

Real Estate

Aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechung *Recent Developments and Decisions*

- 2 Zur Pflicht und der Rechtswirkung einer Mieterzustimmung zur Übertragung der Mietsicherheit auf den Erwerber
On the duty and the legal effect of a tenant consent to the transfer of the rent deposit to the acquirer

- 6 Abrechnung der Heizkosten durch sogenanntes Leistungsprinzip
Heating Cost Billing based on the so-called Performance Principle

- 9 Bei Aufhebung der Zwangsverwaltung auf Antrag des Gläubigers stehen die Überschüsse der Zwangsverwaltung dem Schuldner zu
When forced administration is lifted upon request of the creditor, the debtor is entitled to the surplus from the administration

- 13 Zur Insolvenzfestigkeit abgetretener Rückgewähransprüche von Grundschulden
On the insolvency resistance of assigned land charge restitution claims

- 17 Wesentliche Änderungen im Insolvenzrecht durch das „Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)“ – Auswirkungen auf Immobilienfinanzierung
The “Act for the Further Facilitation of the Restructuring of Companies (ESUG)” provides for significant changes to German insolvency law – impact of real estate financing



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

Zur Pflicht und der Rechtswirkung einer Mieterzustimmung zur Übertragung der Mietsicherheit auf den Erwerber

BGH, Urteil vom 7. Dezember 2011 – VIII. ZR 206/2010

Beim Erwerb eines vermieteten Objekts haben sowohl der Veräußerer als auch der Erwerber ein Interesse daran, dass vom Mieter geleistete Mietsicherheiten vollständig und wirksam auf den Erwerber übertragen werden. Auf Seiten des Veräußerers spielen hierbei auch Überlegungen eine Rolle, sich von der subsidiären Forthaftung für die Rückgabe der Mietsicherheiten zu befreien. Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung herrschte nach der Mietrechtsreform Unklarheit darüber, ob eine Zustimmung des Mieters zur Übertragung auf den Erwerber den Veräußerer weiterhin von der Forthaftung für die Rückgewähr der Mietsicherheiten befreien konnte. Dies hatte die Rechtsprechung zur früheren Rechtslage angenommen. Vor diesem Hintergrund hat der BGH nunmehr zur Zustimmungspflicht des Mieters, der Pflicht des Mieters zur Neustellung einer zurückgewährten Kautions sowie zur Enthaltung des Veräußerers nach § 566a BGB Stellung genommen.

LEITSATZ

Verweigert der Mieter seine Zustimmung zur Übertragung einer geleisteten Mietsicherheit auf den Erwerber der Mietwohnung trotz seiner hierzu gemäß den §§ 566, 566a BGB bestehenden Verpflichtung, so kann dies zu einer erneuten Kautionszahlungsverpflichtung gegenüber dem neuen Vermieter aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) führen.

On the duty and the legal effect of a tenant consent to the transfer of the rent deposit to the acquirer

BGH, decision of December 7, 2011 – VIII. ZR 206/2010

When acquiring a leased object, both the seller and the acquirer are interested in transferring rent deposits provided by tenants in full and effectively to the acquirer. On the seller's side, considerations about being released from the subsidiary continuing liability for the return of the rent deposit also play a role. In the absence of any high-court case law, some uncertainty existed after the leasing law reform, whether consent of the tenant to the transfer to the acquirer was still able to release the seller from the continuing liability for the return of the rent deposits. The courts had assumed this in respect to the prior legal situation. Before this background, the BGH has now commented on the consent obligation of the tenant, on the duty of the tenant to provide a returned rent deposit anew, as well as on the release of the seller from liability pursuant to Section 566a of the German Civil Code (BGB).

HEAD NOTE

If the tenant withholds its consent to the transfer of a paid rent deposit to the acquirer of the leased apartment in spite of his obligation to do so pursuant to Sections 566, 566a BGB, this may lead to the obligation to pay a rent deposit again to the new landlord based on good faith (Section 242 BGB).

SACHVERHALT

Der beklagte Mieter hatte aufgrund einer vertraglichen Absprache den früheren Vermieter als Verkäufer eine Mietsicherheit in Form der Verpfändung eines Kontoguthabens zugunsten des früheren Vermieters persönlich bestellt. Der klagende Erwerber kaufte das Grundstück und wurde im März 2008 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Im Kaufvertrag war vereinbart, dass der Verkäufer den jeweiligen Mieter schriftlich vom Verkauf zu unterrichten und dessen schriftliche Zustimmung zur Übertragung der Sicherheit einzuholen habe. Der beklagte Mieter gab auf die Aufforderung zur Zustimmung keine Erklärung ab. Daraufhin gab der Verkäufer mit Zustimmung des Erwerbers schriftlich gegenüber dem Mieter die Kautionsfreiheit. Der klagende Erwerber forderte den Mieter anschließend auf, einen entsprechenden Kautionsbetrag zu überweisen. Nachdem der Mieter zunächst die Übergabe einer Kautionsleistung in Aussicht stellte, verweigerte er schließlich die Stellung einer Kautionsleistung und berief sich auf Erfüllung gegenüber dem Verkäufer. Die Rückgabe durch den Verkäufer wertete er als Verzicht auf die Stellung einer Kautionsleistung. Der Erwerber verklagte den Mieter daraufhin auf Zahlung oder Stellung einer Kautionsleistung.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Der BGH hat zwar vorliegend eine Pflicht des Mieters zur erneuten Kautionszahlung gegenüber dem neuen Vermieter bejaht, diese jedoch ausschließlich und nur aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles auf Treu und Glauben gestützt. Der BGH hat zunächst bekräftigt, dass kein Anspruch des Erwerbers gegen den Mieter auf erneute Leistung bestünde, wenn der Mieter die Kautionsleistung bereits an den Voreigentümer als früheren Vermieter geleistet habe. Der mietvertragliche Anspruch auf Stellung einer Kautionsleistung sei dadurch erloschen. Grundsätzlich bestünde auch keine Pflicht des Mieters zu einer Zustimmung zur Übertragung der Kautionsleistung, da dies nach der neuen Rechtslage des § 566a BGB grundsätzlich per Gesetz erfolge. Der Erwerber habe daher erwarten können, dass der beklagte Mieter an der praktischen Durchführung der Übertragung des Kautionsguthabens auf den Erwerber mitwirke. In der dementsprechend geschuldeten Zustimmung läge auch keinesfalls ein Verzicht des Mieters auf die subsidiäre Haftung des Verkäufers nach § 566a Satz 2 BGB. Die Zustimmung des Mieters bestätige

FACTS

In accordance with a contractual agreement with the prior landlord as seller, the defending tenant had provided a rent deposit in the form of a pledged account balance for the personal benefit of the prior landlord. The suing acquirer bought the real property and was registered as owner in the land register in March 2008. It was agreed in the purchase contract that the seller had to inform the respective tenant in writing about the sale and obtain its written consent to the transfer of the rent deposit. The defending tenant did not issue a declaration of consent when requested. The seller released the rent deposit with the acquirer's consent in writing to the tenant. The suing acquirer then asked the tenant to transfer a corresponding rent deposit amount. After the tenant first held out the prospect of delivering a rent deposit, he eventually refused to provide a rent deposit and claimed fulfillment vis-à-vis the seller. He considered the waiver by the seller a waiver of the duty to provide a rent deposit. The acquirer then sued the tenant for payment or provision of a rent deposit.

CONTENT AND MATTER OF THE DECISION

Even though the BGH confirmed a duty of the tenant to pay a rent deposit to the new landlord again, it based it on good faith exclusively and only due to the particular circumstances of the case at hand. The BGH first confirmed that no claim of the acquirer against the tenant for renewed payment existed, if the tenant had already paid the rent deposit to the prior owner as prior landlord. This had caused the claim for the provision of a rent deposit under the lease agreement to be extinguished. Generally, no duty of the tenant to consent to the transfer of the rent deposit existed either, since this was generally effected by action of law according to the new legal situation of Section 566a BGB. The acquirer had therefore been able to expect that the sued tenant participated in the practical implementation of the transfer of the rent deposit to the acquirer. The consent that was owed accordingly did under no circumstances constitute a waiver by the tenant of the subsidiary liability of the seller pursuant to Section 566a sentence 2 BGB. The consent of the tenant eventually only confirmed what applied anyway by virtue of law pursuant to Section 566a BGB. The prior case law of the BGH, according to which the tenant expressed its consent, that the acquirer was now considered as obligated to repay, is rejected by

letztlich nur, was gemäß § 566a BGB ohnehin kraft Gesetzes gelte. Frühere Rechtsprechung des BGH, nach der der Mieter mit seiner Zustimmung zu erkennen gebe, dass nunmehr nur der Erwerber als Rückzahlungsverpflichteter angesehen werde, weist der BGH als veraltet zurück, da dies Situationen vor der Mietrechtsreform betroffen habe. Da der Mieter also trotz Verpflichtung zur Zustimmung diese nicht gegeben habe, müsse er die Kautionsleistung nun erneut leisten. Die Rückgabe der Kautionsleistung im Wege der Freigabe durch den Veräußerer könne genauso wenig ein Verzicht auf den Anspruch zur Kautionsleistung entnommen werden. Vielmehr habe der Veräußerer versucht, die Rechtswirkung des § 566a BGB möglich zu machen. Dies allerdings nur aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falls.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Entscheidung des BGH ist in mehrerer Hinsicht äußerst relevant. Zum einen gilt die Regelung des § 566a BGB über die Verweisungsvorschrift des § 578 BGB auch für den Bereich des Gewerberaummietrechts. Vor allem aber deshalb, weil der BGH der Ansicht entgegen getreten ist, dass auch unter der neuen Gesetzeslage die bisherige Rechtsprechung unverändert angewandt werden könne. Nach dieser Ansicht könnte eine Zustimmung des Mieters zur Übertragung der Mietsicherheit auf den Erwerber als konkludenter Verzicht eine Befreiung des Veräußerers von seiner subsidiären Rückgabeverpflichtung nach § 566a BGB bewirken. Dies kann künftig wohl nur dann angenommen werden, wenn neben der bloßen Zustimmung zur Übertragung der Mietsicherheit ausdrücklich ein Verzicht auf die subsidiäre Forthaftung des Veräußerers erklärt wird. Weiterhin ist eine Enthftung möglich, wenn statt des gesetzlichen Übergangs des Mietverhältnisses nach §§ 566 ff. BGB eine dreiseitige Vertragsübernahme des bestehenden Mietverhältnisses durch den Erwerber unter Mitwirkung des Veräußerers und des Mieters vereinbart wird. Letztere ist für den Erwerber aber regelmäßig mit Risiken behaftet. Einen Anspruch gegen den Mieter auf die Abgabe einer solchen Verzichtserklärung oder auf seine Mitwirkung an einer dreiseitigen Abrede zwischen Veräußerer, Erwerber und Mieter, besteht allerdings nicht. Eine solche Haftentlassung ist auch nicht formularmäßig möglich. Denn der BGH sieht nach dem Willen des Gesetzgebers in der Regelung des § 566a BGB einen wesentlichen Grundgedanken des Mietrechts. Der

the BGH as outdated, since this had concerned the situation prior to the leasing law reform. Since the tenant did not grant its consent in spite of his obligation to do so, he now had to pay the rent deposit again. The return of the rent deposit by way of release through the seller could not be considered a waiver of the claim for the provision of a rent deposit either. Rather, the seller had attempted to make the legal effect of Section 566a BGB possible. This, however, only because of the particular circumstances of the present case.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The BGH's decision is extremely relevant due to several reasons. First of all, the rule of Section 566a BGB applies via the referring provision of Section 578 BGB also in the area of commercial leasing law. But primarily also because the BGH has opposed the opinion that the prior case law could be applied unchanged also in the new legal situation. According to this opinion, a consent of the tenant to the transfer of the rent deposit to the acquirer as an implicit waiver could cause a release of the seller from his subsidiary return obligation pursuant to Section 566a BGB. It seems that this may only be assumed from now on if in addition to the mere consent to the transfer of the rent deposit, an explicit waiver of the continuing subsidiary liability of the seller is declared. Furthermore, a release from liability is possible, if instead of the transfer of the lease by action of law pursuant to Sections 566 et seq. BGB, a trilateral assumption of contract of the existing lease is agreed by the acquirer with the participation of the seller and tenant. The latter, however, regularly involves risks for the acquirer. A claim against the tenant for the issuance of such a waiver or his participation in a trilateral agreement between seller, acquirer, and tenant does not exist, however. Such a release from liability can not be agreed form-based either. Because in accordance with the intent of the legislator, the BGH sees an essential basic concept in the rule of Section 566a BGB. The tenant has no influence over the replacement of his contracting partner of the collateral agreement regarding the rent deposit. Conversely, the tenant receives a subsidiary restitution claim against the seller as compensation, so to speak, for the case that the acquirer is unable to return the rent deposit. The inclusion of a clause in the lease agreement with an advance waiver might only be considered in connection with an individual agreement with the tenant.

Mieter hat keinen Einfluss auf die Auswechslung seines Vertragspartners der Sicherungsabrede zur Mietsicherheit. Im Gegenzug erhält der Mieter sozusagen als Ausgleich einen subsidiären Rückgewähranspruch gegen den Veräußerer für den Fall, dass der Erwerber die Mietsicherheit nicht zurückgewähren kann. Daher ist die Aufnahme einer Klausel im Mietvertrag mit einer Vorabverzichtserklärung höchstens im Rahmen einer Individualabrede mit dem Mieter denkbar.

Andererseits ist die Enthftung für den Veräußerer primär bei bar geleisteten Mietsicherheiten bedeutsam. Denn nur in diesem Fall besteht die Rückgewähr der Sicherheit immer unmittelbar in der Zahlung eines Geldbetrages. Andere Sicherheiten wie Bürgschaften oder Pfandrechte sollten vom Erwerber stets mit entsprechenden Erklärungen zurückgewährt oder zumindest aufgegeben werden können.

On the other side, the release from liability is of importance for the seller primarily in connection with rent deposits paid in cash. Because only in this case does the return of the collateral always consist directly in the repayment of an amount of money. It should always be possible for the acquirer to return or at least abandon other collateral such as sureties or liens with corresponding declarations.



Dr. Jürgen Streng
Partner, Düsseldorf
T: +49 211 86224 216
jstreng@mayerbrown.com

Abrechnung der Heizkosten durch sogenanntes Leistungsprinzip

Bundesgerichtshof, Urteil vom 1. Februar 2012 – Az VIII ZR 156/11

Nachdem der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit es noch nicht zu entscheiden hatte, ob der Vermieter die Heizkosten nach den in dem Abrechnungszeitraum gezahlten Abschlägen vornehmen darf, hat er nunmehr in seinem Urteil vom 1. Februar 2012 (Az.: VIII ZR 156/11) entschieden, dass der Vermieter die Heizkosten nur nach dem tatsächlichen Verbrauch des Mieters abrechnen darf, also nach dem sogenannten Leistungsprinzip. Eine Abrechnung von Heizkosten nach den im Abrechnungszeitraum gezahlten Abschlägen ist damit unzulässig.

LEITSATZ

Heizkosten können nicht nach dem Abflussprinzip, sondern nur unter Ansatz des im Abrechnungszeitraum verbrauchten Brennstoffs abgerechnet werden (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 20. Februar 2008, VIII ZR 49/07).

Die auf der Anwendung des Abflussprinzips beruhende Fehlerhaftigkeit einer Heizkostenabrechnung kann nicht durch eine Kürzung der auf die Nutzer entfallenden Kostenanteile nach § 12 Abs. 1 HeizkostenV ausgeglichen werden.

SACHVERHALT

Die vom Vermieter mit der Erfassung der Heizkosten beauftragte Firma, hatte diese auf der Grundlage der vom Vermieter im jeweiligen Kalenderjahr an den Versorger geleisteten Zahlungen ermittelt, was von dem Mieter beanstandet wurde.

Heating Cost Billing based on the so-called Performance Principle

BGH, Decision of February 1, 2012 – Az VIII ZR 156/11

After the German Federal Court of Justice (BGH) did not yet have to decide in the past, whether a lessor may invoice the heating costs based on the payments on account made during the accounting period, it now ruled in its decision of February 1, 2012 (case no.: VIII ZR 156/11) that the lessor may invoice the heating costs only based on the actual consumption of the lessee, i.e. according to the so-called performance principle. It is accordingly not permitted to invoice heating costs based on the payments on account made during the accounting period.

HEAD NOTE

Heating costs cannot be invoiced based on the outflow principle, but only based on the fuel consumed during the accounting period (dissociation from BGH decision of February 20, 2008, VIII ZR 49/07)

The incorrectness of a heating costs statement due to the application of the outflow principle cannot be compensated by reducing the cost share allocable to the user pursuant to Section 12 paragraph 1 of the Heating Costs Directive (HeizkostenV).

FACTS

The company charged with recording the heating costs by the lessor had determined them based on the payments made by the lessor to the utility company during the respective calendar year, to which the lessee objected.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass der Vermieter die Heizkosten nur nach dem tatsächlichen Verbrauch des Mieters abrechnen darf, also nach dem sogenannten Leistungsprinzip. Eine Abrechnung des Vermieters nach dem verbrauchsunabhängigen Abflussprinzip, bei welchem die Heizkostenabrechnung unter Zugrundelegung der vom Vermieter an den Energieversorger erbrachten Vorauszahlungen vorgenommen wird, ist demnach unzulässig. Eine solche verbrauchsunabhängige Abrechnung widerspreche den Anforderungen der Heizkostenverordnung aus § 7 Absatz 2 HeizkostenV und sei mithin fehlerhaft. Im Übrigen, so der BGH, sei es dem Vermieter erlaubt auch verbrauchsabhängige „kalte“ Betriebskosten nach dem Abflussprinzip abzurechnen, da die §§ 556 ff. BGB eine Abrechnung nach dem Leistungsprinzip nicht vorschreiben würden und es für diese Nebenkosten keine Spezialregelung wie § 7 Absatz 2 HeizkostenV gebe.

Die Fehlerhaftigkeit der Abrechnung nach dem Abflussprinzip hat folgenden Hintergrund: In den Fällen, in denen nach dem Abflussprinzip abgerechnet wird, resultieren daraus, dass wenn bei einer Heizkostenabrechnung auf Grundlage der Vorauszahlungen des Vermieters, abgerechnet wird, eine entsprechende Anpassung der Kosten erst im darauffolgenden Jahr möglich ist. Da der Abschlag eines Jahres in der Regel auf der Grundlage des Verbrauchs des Vorjahres berechnet wird, ist nach dem Abflussprinzip in der Regel nicht der aktuelle Verbrauch, sondern der des Vorjahres maßgeblich. Zieht nun aber ein Mieter in einem Jahr aus, und unterstellt man, dass in diesem Jahr beispielsweise aufgrund eines milden Winters weniger Heizkosten angefallen sind, so sieht sich der Mieter für dieses Jahr zum einem mit dem hohen Abschlag des Vorjahres konfrontiert (harter Winter des Vorjahres) und kann von der Kostenvergünstigung (auf Grund des milden Winters) im nächsten Jahr nicht profitieren (da er bereits ausgezogen ist), (wohl aber der an seiner Stelle einziehende Mieter).

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kam eine „Heilung“ über § 12 Abs. 1 HeizkostenV nicht in Betracht, denn diese Vorschrift setze Voraus, dass die Kosten der im Abrechnungszeitraum verbrauchten Brennstoffe ermittelt und umgelegt werden. Daran fehlt es aber bei einer Abrechnung nach den gezahlten Abschlägen.

CONTENT AND MATTER OF THE DECISION

The German Federal Court of Justice decided that the lessor may only invoice the heating costs according to the lessee's actual consumption, i.e. based on the so-called performance principle. It is accordingly not permitted for the lessor to prepare an invoice based on the outflow principle irrespective of consumption, where the heating costs invoice is prepared based on the prepayments made by the lessor to the utility company. Such an invoice irrespective of the consumption violated the requirements of the Heating Costs Directive in Section 7 para. 2 HeizkostenV and was thus incorrect. Beyond this, according to the BGH, the lessor was permitted to also invoice consumption-linked “cold” operating costs according to the outflow principle, since Sections 556 et seq. of the German Civil Code (BGB) did not require invoicing pursuant to the performance principle and since no special rule such as Section 7 para. 2 HeizkostenV existed for these service charges.

The incorrectness of the invoice based on the outflow principle has the following background: in cases where an invoice is prepared based on the outflow principle, a corresponding adjustment of the costs is possible only in the following year if heating costs are invoiced based on the lessor's prepayments. Since the payment on account is regularly calculated based on the previous year's consumption, not the current year's but the previous year's consumption is usually decisive for purposes of the outflow principle. If a tenant moves out during a year and assuming that, for example, a mild winter led to lower heating costs, the lessee will be confronted with the large payment on account from the previous year (cold winter of the previous year) and cannot profit from the cost benefits (due to the mild winter) during the following year (since he will already have moved out), (while the lessee moving in instead of him will).

Contrary to the opinion of the appellate court, “healing” via Section 12 paragraph 1 HeizkostenV could not be considered, since this provision required that the costs of the fuel consumed during the accounting period are determined and allocated. This is not the case, however, if an invoice is prepared based on the payments on account that were made.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Anforderungen für die Abrechnung der Heizkosten zwar nunmehr klar definiert sind, es jedoch für den Vermieter nicht unbedingt einfacher geworden ist. So riet – als Reaktion auf dieses Urteil – der Haus- und Grundmietrechtsexperte Gerold Happ in der Pressemitteilung der Haus- und Grund Nordrhein und Westfalen e.V. den Vermietern, „sich unbedingt professionelle Unterstützung einzuholen“, da die Heizkostenabrechnung zwischen den Vermietern und Mietern eine „komplexe Angelegenheit“ darstelle. Der Mieter hat nunmehr die Möglichkeit eine Abrechnung nach dem tatsächlichen Verbrauch (Leistungsprinzip) zu fordern und kann bis zu einer solchen Erstellung eventuelle Nachzahlungen verweigern. In diesem Fall hat der Eigentümer dann die nach der HeizkostenV notwendigen Maßnahmen zur Verbrauchserfassung (vorbehaltlich § 12 Abs. 1 HeizkostenV) vorzuhalten.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

As a result, this means that the requirements for invoicing heating costs are now more clearly defined, but that it has not become simpler for the lessor. For example, the building and real property leasing law expert Gerold Happ advised lessors as a reaction to this decision, “to obtain professional support under any circumstances”, since the heating cost invoice between lessors and lessees constituted a “complex matter”. The lessee now has the possibility to demand an invoice based on the actual consumption (performance principle) and can withhold any subsequent payments until one is prepared. In this case, the owner then has to keep the measures required to record the consumption according to the HeizkostenV (subject to Section 12 para. 1 HeizkostenV) available.



Matthias J. Meckert
Partner, Frankfurt
T: +49 69 7941 1761
mjmeckert@mayerbrown.com

Bei Aufhebung der Zwangsverwaltung auf Antrag des Gläubigers stehen die Überschüsse der Zwangsverwaltung dem Schuldner zu

BGH, Urteil vom 13. Oktober 2011 – IX ZR 188/10

In der Praxis wird die Zwangsverwaltung häufig nach einer Einigung mit dem Schuldner z. B. über die Verwertung durch den Gläubiger aufgehoben. Trifft der Gläubiger hierzu keine weiteren Vereinbarungen verliert er die zwischenzeitlich aufgelaufenen Überschüsse aus der Zwangsverwaltung.

LEITSATZ

Wird die Zwangsverwaltung nach Antragsrücknahme aufgehoben, ist der Zwangsverwalter verpflichtet, das Grundstück einschließlich der von ihm nicht mehr benötigten Nutzungen an den Schuldner herauszugeben.

Der Gläubiger, der seinen Antrag auf Zwangsverwaltung zurückgenommen hat, hat auch dann keinen Anspruch auf Auskehr der Überschüsse, wenn ihm die Mietansprüche vor Anordnung der Zwangsverwaltung abgetreten waren.

SACHVERHALT

Die klagende Bank (bzw. ihr Rechtsvorgänger) gewährte dem Darlehensnehmer mehrere Immobiliendarlehen zur Baufinanzierung, die unter anderem mit Grundschulden und der Abtretung der gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche gegen die Mieter besichert waren.

Aufgrund von Zahlungsrückständen beantragte die klagende Bank die Zwangsverwaltung der Grundstücke, die mit Beschlüssen des Vollstreckungsgericht vom 6. April 2004 und 19. Mai

When forced administration is lifted upon request of the creditor, the debtor is entitled to the surplus from the administration

BGH, decision of October 13, 2011 – IX ZR 188/10

In practice, forced administration (*Zwangsverwaltung*) is often lifted by the creditor after an agreement with the debtor is reached, e.g. regarding the realization. If the creditor does not conclude any further agreements in this regard, he loses the surpluses from the administration that have accrued in the meantime.

HEAD NOTE

If the forced administration is lifted after the application has been withdrawn, the administrator is required to surrender the real property including the enjoyments no longer needed by him to the debtor.

The creditor, who has withdrawn his application for force administration, is not entitled to a distribution of surpluses even if the claims for rent had been assigned to him before administration had been ordered.

FACTS

The suing bank (or rather its legal predecessor) granted several real estate loans to the borrower as construction financing, which were secured, *inter alia*, through land charges and the assignment of current and future claims against the lessees.

Because of payment arrears, the suing bank applied for force administration of the real properties, which was ordered by rulings of the court in charge of enforcement procedures dated April 6, 2004 and May 19, 2004. On June 23, 2005, the plaintiff and

2004 angeordnet wurde. Am 23. Juni 2005 erzielten die Klägerin und der Schuldner Einigung über die Beendigung der Zwangsverwaltung. Stattdessen sollte ein gewerbliches Unternehmen mit der Verwaltung der Immobilien beauftragt werden. Aufgrund dieser Vereinbarung nahm die Klägerin ihre Anträge auf Zwangsverwaltung zurück, die daraufhin am 4. Juli 2005 aufgehoben wurde. Nach bestrittener Behauptung der Bank soll in diesem Zusammenhang eine erneute Mietabtretung erfolgt sein.

Am 11. August 2005 trat der Schuldner die Ansprüche auf Auszahlung der Überschüsse aus den Zwangsverwaltungsverfahren an seinen Steuerberater ab. In der Folgezeit zahlte die beklagte Zwangsverwalterin die Überschüsse in Höhe von EUR 21.693,66 an den Steuerberater aus. Die klagende Bank verlangte nun von der Zwangsverwalterin die Zahlung der Überschüsse.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG
Eine Verteilung von Überschüssen nach dem Teilungsplan findet nicht mehr statt, wenn das Zwangsverwaltungsverfahren wegen Antragsrücknahme aufgehoben worden ist. Anders im übrigen, wenn das Zwangsverwaltungsverfahren nach Zuschlag in der Zwangsversteigerung endet. Bis zur Wirksamkeit des Zuschlages erwirtschaftete Nutzungen werden nach dem Teilungsplan behandelt.

Nach der Aufhebung der Zwangsverwaltung nach Antragsrücknahme hat der Zwangsverwalter das Grundstück an den Schuldner herauszugeben, und zwar einschließlich der Nutzungen, die von ihm nicht mehr benötigt werden. Ein zuvor erstellter Teilungsplan findet dann keine Anwendung mehr. Dies folgt u.a. aus dem Dispositionsgrundsatz in der Zwangsverwaltung: Der Gläubiger kann aus dem Verfahren keine Rechte mehr herleiten kann, nachdem er gerade die Aufhebung beantragt hat.

Die Beklagte war auch nicht deshalb verpflichtet, die Überschüsse aus der Zwangsverwaltung an die Klägerin auszuzahlen, weil diese aus der Einziehung von Mietforderungen erwirtschaftet worden sind, welche der Klägerin zur Sicherheit abgetreten worden waren. Die Vorausabtretung der zukünftigen Mietforderungen durch den Schuldner wurde durch die Anordnung der Zwangsverwaltung nach Maßgabe des § 1124 Abs. 2 BGB unwirksam. Zwar könnte man argumentieren, dass nach dem

the debtor agreed to end the administration. Instead, a commercial company was supposed to be contracted to manage the real properties. Based on this agreement, the plaintiff withdrew its applications for forced administration, which was then lifted on July 4, 2005. According to a disputed allegation of the bank, a renewed assignment of rents had supposedly occurred in this context.

On 11 August 2005, the debtor assigned the claims for disbursement of the surpluses from the administration proceedings to his tax advisor. Subsequently, the defending administrator paid out the surpluses in an amount of EUR 21,693.66 to the tax advisor. The suing bank now demanded payment of the surpluses from the administrator.

CONTENT AND MATTER OF THE DECISION

A distribution of surpluses in accordance with the scheme of apportionment (*Verteilungsplan*) no longer occurs, if the administration proceedings have been cancelled because the application has been withdrawn. It is different, however, if the administration proceedings end after an award in the foreclosure auction. Enjoyments generated until the award becomes effective are treated in accordance with the scheme of apportionment.

After the forced administration has been cancelled following the withdrawal of the application, the administrator must surrender the real property to the debtor including the enjoyments, which are no longer required by him. A previously prepared scheme of apportionment then no longer applies. This ensues, *inter alia*, from the disposition principle in the administration: the creditor can no longer derive any rights from the proceedings after he specifically requested the cancellation.

The defendant was not obligated to pay out the surpluses from the administration to the plaintiff, because these were generated through the collection of rent claims that had been assigned to the plaintiff as security. The advance assignment of the future rent claims by the debtor became ineffective when forced administration was ordered in accordance with Section 1124 paragraph 2 of the German Civil Code (BGB).

Wortlaut des § 1124 Abs. 2 BGB die Abtretung gegenüber dem Gläubiger unwirksam ist, zu dessen Gunsten die Beschlagnahme erfolgt ist und das Gesetz hierbei besonders auf die Beschlagnahme durch Dritte abstellt. Dies könnte bei Personenidentität jedoch hinfällig sein. Der BGH betont jedoch, dass die Rechtspositionen des Zessionars und des Grundpfandrechtsgläubigers gesondert zu beurteilen sind. Dies gilt insbesondere, da die Rechte unterschiedlich ausgestaltet sind. Entscheidet sich der durch Grundschuld und Mietabtretung zweifach gesicherte Gläubiger für die Zwangsverwaltung (und damit die Vollstreckung aus der Grundschuld), muss er hinnehmen, dass die an ihn abgetretenen Mietforderungen nun dem Einziehungsrecht des Zwangsverwalters unterliegen (§ 152 Abs. 1 ZVG). Würde in einem solchen Fall die Mietabtretung Bestand haben, wären der Zwangsverwaltung auch die zur Deckung der Verfahrenskosten und Verwaltungsausgaben (§ 155 Abs. 1 ZVG) notwendigen Nutzungen aus dem Grundstück entzogen.

Die Beklagte als Zwangsverwalterin hatte die Mieten aufgrund ihres eigenen gesetzlichen Einziehungsrechtes (§ 152 ZVG) vereinnahmt, während der Forderungserwerb der Klägerin gemäß § 1124 Abs. 2 BGB unwirksam gewesen ist. Insoweit ist die Einziehung der Mieten auch kein Geschäft der Klägerin, sodass ein Anspruch weder in entsprechender Anwendung der Bestimmungen des Auftragsrechts (§ 667 BGB) noch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 681 Satz 2 iVm § 667 BGB) besteht.

Die von der klagenden Bank behauptete erneute Abtretung der Mieten im Zusammenhang mit der Aufhebung der Zwangsverwaltung war zum einen in ihrem Bestand streitig, zum anderen der Zwangsverwalterin als Drittschuldnerin nicht angezeigt, sodass sie unbeachtlich blieb. Der BGH stellt jedoch fest, dass der Anspruch des Schuldners gegen den Zwangsverwalter auf Auskehr des Überschusses nach den allgemeinen Regelungen pfändbar und abtretbar ist. Damit sind hierzu vertragliche Gestaltungen möglich.

Even though one could argue that the assignment is ineffective according to the wording of Section 1124 paragraph 2 BGB vis-à-vis the creditor for whose benefit the seizure had occurred and that the law particularly focuses on a seizure by third parties. In the case of identity of persons, this could be invalidated, however. The German Federal Court of Justice (BGH) emphasizes, however, that the legal positions of the assignee and of the real property lien creditor must be assessed separately. This applies in particular, since the rights are structured differently. Either the creditor, who is dually secured through land charge and rent assignment, makes a decision for forced administration (and thus the enforcement based on the land charge), he has to accept that the rent claims assigned to him are now subject to the collection right of the administrator (Section 152 paragraph 1 of the German Compulsory Executions Act (ZVG)). If the rent assignment would persist in such a case, the administration would not have the enjoyments from the real property necessary to cover also the procedural costs and administrative expenses (Section 155 paragraph 1 ZVG).

The defendant as administrator had collected the rents based on its own statutory collection right (Section 152 ZVG), while the acquisition of the claim by the plaintiff had been ineffective pursuant to Section 1124 paragraph 2 BGB. Insofar, the collection of the rents is not a business of the plaintiff either, so that a claim exists neither in corresponding application of the provisions of agency law (Section 667 BGB) nor of agency without specific authorization (Section 681 sentence 2 in connection with Section 667 BGB).

The renewed assignment of the rents in connection with the cancellation of the forced administration alleged by the suing bank was first disputed as far as its existence is concerned, on the other side, it had not been reported to the administrator as third-party debtor so that it remained irrelevant. The BGH noted however, that the claim of the debtor against the administrator for distribution of the surplus can be seized and assigned in accordance with the general rules. As a consequence, contractual structures are possible in this regard.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Gerne benutzen die Work-Out-Abteilungen der Banken und Darlehens-Servicer das Drohpotential von Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung um Schuldner von einer (meist effektiveren) außergerichtlichen Verwertung zu überzeugen. Häufig werden dabei auch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen beantragt in der Erwartung, diese nach einer Einigung mit dem Schuldner zurückzunehmen oder zumindest auszusetzen. Die Akten der Zwangsvollstreckungsgerichte sind voll mit solchen „stop and go“-Verfahren und der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt ist insoweit außerordentlich praxisrelevant.

Der BGH weist jetzt jedoch darauf hin, dass durch die Aufhebung der Zwangsverwaltung nicht automatisch der alte Rechtszustand wieder hergestellt wird, sondern zwischenzeitlich aufgelaufene (gegebenenfalls erhebliche) Überschüsse dem Schuldner zustehen.

Durch eine entsprechende Gestaltung lässt sich dieses unerwünschte Ergebnis jedoch verhindern: Regelmäßig wird der Gläubiger eine Aufhebung der Zwangsverwaltung nur dann beantragen, wenn er mit dem Schuldner eine außergerichtliche Sanierungs-/Verwertungsvereinbarung hinsichtlich der Immobilie geschlossen hat. Es ist daher dazu zu raten, zum einen in dieser Vereinbarung auch ausdrücklich eine erneute Mietabtretung zu vereinbaren. Zum anderen sollte der Gläubiger sich jedoch die Ansprüche des Schuldners auf Auskehr der Überschüsse gegen den Zwangsverwalter abtreten lassen und diese Abtretung dem Zwangsverwalter als Drittschuldner anzeigen (§ 407 BGB). Dadurch kann der Zwangsverwalter nur noch an die Bank mit schuldbefreiender Wirkung zahlen. Im vorliegenden Fall war dies unterlassen worden.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The work-out departments of banks and loan servicers like to use the threat potential of forced administration and foreclosure auction in order to convince debtors of a (mostly more effective) out-of-court realization. Compulsory execution measures are often applied for in this context with the expectation to withdraw or at least suspend these after an agreement with the debtor. The files of the compulsory execution courts are full with such “stop-and-go” proceedings and the facts underlying the decision are insofar extremely relevant for the practice.

The BGH now points out, however, that the old legal situation is not reestablished automatically by lifting the forced administration, but that the debtor is entitled to (potentially significant) surpluses that have arisen in the meantime.

This undesired result can be avoided through a corresponding arrangement: the creditor will regularly apply for a lifting of the forced administration only, if he has concluded an out-of court restructuring/realization agreement with the debtor for the real property. It is therefore first of all advisable to also include a renewed assignment of rents in this agreement. Secondly, the creditor should have the claims of the debtor against the administrator for distribution of the surpluses assigned to him and report this assignment to the administrator as third-party debtor (Section 407 BGB). As a consequence, the administrator can no only pay to the bank with debt-discharging effect. This had not been done in the present case.



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

Zur Insolvenzfestigkeit abgetreter Rückgewähransprüche von Grundschulden

BGH, Urteil vom 10. November 2011 – IX ZR 142/10

Wenn Banken Darlehensforderungen mit der Eintragung nachrangiger Grundschulden besichern, werden die Rückgewähransprüche des Eigentümers gegen den erstrangigen Grundschuldgläubiger üblicherweise an diese Bank abgetreten. Der BGH hat nun entschieden, unter welchen Bedingungen, im Falle einer Insolvenz des Schuldners, der auf den freigewordenen Grundschuldbetrag entfallende Veräußerungserlös der Insolvenzmasse und nicht dem nachrangigen Grundschuldgläubiger zufließt. Die Entscheidung verdeutlicht, warum ein abgetretener Rückgewähranspruch allein der Bank keine ausreichende Sicherheit bietet.

LEITSATZ

Die Sicherungsabtretung des Anspruchs auf Rückgewähr einer Grundschuld kann nur dann ein Recht auf abgesonderte Befriedigung im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Abtretenden begründen, wenn eine Revaluierung der Grundschuld ohne Zustimmung des Abtretungsempfängers nicht oder nicht mehr in Betracht kommt.

SACHVERHALT

Der Schuldner, über dessen Vermögen im Jahre 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, nahm im Jahre 1999 bei der Klägerin ein Darlehen auf. Dieses Darlehen wurde durch eine zweitrangige Grundschuld am Grundstück des Schuldners besichert. Zusätzlich hatte der Schuldner seine Ansprüche auf Rückgewähr der erstrangigen Grundschuld an die Klägerin abgetreten. Die Klägerin beantragte im Jahre 2004 die Zwangsversteigerung des

On the insolvency resistance of assigned land charge restitution claims

BGH, decision of November 10, 2011 – IX ZR 142/10

When a bank secures loan receivables by registering subordinated land charges, the restitution claims of the owner against the first-ranking land charge creditor are usually assigned to that bank. The German Federal Court of Justice (BGH) now decided, under which conditions, in the case of insolvency of the debtor, the realization proceeds attributable to the freed land charge amount passes to the assets under insolvency and not to the subordinated land charge creditor. The decision makes it clear, why an assigned restitution claim alone does not provide the bank with sufficient security.

HEAD NOTE

The assignment of the claim for retransfer of a land charge as security can lead to a right for segregated satisfaction during the insolvency proceedings for the assets of the assignor, if a re-extension of the loan secured by the land charge without the consent of the assignee can not or no longer be considered.

FACTS

The debtor, over whose assets insolvency proceedings were opened in 2005, took up a loan from the plaintiff in 1999. This loan was secured through a second-ranking land charge on the debtor's real property. In addition, the debtor had assigned his claims for retransfer of the first-ranking land charge to the plaintiff. In 2004, the plaintiff requested a foreclosure auction of the pledged real property and informed the first-ranking creditor of the assignment of the restitution claim

verpfändeten Grundstückes und teilte der erstrangigen Gläubigerin die Abtretung des ihr Recht betreffenden Rückgewähranspruchs mit. Die erstrangige Gläubigerin stimmte der Abtretung zu und trat dem Zwangsversteigerungsverfahren bei. Von dem erzielten Barerlös erhielt die Klägerin nach Abzug der Verfahrenskosten EUR 3.310, die erstrangige Gläubigerin EUR 138.078,81. Den Überschuss in Höhe von EUR 43.766,30 Euro kehrte diese Gläubigerin an die Beklagte als Verwalterin in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners aus.

Mit ihrer Klage verlangte die Klägerin den Überschussanteil abzüglich der Feststellungs- und Verwertungspauschalen in Höhe von noch EUR 19.913,67, die ihre Ansprüche im Insolvenzverfahren mit EUR 216.721,50 angemeldet hatte, von der Beklagten wegen ungerechtfertigter Bereicherung der Masse heraus.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG
Im Rahmen von Finanzierungen, bei denen die Darlehensforderung mit der Eintragung einer nachrangigen Grundschuld besichert wird, ist die Abtretung von Rückgewähransprüchen des Eigentümers gegen den erstrangigen Grundschuldgläubiger üblich. Dies dient dazu, den nicht mehr valutierenden Teil der Grundschuld, dem nachrangig besicherten Grundschuldgläubiger zuzuführen. Dieser nicht mehr valutierende Teil der Grundschuld entsteht in gleichem Maße, in dem der Schuldner durch Tilgung von der Darlehensforderung befreit wird; korrespondierend erwirbt der Eigentümer einen Rückgewähranspruch gegen den Grundschuldgläubiger. Dieser Rückgewähranspruch berechtigt je nach Lage des Falles zu einer Teil-Löschung der Grundschuld oder zur Auskehr des entsprechenden Erlöses in der Zwangsversteigerung¹. Durch Abtretung dieses Anspruches an einen Darlehensgeber kann der Eigentümer den entsprechenden Sicherungsgegenstand „wieder verwenden“ und damit die Position des nachrangig besicherten Gläubigers stärken.

¹ Der Rückgewähranspruch setzt sich an dem auf die Grundschuld entfallenden Versteigerungserlös fort (vgl. BGH ZfIR 2002, S. 411, 414.

concerning its right. The first-ranking creditor consented to the assignment and joined the foreclosure auction proceedings. Of the resulting cash proceeds, the plaintiff received EUR 3,310 after deducting the costs of the proceedings, and the first-ranking creditor received EUR 138,078.81. This creditor distributed the excess in an amount of EUR 43,766.30 to the defendant as administrator in the insolvency proceedings for the assets of the debtor.

With its lawsuit, the plaintiff, who registered its claims in the insolvency proceedings with EUR 216,721.50, demands the share of the excess amount minus the lump sums for determination and realization in an amount of EUR 19,913.67 from the defendant because of unjustified enrichment of the assets under insolvency.

CONTENT AND MATTER OF THE DECISION

In connection with financings, where the loan receivable is secured by registering a subordinated land charge, it is customary to assign restitution claims of the owner against the first-ranking land charge creditor. This serves to transfer the part of the land charge that no longer serves to secure the loan to the subordinated land charge creditor. This part of the land charge, which no longer secures the loan, grows by the same extent by which the debtor is released from the loan receivable through repayments; correspondingly, the owner gains a restitution claim against the land charge creditor. Depending on the particular situation, this restitution claim grants the right to a partial-deletion of the land charge or to a distribution of the corresponding proceeds during the foreclosure auction¹. By assigning this claim to a lender, the owner may “reuse” the corresponding collateral and thus strengthen the position of the subordinated creditor.

¹ The restitution claim continues to apply to the auction proceeds attributable to the land charge (cf. BGH ZfIR 2002, pg. 411, 414.

Der BGH hat nun entschieden, dass im Falle einer Insolvenz des Darlehensschuldners und Eigentümers, eine solche Abtretung des Rückgewähranspruches, per se nicht zu einer Vereinnahmung des Verwertungserlöses durch den Abtretungsempfänger berechtige. Vielmehr sei stets zu prüfen, ob ein Erwerbsverbot zugunsten der Insolvenzmasse greift. Gemäß § 91 InsO ist ein Erwerb von Rechten an Gegenständen der Insolvenzmasse nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht möglich. Obgleich die Abtretung – wie auch im vorliegenden Fall – vor diesem Zeitpunkt stattfand, kann das Erwerbsverbot greifen, wenn sich der Rechtserwerb bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht vollendet hat. Aufschiebende Bedingung eines Anspruches auf Rückgewähr einer Grundschuld ist die Tilgung der zugrunde liegenden Forderung. Bedient also der Darlehensschuldner diese Forderung, tritt mit jeder Zahlung eine Bedingung zur Entstehung eines Rückgewähranspruches – vorbehaltlich anderslautender Vereinbarungen – bereits in entsprechendem Umfang ein. Damit ist auch der Rechtserwerb durch den Abtretungsempfänger zunächst vollendet. Nach den Feststellungen des BGH, ist dies für einen Ausschluss des Erwerbsverbotes nach § 91 InsO jedoch nicht ausreichend. Entscheidend sei vielmehr, ob bereits eine gesicherte Rechtsstellung erlangt wurde oder nicht. Dies sei erst dann der Fall, wenn der Rechtserwerb nicht durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung wieder zunichte gemacht werden kann. Das sei hier aber gerade möglich. Denn solange der Sicherungsnehmer allein oder im Einvernehmen mit dem Sicherungsgeber die Grundschuld revalutieren kann, ohne dadurch den Inhalt des Rückgewähranspruches zu verändern, sei der Sicherungswert einer bestellten Grundschuld nicht endgültig aus dem Vermögen des Sicherungsgebers ausgeschieden. Eine solche Revalutierung sei nur dann nicht mehr möglich, wenn eine Grundschuld nur eine Forderung besichere (sogenannte „enge Sicherungszweckvereinbarung“) und diese Forderung vollständig erloschen sei. Bei einer weiten Sicherungszweckerklärung, die sämtliche, künftige Verbindlichkeiten des Schuldners erfassen kann, sei dies nur ausnahmsweise dann nicht mehr möglich, wenn die Geschäftsbeziehungen des Schuldners mit dem Grundpfandrechtsgläubiger beendet ist. So könne sich eine ursprünglich weite Sicherungszweckvereinbarung nach zweckentsprechender Auslegung auf die bestehende Restschuld konzentrieren, sofern die Aufnahme neuen Kredits

The BGH now decided that in the case of an insolvency of the borrower and owner, such an assignment of the restitution claim does not entitle the assignee to collect the realization proceeds by itself. Rather, it should always be examined, whether an acquisition prohibition for the benefit of the assets under insolvency applies. Pursuant to Section 91 of the German Insolvency Act (InsO), an acquisition of rights in respect to assets under insolvency is not possible after the opening of insolvency proceedings. Even though the assignment – as in the present case – occurred prior to that point in time, the acquisition prohibition may apply, if the acquisition of the right has not been concluded by the time the insolvency proceedings are opened. Condition precedent of a claim for the retransfer of a land charge is the repayment of the underlying claim. So if the debtor fulfills this claim, a condition for the creation of a restitution claim – subject to a differing agreement – already occur to a corresponding extent with each payment. The acquisition of rights by the assignee is thereby also initially completed. According to the findings of the BGH, this is not sufficient for the exclusion of the acquisition prohibition pursuant to Section 91 InsO. It was rather decisive, whether a secured legal position had already been achieved or not. This was the case only when the acquisition of the right can no longer be frustrated again through the fulfillment of a condition subsequent. This in particular was possible here, however. Because for as long as the secured party can extend the loan secured by the land charge again alone or in agreement with the provider of the collateral without changing the content of the restitution claim thereby, the value of a land charge provided as security had not finally left the assets of the provider of collateral. Such an extension of the loan was no longer possible only where a land charge secured only one claim (so-called “narrow security purpose agreement”) and this claim had been fully extinguished. In the case of a wide security purpose agreement, which may cover all, future liabilities of the debtor, this was no longer possible as an exception only if the business relationships between the debtor and the real property lien creditor has ended. Accordingly, an originally wide collateral purpose agreement might focus on the existing residual debt, if interpreted according to the purpose, so that taking up new loans was out of the question. This had to be examined always, according to the BGH. Since this had not been ascertained

nicht mehr in Frage komme. Dies sei stets zu prüfen, so der BGH. Weil dies im vorangegangenen Verfahren (vgl. OLG Celle, NZI 2010, 769) nicht festgestellt worden war, verwies der BGH mit einer dahingehender Aufforderung an das OLG Celle zurück.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Das Urteil bedeutet eine Abkehr von der Rechtsprechung des BGH zur Vorgängervorschrift des § 15 KO (vgl. BGH, NJW 1977, 247), wonach man von einer gesicherten Rechtstellung des Abtretungsempfängers ausging, sobald die aufschiebende Bedingung des Rückgewähranspruches durch Tilgung der zugrundeliegenden Forderung eingetreten war. Darlehensgeber, die Finanzierungen über nachrangige Grundschulden besichern, können sich auf die in dem Urteil dargelegten Konsequenzen dennoch einstellen. Denn der Eintritt einer auflösenden Bedingung durch Revaluierung der vorrangigen Grundschuld, kann durch Abgabe sogenannter Einmalvaluierungserklärungen verhindert werden. Darin verpflichtet sich der vorrangige Gläubiger, die Grundschuld nicht für andere Forderung, als die zugrunde liegende Darlehensforderung zu verwenden. Die zu sichernde Forderung darf demnach die Höhe der derzeitigen Valutierung nicht übersteigen. Gibt der vorrangige Grundschuldgläubiger eine solche Einmalvaluierungserklärung ab, erwirbt der nachrangige Gläubiger im Rahmen der Abtretung der Rückgewähransprüche einen Anspruch auf Auskehrung des Überschusserlöses, der nicht durch einseitiges Handeln Dritter zerstört werden kann.

during the prior proceedings (cf. OLG Celle, NZI 2010, 769), the BGH referred it back to the Upper State Court Celle with a corresponding request.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The decision means that the BGH abandons its case law concerning the previous provision in Section 15 of the German Bankruptcy Code (KO) (cf. BGH, NJW 1977, 247), according to which a secured legal position of the assignee was assumed as soon as the condition precedent of the restitution claim was fulfilled through the repayment of the underlying claim. Lenders, who secure financings using subordinated land charges can nevertheless adapt to the consequences described in the decision. Because the fulfillment of a condition subsequent through a re-extension of the loan secured by the senior land charge can be prevented through the issuance of so-called one-time loan extension declarations. In it, the senior creditor undertakes to not use the land charge for claims other than the underlying loan receivable. The claim to be secured may accordingly not exceed the amount of the currently extended loan. If the senior land charge creditor issues such a one-time loan extension declaration, the subordinated creditor acquires a claim for distribution of the excess proceeds in connection with the assignment of the restitution claims, which cannot be destroyed through unilateral actions of third parties.



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



Matthias J. Meckert
Partner, Frankfurt
T: +49 69 7941 1761
mjmeckert@mayerbrown.com

Wesentliche Änderungen im Insolvenzrecht durch das „Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)“ – Auswirkungen auf Immobilienfinanzierung

Am 1. März 2012 ist das „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)“ in Kraft getreten. Im ESUG sind mehrere Reformvorhaben zum Insolvenzrecht zusammengefasst, die erhebliche Auswirkungen auf die tägliche Praxis erwarten lassen. Insgesamt dürfte damit die Planbarkeit und Vorhersehbarkeit von Insolvenzverfahren in Deutschland erheblich zunehmen. Nachfolgend sind die wichtigsten Neuerungen und ihre Auswirkungen für Immobilienfinanzierung kurz dargestellt.

VORLÄUFIGER GLÄUBIGERAUSSCHUSS

Eines der zentralen Anliegen des ESUG ist die Stärkung des Einflusses der Gläubiger auf das Insolvenzverfahren. Die Insolvenzgerichte sind nunmehr zur Einrichtung eines vorläufigen Gläubigerausschusses verpflichtet, sobald insolvente Schuldner wenigstens zwei der drei nachstehenden Merkmale erfüllen:

1. mindestens EUR 4,84 Mio. Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags im Sinne des § 268 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs;
2. mindestens EUR 9,68 Mio. Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag;
3. im Jahresdurchschnitt mindestens 50 Arbeitnehmer.

In den übrigen Fällen kann das Gericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss

The “Act for the Further Facilitation of the Restructuring of Companies (ESUG)” provides for significant changes to German insolvency law – impact of real estate financing

On March 1, 2012, the ESUG went into effect, which bundles several reformatory efforts with regard to German insolvency law and will likely have significant effects on the daily practice. Overall, the ability to plan and to predict the outcome of insolvency proceedings in Germany should increase considerably. The following is a brief description of the most important elements of the reform having an impact of real estate financing.

PRELIMINARY CREDITORS’ COMMITTEE

One of the core goals of the ESUG is to strengthen the influence of creditors on the insolvency proceeding. The insolvency courts are now required to appoint a preliminary creditors’ committee if the debtor fulfills at least two of the following three criteria:

1. a balance sheet total of at least EUR 4.84 million after the deduction of negative equity within the meaning of Section 268 para. 3 of the German Commercial Code (HGB);
2. sales revenues of at least EUR 9.68 million during the twelve months prior to the balance sheet date;
3. an annual average of at least 50 employees.

In the remaining cases, the court may appoint a preliminary creditors’ committee e.g. upon suggestion of the creditors. The aforementioned preliminary creditors’ committee obtains

z. B. auf Anregung der Gläubiger bestellen. Der vorgenannte vorläufige Gläubigerausschuss erhält ein wichtiges Mitspracherecht bei der Auswahl des Insolvenzverwalters sowie bei der Anordnung einer möglichen Eigenverwaltung. So kann er dem Insolvenzgericht bestimmte Anforderungen an die zu bestellende Person des Insolvenzverwalters aufgeben. Schlägt der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig eine Person als Insolvenzverwalter vor, ist das Gericht hieran gebunden, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht ungeeignet ist (z. B. aufgrund fehlender Unabhängigkeit oder mangelnder Qualifikation).

Bei der Finanzierung einer Immobilienzweckgesellschaft (z. B. GmbH & Co. KG als Vehikel) bleibt der Gläubigerausschuss meist übersichtlich: Senior- evtl. Junior/Mezzanine-Finanzierer, evtl. Steuerbehörden, Bauhandwerker und Immobiliendienstleister. Die bei operativen Gesellschaften üblichen Gewerkschaften, Betriebsräte und Sozialversicherungsträger entfallen in der Regel. Dementsprechend kann ein Gleichlauf der Interessen einfach hergestellt werden und gemeinsam ein Insolvenzverwalter vorgeschlagen werden. Erfahrung und Netzwerke in der Immobilienbranche, im internationalen Finanzierungsgeschäft und englische Sprachkenntnisse können nun als Anforderungen formuliert werden und damit die bisher wenig transparente Zuteilung durch die Insolvenzgerichte abgelöst werden.

INSTITUT DER EIGENVERWALTUNG

In der Vergangenheit führte die Insolvenzantragstellung regelmäßig zur Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters. Die Geschäftsführung des insolventen Unternehmens blieb in der Regel formal im Amt, konnte jedoch nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Verwalters handeln. Spätestens mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurde die Geschäftsführung dann endgültig durch den Insolvenzverwalter ersetzt. Die auch schon bisher bestehende Möglichkeit des Schuldners, das Insolvenzverfahren, und mithin die Sanierung des Unternehmens, in Eigenverwaltung durchzuführen, wurde von den Gerichten nur in Ausnahmefällen zugelassen.

Unter dem ESUG soll die Eigenverwaltung gestärkt werden. So wird dem Schuldner einfacher als bisher ermöglicht, die Sanierung in Eigenregie – unter Aufsicht eines Sachwalters – durchzuführen. Das Gericht

an important say in the selection of the insolvency administrator as well as in ordering of a possible self-administration. For instance, the preliminary creditors' committee may instruct the insolvency court to determine certain requirements to be fulfilled by the insolvency administrator. In the event that the preliminary creditors' committee proposes an individual unanimously, the insolvency court is bound to this, provided that the proposed individual is not unsuitable for assuming the position (e.g., if he is not impartial or lacks qualification).

When financing a real estate SPV (e.g. GmbH & Co. KG as vehicle), the creditors' committee often remains manageable: senior and, if applicable, junior/mezzanine creditors, if applicable, tax authorities, builders, and real estate service providers. Unions, works councils, and social security carriers, which usually have to be dealt with in the case of operating companies, regularly do not exist. Accordingly, it is simple to align the interests and jointly propose an insolvency administrator. Experience and networks in the real property industry, in the international financing business, and command of the English language can now be formulated as requirements, replacing the previously rather hardly transparent assignment by the insolvency courts.

SELF-ADMINISTRATION

In the past, the filing for insolvency usually led to the appointment of a preliminary insolvency administrator. While, as a rule, the management of the insolvent company formally remained in office, it could only act with the consent of the preliminary insolvency administrator. At the latest upon the opening of insolvency proceedings, the management was fully replaced by the insolvency administrator as executive body. The debtor's option to self-conduct the insolvency proceeding and to restructure the company in self-administration – an option that had already existed under the former regime – was with rare exceptions generally denied by the courts.

The ESUG aims to strengthen the institution of self-administration. Easier than before, the management of the debtor shall have the possibility to conduct the restructuring itself while being supervised by an insolvency trustee. The court may only reject a petition for the ordering of self-administration, if circumstances are known that lead to the expectation

darf die Anordnung einer beantragten Eigenverwaltung nur dann verweigern, wenn Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen würde. Auch hier wird die vorgenannte Stärkung der Möglichkeit des Gläubigerausschusses zur Einflussnahme deutlich: Unterstützt der vorläufige Gläubigerausschuss den Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung einstimmig, so kann das Gericht den Antrag nicht mehr ablehnen.

Während eine Eigenverwaltung bei operativ tätigen Gesellschaften im Hinblick auf eine Fortführung durchaus sinnvoll sein kann, ist dies bei Immobilienzweckgesellschaften eher zweifelhaft, da dort das Ziel meist die schnellstmögliche Liquidation der Immobilien ist. Gläubiger sollten sich frühzeitig eine Meinung darüber bilden, ob sie eine Eigenverwaltung unterstützen, oder ob sie ausreichend Argumente finden, die eine erwartete Gläubigerbenachteiligung (und damit Ablehnung der Eigenverwaltung) begründen könnten. Insbesondere, wenn das Vertrauensverhältnis zum Darlehnsnehmer und seinen Asset-Management-Fähigkeiten gestört ist, sollten Gläubiger eine Eigenverwaltung nicht unterstützen.

SCHUTZSCHIRMVERFAHREN

Darüber hinaus führt das ESUG mit dem „Schutzschirmverfahren“ ein neues Konzept in die Insolvenzordnung ein mit dem Ziel, eine möglichst frühzeitige Insolvenzantragstellung zu fördern und dadurch die Chance auf eine Sanierung zu erhöhen. Stellt der Schuldner den Eröffnungsantrag bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder wegen Überschuldung (jedenfalls nicht erst bei bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit) und beantragt die Eigenverwaltung, und ist die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos, so bestimmt das Insolvenzgericht auf Antrag des Schuldners eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans. Während dieser Frist, die höchstens drei Monate betragen darf, kann sich der Schuldner unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters und, bei entsprechendem Antrag, „geschützt“ von Vollstreckungsmaßnahmen auf die Sanierung konzentrieren und in Eigenverwaltung einen Sanierungsplan ausarbeiten. Dieser kann anschließend als Insolvenzplan umgesetzt werden.

that the appointment of self-administration could negatively affect the creditors' position. Here, the aforementioned strengthening of the creditors' committee's ability to influence the proceeding becomes apparent again: In the event that the preliminary creditors' committee supports the debtor's petition for self-administration unanimously, the court cannot reject such petition.

While self-administration may indeed make sense for operating companies considering their continuation, this appears rather doubtful in the case of real estate SPVs, since in most cases, the goal is to liquidate the real property in the quickest way possible. Creditors should decide early on, whether they support self-administration or whether they find sufficient arguments, which could substantiate the expectation that creditors' rights could be affected negatively (thereby rejecting self-administration). Particularly if the faith in the borrower and his asset management capabilities is disturbed, creditors should not support self-administration.

UMBRELLA PROCEEDING

Furthermore, the ESUG introduces a new concept into the German insolvency code. The purpose of the so called “Umbrella Proceeding” is to encourage earlier filings for the opening of insolvency proceedings, thereby increasing the chances for a successful restructuring. If this filing is made on the basis of impending illiquidity or over-indebtedness (in any event not after illiquidity has already occurred) and if it is accompanied by a petition for self-administration, then the insolvency court will upon further application by the debtor grant a period for the presentation of an insolvency plan provided that the planned restructuring is not evidently futile. During such period, which may last for a maximum period of three months, the debtor can concentrate on the restructuring and can prepare a restructuring plan in self-administration under the supervision of a preliminary insolvency trustee while enjoying protection from all enforcement measures. This restructuring plan can subsequently be used as an insolvency plan.

Künftig werden im Rahmen eines Insolvenzplans vorgesehene Kapitalmaßnahmen auch gegen den Willen der Gesellschafter möglich sein. So werden die Anteilseigner zukünftig im Rahmen der Abstimmung über einen Insolvenzplan eine selbständige Gruppe darstellen, die über den Plan abzustimmen hat. Jedoch wird auch im Falle einer Ablehnung des Plans durch die Gruppe der Anteilseigner die Zustimmung dann als erteilt angesehen, wenn – vereinfacht gesagt – die Anteilseigner wirtschaftlich als Folge des Insolvenzplans nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne Insolvenzplan stünden.

Auf diese Art und Weise stehen für den Insolvenzplan zukünftig eine Vielzahl von Sanierungsmaßnahmen zur Verfügung. So kann jede gesellschaftsrechtlich zulässige Maßnahme vorgesehen werden, einschließlich der Umwandlung von Forderungen von Gläubigern (mit Ausnahme von Steuerforderungen des Fiskus) in Geschäftsanteile am Schuldnerunternehmen („Debt-Equity-Swap“), der Übertragung von Geschäftsanteilen auf Gläubiger oder der Herabsetzung und anschließenden Erhöhung des Stammkapitals zum Abfangen von Verlusten.

Dies ermöglicht bei Immobilienfinanzierungen völlig neue Exit-Strategien, da nun vereinfacht neue Eigenkapitalsponsoren eingebracht werden können und eine Neustrukturierung der Kapitalstruktur über den Weg der Insolvenz möglich ist. Denkbar sind hierbei Szenarien, in denen Gläubiger frühzeitig mit dem Insolvenzverwalter einen Insolvenzplan mit dem Ziel des Austausch der Eigenkapitalgeber vorlegen.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Änderungen des ESUG geben Gläubigern und Schuldnern mehr Gestaltungsrechte- und -optionen. Sie erfordern jedoch einen aktiven und entscheidungsfreudigen Gläubigervertreter. Gerade zu Beginn des Verfahrens (z. B. im vorläufigen Gläubigerausschuss) werden kurzfristig die wichtigsten Entscheidungen getroffen. Gläubiger sollten daher rechtzeitig mögliche Vertreter für den Gläubigerausschuss parat haben, eine Liste mit potentiellen Insolvenzverwaltern führen und frühzeitig Kontakt mit dem Insolvenzgericht suchen, sonst kann der Schuldner schnell das Verfahren dominieren.

In the future, measures which affect the capital structure of the insolvent company will be possible within the framework of an insolvency plan even against the will of shareholders. Shareholders will in future constitute a separate group for the purpose of voting on a draft insolvency plan. However, even in case the insolvency plan is rejected by the shareholders, the approval will be deemed given if, to state it in simple terms, the shareholders are economically not worse off as a consequence of the insolvency plan than they would be without it.

In future, a whole array of restructuring measures can be provided for under an insolvency plan. Every measure which is permitted under corporate law, including, without limitation, the conversion of creditor claims (with the exception of tax claims from the tax authorities) into equity of the insolvent company (“debt equity swap”), the transfer of shares in the company to creditors, or the reduction and subsequent increase of the statutory capital by issuing new shares in order to absorb losses can be made part of such plan.

This makes entirely new exit strategies possible for real estate financing, since new equity sponsors can be brought in much easier and it is now possible to restructure the capital structure through insolvency. Scenarios are conceivable here, where creditors submit an insolvency plan together with the insolvency administrator early on with the goal of replacing the equity providers.

SUMMARY

The changes by the ESUG provide creditors and debtors with more structuring rights and options. However, they require an active creditor representative who is not afraid to make decisions. The most important decisions are made at short notice particularly early on during the proceedings (e.g. in the preliminary creditors’ committee). Creditors should therefore have potential representatives for the creditors’ committee available, maintain a list with potential insolvency administrators, and initiate contact with the insolvency court early on, otherwise the debtor will quickly be able to dominate the proceedings.

ELMAR GÜNTHER, MAÎTRE EN DROIT
ASSOCIATE, FRANKFURT

Elmar Günther berät nationale und internationale Investoren und Banken bei ihren Immobilien-Investitionen in Deutschland. Sein Beratungsschwerpunkt liegt in den Bereichen Immobilientransaktionen und Immobilienfinanzierung.

DR. JÜRGEN STRENG
PARTNER, DÜSSELDORF

Dr. Jürgen Streng ist Partner im Bereich im Immobilienrecht im Düsseldorfer Büro von Mayer Brown. Er berät umfassend zu allen Rechtsgebieten des Zivilrechts rund um die Immobilie. Jürgen Streng vertritt nationale und internationale Mandanten sowie Immobilienunternehmen, die in deutsche Immobilien investieren möchten oder deutsche Immobilien besitzen. Sein Schwerpunkt liegt auf Transaktionen, Projektentwicklung und Hotels. Darüber hinaus berät Jürgen Streng im Energiebereich, insbesondere im Anlagenbau. Er ist zudem Mitglied der internationalen Hospitality & Leisure Practice.

MATTHIAS J. MECKERT
PARTNER, FRANKFURT

Matthias Meckert berät Investoren und Banken bei ihren (meist grenzüberschreitenden) Investitionen in deutsche Immobilien. Er verfügt über langjährige Erfahrung mit unterschiedlichen Typen von Immobilieninvestments (direkt und indirekt, sale-and-lease-back etc.) und Immobilienfinanzierungsstrukturen. Zudem bietet er umfassende Strategien zur Restrukturierung von Immobiliendarlehen einschließlich CMBS-Strukturen, sowie zu Immobilien in der Krise.

ELMAR GÜNTHER, MAÎTRE EN DROIT
ASSOCIATE, FRANKFURT

Elmar Günther advises national and international investors and banks in their investments in German real estate. He advises on real estate transactions and on real estate finance.

DR. JÜRGEN STRENG
PARTNER, DÜSSELDORF

Dr. Jürgen Streng is a partner in the Düsseldorf office of Mayer Brown's Real Estate practice. He advises in all fields of civil law regarding the real estate sector. Jürgen represents national and international clients as well as real estate companies which are willing to invest in German real estate or are owning German real estate. His focus is on transactions, project development and hotels. In addition, Jürgen offers consulting services in the energy sector, primarily in plant production. Furthermore, he is a member of the international Hospitality & Leisure Practice.

MATTHIAS J. MECKERT
PARTNER, FRANKFURT

Matthias Meckert advises investors and banks in their (mostly cross-border) investments in German real estate. He is respected for his thorough experience of various types of real estate investments (direct and indirect, sale-and-lease-back etc.) and of real estate finance structures. In addition, he provides comprehensive strategies on restructuring of real estate loans including CMBS structures, as well as on distressed real estate assets.

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. 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.

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.

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.

About Mayer Brown

Mayer Brown is a global legal services organization advising clients across the Americas, Asia and Europe. Our presence in the world's leading markets enables us to offer clients access to local market knowledge combined with global reach.

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

OFFICE LOCATIONS

AMERICAS

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

ASIA

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

EUROPE

- Brussels
- Düsseldorf
- Frankfurt
- London
- Paris

TAUIL & CHEQUER ADVOGADOS

in association with Mayer Brown LLP

- São Paulo
- Rio de Janeiro

ALLIANCE LAW FIRM

- Spain (Ramón & Cajal)

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

Mayer Brown is a global legal services provider comprising legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe - Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorized and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated entities in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

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

© 2012. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.

