausel, die mit „Untervermietung“ überschrieben war und deren Ziffer 6 lautete „Der Vermieter hat das Recht, diesen Vertrag jederzeit auf eine andere Gesellschaft zu übertragen.“ Parallel dazu war es dem Mieter gemäß Ziffer 1 gestattet, das Mietverhältnis auf eine andere, mit diesem verbundene Gesellschaft zu übertra-

Effectiveness of Contractual Lease Agreement Clauses in which a Tenant Consents to the Transfer of the Lease in Advance

BGH, Decision dated June 9, 2010 – XII ZR 171/08

If the landlord disposes of a real property, all existing leases pass to the acquirer by action of law as a consequence of the change of ownership. This effect occurs when the transfer of ownership is entered in the land register. However, since months may pass between the payment of the purchase price and the registration date, parties often agree that the acquirer enters into the leases before that. Generally, any transfer of a contract by way of a legal transaction requires the consent of all parties to that contract. Until now, there was no high-court case law as to whether a lease contract clause, pursuant to which the (commercial) tenant consents to a transfer of the lease in advance, is effective. The German Federal Court of Justice (BGH) has now considered such a transfer clause to be effective.

FACTS

The decision of the BGH was, however, not based on the case of a disposal as described above, but on a transfer of the lease between two affiliated companies. One of the two companies, a German stock corporation, had originally been the commercial landlord of a retail store. The lease agreement contained a clause, which was headed “Sub-leasing” and Clause 6 of which stated “The landlord has the right to transfer this contract at any time to a different company.” The tenant was equally permitted pursuant to Clause 1 to transfer the lease to another company affiliated with him. The stock corporation informed the tenant that it had transferred the lease to a German

gen. Die AG teilte dem Mieter mit, dass sie das Mietverhältnis auf eine GbR übertragen habe. Diese war mit dem Vorstand der AG zumindest teilweise personenidentisch und zugleich Eigentümerin des vermieteten Ladenlokals. Der Mieter widersprach zwar der Übertragung, leistete aber fortan Zahlungen an die GbR. Die GbR wandelte sich anschließend in eine KG um und nahm den Mieter auf Mietzahlung in Anspruch. Hiergegen wendete der Mieter im Prozess ein, dass die Übertragungsklausel als allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam und die Klägerin deshalb nicht Vermieterin geworden sei.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Der BGH hat die Übertragungsklausel für wirksam befunden. Da es sich hier um standardisierte Vertragsklauseln (sogenannte Allgemeine Geschäftsbedingungen – „AGB“) handelte, musste das Gericht eine spezielle Wirksamkeitsprüfung dieser Vertragsgestaltung vornehmen. Solche AGB-Klauseln können z. B. dann unwirksam sein, wenn ihre Verwendung überraschend ist (§ 305c Abs. 1 BGB) oder den Vertragspartner unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 2 BGB).

Nach Ansicht des BGH ist die Übertragungsklausel weder überraschend noch liegt eine unangemessene Benachteiligung vor.

Eine unangemessene Benachteiligung besteht im Allgemeinen, sofern von einer gesetzlichen Regelung abgewichen wird und diese Abweichung mit den Grundgedanken der gesetzlichen Konzeption nicht zu vereinbaren ist. Diese Voraussetzungen, insbesondere das zweite Merkmal, sieht der BGH hier nicht als erfüllt an. Denn das Mietrecht stehe einer Übertragung des Mietverhältnisses auf einen anderen Vermieter tendenziell aufgeschlossener gegenüber, wie unter anderem der eingangs erwähnte, gesetzlich angeordnete Vermieterwechsel bei Veräußerung einer Immobilie zeige. Im Rahmen einer Abwägung der beteiligten Interessen stellt der BGH auf das Anliegen des Vermieters ab, einen wirtschaftlich für sinnvoll erachteten künftigen Wandel der Rechtsform oder Rechtsinhaberschaft zu erleichtern. Der BGH führt aus, dass das oben beschriebene Interesse des Vermieters „wie auch der vorliegende Fall zeige“ grundsätzlich bestehe. Sodann geht er auf die Besonderheit der Konstellation und die durch die Übertragungsklausel erleichterte „Übernahme von

civil law partnership (GbR). The GbR was the owner of the retail store and some of the partners of the GbR and of the members of the management board of the stock corporation were the same individuals. The tenant objected to the transfer but began making payments to the GbR. The GbR then converted itself into a limited partnership (KG) and asserted claims for rent against the tenant. The tenant objected to this in the lawsuit, claiming that the transfer clause was ineffective as a general condition of contract and that the plaintiff had therefore not become landlord.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The BGH found the transfer clause to be effective. Since it constituted a standardized contract clause (so called General Conditions of Contract – “AGB”), the court had to examine the effectiveness of this contractual structure separately. Such AGB clauses can be ineffective e.g. if their use is surprising (Section 305c Subsection 1 of the German Civil Code [BGB]) or if they constitute an unreasonable disadvantage for the contractual partner (Section 307 Subsection 2 BGB).

The BGH believes that the transfer clause is not surprising and does not constitute an unreasonable disadvantage either.

An unreasonable disadvantage generally exists in the case of a deviation from a statutory rule, if such deviation is incompatible with the concept of the law. The BGH does not consider these preconditions, particularly the second characteristic, to be fulfilled in this case. The law of lease contracts tended to be more open to the transfer of the lease to a different landlord, as, *inter alia*, the statutory stipulated change of landlords in the case of a transfer of a real property mentioned above showed. When weighing the interests involved, the BGH looks at the interest of the landlord in facilitating a future change of the legal form or ownership of the right that is considered economically sensible. The BGH states that the interest of the landlord described above “as the present case also showed” generally existed. It then addresses the particularities of the constellation and the “acquisition of leases of the stock corporation by a GbR, some of the partners of which were identical to the members of the management board of the stock corporation, and which was also the owner of the retail store rented out by the stock corporation so far” that was facilitated by the transfer clause.

Mietverträgen der AG durch eine mit dem Vorstand dieser AG zumindest teilweise personenidentische GbR, die zugleich Eigentümerin der bislang von der AG vermieteten Räume ist,“ ein. Der BGH trifft jedoch keine Aussage dazu, ob er dieser Besonderheit im Rahmen der Beurteilung einer Übertragungsklausel entscheidendes Gewicht beimisst oder nicht.

Es stellt sich daher die Frage, ob der BGH die in dem Urteil getroffenen Aussagen auch mit Blickrichtung auf einen Veräußerungsfall getroffen hat. Denn der praktisch häufiger auftretende Fall dürfte der sein, dass das Mietverhältnis im Zuge einer Grundstücksveräußerung vorzeitig, d. h. vor der Umschreibung auf den Erwerber im Grundbuch, übertragen werden soll. Nach dem Wortlaut der oben genannten Übertragungsklausel wäre auch dieser Fall von der Klausel erfasst. Den Urteilsgründen lässt sich nicht entnehmen, ob der BGH das besondere Übertragungsinteresse des Vermieters auf Grund einer bestehenden gesellschaftsrechtlichen Verbindung zu einem rechtfertigenden Merkmal der Beurteilung darüber erhebt, ob eine solche Übertragungsklausel eine unangemessene Benachteiligung darstellt oder nicht. Wollte der BGH aber in einer solchen Weise differenzieren, hätte er bemängeln müssen, dass die hier in Rede stehende Übertragungsklausel nach ihrem Wortlaut auch einen Veräußerungsfall erfasst und die Klausel für unwirksam befinden müssen. Gerade weil er dies aber nicht getan hat, dürften die vom BGH getroffenen Aussagen zu Übertragungsklauseln auch mit Blickrichtung auf die Veräußerung von Immobilien Geltung haben.

Zu bedenken ist darüber hinaus, dass im vorliegenden Fall dem Mieter seinerseits die Übertragung des Mietvertrags auf eine mit ihm verbundene Gesellschaft gestattet war. Fraglich ist daher, ob eine Klausel, die – wie überwiegend verwandt – allein dem Vermieter das Recht zu einer Übertragung des Mietvertrags einräumt, schon aus diesem Grunde als unwirksam anzusehen ist.

Erstaunlich ist die weitere Kernaussage des Urteils. Obgleich die oben dargestellte Klausel zumindest hinsichtlich der hier in Rede stehenden Übertragungsklausel thematisch unzutreffend mit „Untervermietung“ überschrieben war, hält der BGH die Klauselgestaltung nicht für überraschend, da ein unzulässiger Überrumpelungseffekt nicht vorliege. Die Argumentation der Vorinstanz hielt insofern

The BGH does not comment, however, on whether it considers this particularity to be of decisive relevance when assessing a transfer clause or not.

The question therefore arises, whether the BGH has also made the statements contained in the decision in respect to the case of a disposal. Because the case occurring more frequently in practice is probably the case where a lease is to be transferred early during the course of a disposal of real property, i.e. prior to the registration of the transfer to the acquirer in the land register. According to the wording of the aforementioned transfer clause, this case would also be covered by the clause. It cannot be derived from the explanation of the decision, whether the BGH considers the special transfer interest of the landlord based on an existing corporate relationship a justifying criteria when deciding, whether such a transfer clause constitutes an unreasonable disadvantage or not. If the BGH had indeed intended to distinguish in this manner, it would have had to criticize that according to its wording, the transfer clause discussed here also covers the case of a disposal and would have had to determine the clause as ineffective. Particularly because it did not do this, the statements made by the BGH regarding transfer clauses likely apply also in respect to the disposal of real properties.

It should furthermore be noted that the tenant was also permitted to transfer the lease to a company affiliated with him in the present case. The question therefore arises, whether a clause, which – as used in most cases – grants the right to transfer the lease only to the landlord, has to be considered ineffective already because of that.

The other core statement of the decision is astonishing. Even though the clause discussed above bore the heading “Sub-leasing”, which is incorrect regarding the transfer clause, the BGH does not consider its content to be surprising. The line of argument of the lower instance court withstood a legal review in this regard. The Upper State Court (OLG) Schleswig had stated that in the case of commercial property leases between enterprises, the parties had to be considered “fluent in business”. It therefore had to be assumed that “contract drafts with long-term binding effect and their clauses would be read diligently even without any emphasis on particular clauses and that their reach would be understood”. According to the BGH, it was necessary to point out a particular clause

einer rechtlichen Nachprüfung stand. In dieser hatte das OLG Schleswig ausgeführt, dass bei Geschäftsraummietverträgen zwischen Unternehmern die Parteien als „geschäftsgewandt“ anzusehen seien. Es sei daher davon auszugehen, „dass langfristig bindende Vertragsentwürfe mit ihrem Klauselwerk auch ohne besondere Hervorhebung einzelner Klauseln sorgfältig gelesen und in ihrer Reichweite verstanden würden“. Durch besondere Textgestaltung oder andere Hinweise (z. B. in einer Überschrift) müsse dem BGH zufolge nur dann auf eine Klausel hingewiesen werden, wenn diese nach den Umständen so ungewöhnlich sei, dass ein gewerbemietrechtlich erfahrener Vertragspartner nicht mit ihr zu rechnen braucht. Das sei hier aber nicht der Fall.

Diese Ausführungen sind deshalb erstaunlich, weil der gleiche Senat an anderer Stelle zu einem völlig anderen Ergebnis kommt. In seiner Entscheidung vom 21. Juli 2010 (BGH, Az.: XII ZR 189/08) hatte der BGH über eine Klausel zu befinden, nach der unter der ebenfalls thematisch unzutreffenden Überschrift „Aufrechnung, Zurückbehaltung“ die Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche Mängel der Mietsache ausgeschlossen worden war. Auch hier entschied der Senat, dass ein solcher Haftungsausschluss durchaus gebräuchlich und nicht ungewöhnlich sei. Die Stellung der Klausel sei allerdings so ungewöhnlich, dass die Mieterin nicht damit rechnen musste. Die Klausel sei daher überraschend und folglich nicht Vertragsbestandteil geworden.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die divergierenden Ausführungen des BGH zu den Anforderungen an die Kenntlichmachung des Inhaltes einer Klausel überraschen und werden voraussichtlich nicht unerwidert bleiben. Daher ist gut beraten, wer auch weiterhin sämtliche Überschriften eines Vertrags thematisch hinreichend am Regelungsgehalt der jeweiligen Klausel orientiert, um nicht dem Risiko einer Unwirksamkeit ausgesetzt zu sein. Das Urteil des BGH ist in seinem Tenor dennoch zu begrüßen und bestätigt dem Grunde nach unsere Rechtsberatungspraxis hinsichtlich der Aufnahme von Übertragungsklauseln in gewerbliche Mietverträge. Es ist davon auszugehen, dass derartige Klauseln nun endgültig zum Standard gewerblicher Mietverträge zählen werden.

through a special text layout or other indications (e.g. in a heading) only, if it was so unusual considering the circumstances that a contract partner with experience regarding commercial leasing law did not have to expect it. However, this was not the case here.

These statements are astonishing because the same Senate comes to a completely different conclusion elsewhere. In its decision of July 21, 2010 (BGH, case no.: XII ZR 189/08), the BGH had to decide about a clause, pursuant to which the liability of the landlord for initial defects of the leased object had been excluded under the thematically also incorrect heading “Set-off, retention”. The Senate also decided here that such an exclusion of liability was indeed customary and not unusual. The position of the clause, however, was so unusual that the tenant did not have to expect it. The clause was therefore surprising and had not become part of the contract.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The differing statements of the BGH concerning the requirements regarding the identification of the content of a clause are surprising and will most likely not remain unanswered. It is therefore well-advisable to continue using the subject matter of the respective clause as orientation for all headings of a contract in order not to be exposed to the risk of ineffectiveness. The essence of the BGH’s decision is welcomed nevertheless and generally confirms our legal advice practice in respect to the inclusion of transfer clauses in commercial lease agreements. It must be assumed that such clauses finally become standard of commercial lease agreements now.

MIRJA ELTZSCHIG, LL.M., MAÎTRISE EN DROIT
ASSOCIATE, KÖLN

Mirja Eltzschig berät in- und ausländische Investoren in allen immobilienrechtlichen Fragestellungen, bei Vertragsgestaltungen, Portfolio Transaktionen, Due Diligence, und im gewerblichen Mietrecht. Ebenfalls berät sie Mandanten im gesellschaftsrechtlichen Bereich, insbesondere bei Unternehmenstransaktionen.

FRANK DAVID ENDEBROCK
PARTNER, FRANKFURT

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

DR. JÖRG MICHAEL LANG, NOTAR
PARTNER, FRANKFURT

Dr. Jörg Michael Lang ist Rechtsanwalt und Notar im Frankfurter Büro der Sozietät. Er berät und vertritt nationale und internationalen Mandanten beim Kauf und Verkauf von gewerblichen Immobilien und Immobilienportfolios sowie Immobilienfinanzierungen. Dr. Jörg Lang wird von den *Expert Guides* der Legal Media Group unter den führenden Immobilien-Anwälten Deutschlands genannt.

ANDREA STRATMANN, LL.M.
ASSOCIATE, KÖLN

Andrea Stratmann berät sowohl im Immobilien-transaktionsgeschäft als auch Immobilieninvestoren in Fragen des Asset Managements und Portfolio Managements. Darüber hinaus hat Frau Stratmann Erfahrungen bei der gesellschaftsrechtlichen Beratung insbesondere im Zusammenhang mit Transaktionen.

MIRJA ELTZSCHIG, LL.M., MAÎTRISE EN DROIT
ASSOCIATE, COLOGNE

Mirja Eltzschig advises national and international investors on all aspects of real estate law, including negotiating contracts, advising on portfolio transactions, due diligence, and commercial tenancy law. Furthermore, she advises clients on corporate law, especially on M&A transactions.

FRANK DAVID ENDEBROCK
PARTNER, FRANKFURT

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

DR. JÖRG MICHAEL LANG, NOTAR
PARTNER, FRANKFURT

Dr. Jörg Lang is a lawyer and notary public. He advises national and international clients on the sale and acquisition of commercial real estate and portfolios as well as on real estate financing. Jörg is named as one of the leading real estate lawyers in Germany in the Expert Guides of Legal Media Group.

ANDREA STRATMANN, LL.M.
ASSOCIATE, COLOGNE

Andrea Stratmann advises on real estate transactions as well on asset management and portfolio management issues concerning real estate investments. In addition Andrea has experience in advising on corporate law, especially in connection with transactions.

DR. BENEDIKT WEISER, LL.M.
PARTNER, FRANKFURT

Dr. Benedikt Weiser berät umfassend auf dem Gebiet des Investmentmanagements, einschließlich regulierte und unregulierte Fonds, Private Equity, Gesellschaftsrecht und M&A. Ein Schwerpunkt liegt auf der Beratung von Investoren sowie von Fondsinitiatoren bei der Strukturierung und Auflage von Fonds (Private Equity, Immobilien, Infrastrukturen, Mezzanine and Hedgefonds) und der damit verbundenen steuerlichen und aufsichtsrechtlichen Themen. Das *JUVE*-Handbuch 2010/2011 führt Dr. Benedikt Weiser als „häufig empfohlener Anwalt“ und seine Investmentfonds Practice wird als „feste Größe“ in regulatorischen Angelegenheiten bezeichnet.

FLORIAN WITZEMANN
ASSOCIATE, FRANKFURT

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

DR. BENEDIKT WEISER, LL.M.
PARTNER, FRANKFURT

Dr. Benedikt Weiser advises on all aspects of asset management, regulated and unregulated funds, private equity, general M&A and corporate law. He focuses on advising both investors and fund sponsors on the structuring and formation of investment funds (private equity, real estate, infrastructure, mezzanine and hedge funds) and related tax and regulatory matters in all relevant fund jurisdictions. *JUVE*, the German legal guide, has named Benedikt a “frequently recommended lawyer” and recognized his practice as a valued and established name for investment funds and regulatory matters.

FLORIAN WITZEMANN
ASSOCIATE, FRANKFURT

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

About Mayer Brown

Mayer Brown is a leading global law firm with offices in major cities across the Americas, Asia and Europe. Our presence in the world's leading markets enables us to offer clients access to local market knowledge combined with global reach.

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

OFFICE LOCATIONS

AMERICAS

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

ASIA

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

EUROPE

- Berlin
- Brussels
- Cologne
- Frankfurt
- London
- Paris

TAUIL & CHEQUER ADVOGADOS

in association with Mayer Brown LLP

- São Paulo
- Rio de Janeiro

ALLIANCE LAW FIRMS

- Spain, Ramón & Cajal
- Italy and Eastern Europe, Tonucci & Partners

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

Mayer Brown is a global legal services organization comprising legal practices that are separate entities (the Mayer Brown Practices). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP, a limited liability partnership established in the United States; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership, and its associated entities in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

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

© 2011. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.