

# Real Estate

## Aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechung *Recent Developments and Decisions*

- 2 Verschärfung der Regelungen bei Strukturen zur Vermeidung deutscher Grunderwerbsteuer – „RETT-Blocker“  
Tightening of the rules for structures aimed at avoiding German real estate transfer tax – „RETT-Blocker“
- 6 Schriftform und kein Ende  
Written form with no end in sight
- 9 Übergang des Arbeitsverhältnisses des Hausverwalters beim Erwerb einer Immobilie  
Transfer of the employment relationship of the property manager when a real property is acquired
- 13 Zur Schadensersatzpflicht des erstrangigen Grundschuldgläubiger bei Übertragung der Grundschuld an Dritte  
On the liability of the first-ranking land charge creditor for damages in the case of a transfer of the land charge to third parties



Dr. Ingo Kleutgens  
Partner, Frankfurt  
T +49 69 7941 1591  
ikleutgens@mayerbrown.com



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

Verschärfung der Regelungen bei Strukturen zur Vermeidung deutscher Grunderwerbsteuer – „RETT-Blocker“

**Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Amtshilferichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz – „*AmtshilfeRLUmsG*“) wurden unter anderem die gesetzlichen Regelungen zur Grunderwerbsteuer verschärft. Das *AmtshilfeRLUmsG* beinhaltet nun auch die schon länger geplante Gesetzesänderung im Grunderwerbsteuerrecht zur Vermeidung sogenannter „RETT-Blocker“-Strukturen. Im Gegenzug zu dieser Verschärfung der gesetzlichen Regelung wurden die Möglichkeiten von grunderwerbsteuerrechtlich neutralen Umstrukturierungen im Konzern nach § 6a GrEStG erweitert. Die neuen Regelungen zur Grunderwerbsteuer finden auf Erwerbsvorgänge Anwendung, die ab dem 7. Juni 2013 verwirklicht werden.**

„ALTE“ RETT-BLOCKER-STRUKTUR  
Nach alter Rechtslage stellten nur der unmittelbare Rechtsträgerwechsel von inländischen Grundstücken (§ 1 Abs. 1 und 2 GrEStG) und die Übertragung von Anteilen an grundbesitzhaltenden Personen- und Kapitalgesellschaften (§ 1 Abs. 2a und 3 GrEStG) einen Vorgang dar, der grundsätzlich der Grunderwerbsteuer unterliegt.

Für die Fälle der Anteilsvereinigung bei Personen- und Kapitalgesellschaften nach § 1 Abs. 2a und 3 GrEStG hatte nach bisheriger gesetzlicher Regelung ausschließlich eine zivilrechtliche Betrachtung zu erfolgen und es war auf die Mitberechtigung der (unmittelbaren und mittelbaren) Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen abzustellen.

Tightening of the rules for structures aimed at avoiding German real estate transfer tax – „RETT-Blocker“

**By the Law Implementing the Administrative Cooperation Directive and to Change Tax Provisions (Administrative Cooperation Directive Implementation Act – „*AmtshilfeRLUmsG*“) inter alia, the rules regarding real estate transfer tax law have been tightened. This *AmtshilfeRLUmsG* now finally also includes the long-planned legal change to the real estate transfer tax law in order to prevent so-called „RETT-Blocker“ structures. In return to this tightening of the law, the possibilities for real estate transfer tax neutral intra-group restructurings pursuant to Section 6a GrEStG were extended. The real estate transfer tax rules apply to all acquisitions realized from June 7, 2013.**

„OLD“ RETT-BLOCKER STRUCTURE  
Under the old legal situation, only the direct change of the legal owner of domestic real properties (Section 1 paragraph 1 and 2 GrEStG) and the transfer of interest in partnerships and corporations holding real properties (Section 1 paragraph 2a and 3 GrEStG) constituted an event, which is generally subject to real estate transfer tax.

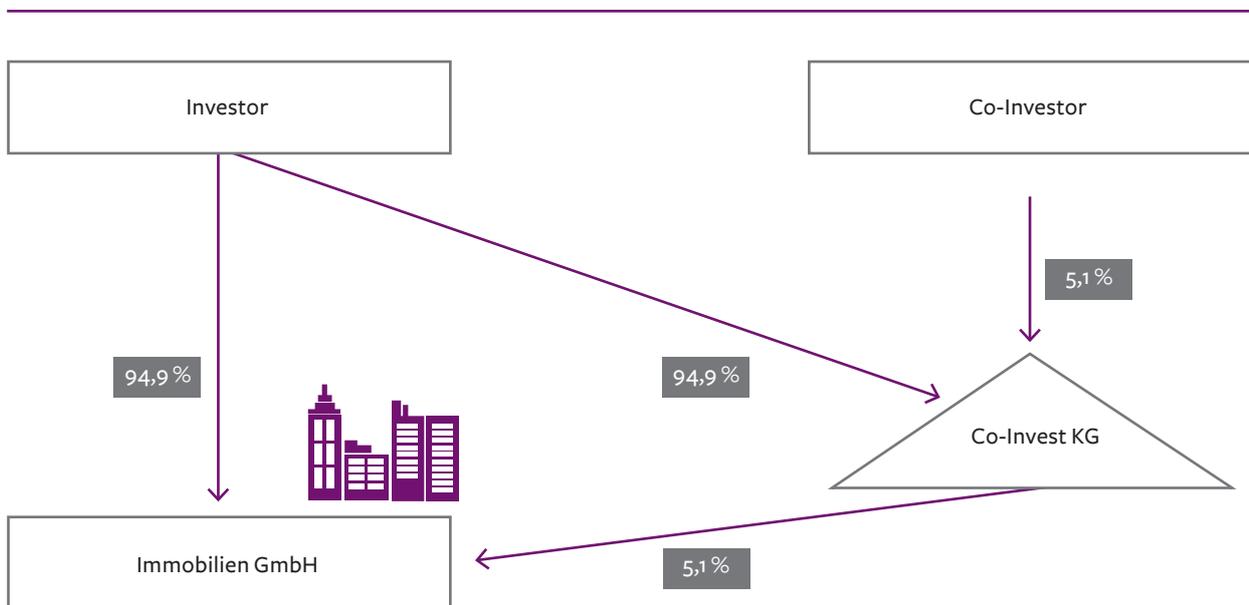
For cases where interests in partnerships and corporations are combined in accordance with Section 1 paragraph 2a and 3 GrEStG, the evaluation under the old rule was exclusively based on civil law, where the joint right of the (direct or indirect) shareholders/partners to the company's assets was decisive. The evaluation

Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise erfolgte bisher nicht.

Unter Berücksichtigung dieser Regelungen wurde regelmäßig die folgende Struktur implementiert, um bei einem (teilweisen) Anteilseignerwechsel den Anfall von Grunderwerbsteuer zu vermeiden (sogenannte „RETT-Blocker“-Struktur). Bei einer solchen RETT-Blocker-Struktur erwarb ein Investor bis zu 94,9 Prozent der Anteile an einer inländischen grundbesitzhaltenden Kapitalgesellschaft (Immobilien GmbH). Die übrigen Anteile wurden von einer Personengesellschaft (Co-Invest KG) gehalten. An der Personengesellschaft war der Investor wiederum mit bis zu 94,9 Prozent und ein (vom Investor fremder, unabhängiger) Co-Investor an den restlichen Anteilen in Höhe von 5,1 Prozent beteiligt.

had so far not been based on an economic perspective.

Under these rules, the following structure was regularly implemented in order to avoid real estate transfer tax from accruing in the case of a (partial) change of shareholders/partners (so-called „RETT-Blocker“ structure). In the case of such a RETT-Blocker structure, an Investor acquired up to 94.9 percent of the shares in a corporation holding the domestic real estate (Immobilien GmbH). The remaining shares were held by a partnership (Co-Invest KG). In the partnership, the Investor again held up to 94.9 percent and a (third-party and independent from the Investor) Co-Investor held the remaining interests of 5.1 percent.



In dieser (vereinfachten) Grundstruktur fiel nach der alten Rechtslage keine Grunderwerbsteuer an. Denn zunächst liegt kein unmittelbarer Rechtsträgerwechsel eines inländischen Grundstücks nach § 1 Abs. 1 GrEStG vor, da auf Grund der zivilrechtlichen Betrachtungsweise der Erwerb von Anteilen an der grundbesitzhaltenden Gesellschaft nicht dem Erwerb des zivilrechtlichen Eigentums am Grundstück gleichgesetzt werden kann. Auch steht die Verwertungs-befugnis am Grundstück nur der Immobilien GmbH selbst zu und entsprechend liegt auch kein steuerbarer Vorgang nach § 1 Abs. 2 GrEStG vor.

In this (simplified) basic structure, no real estate transfer tax accrued under the old legal situation. Because first of all, no direct change of the legal owner of a domestic real estate exists pursuant to Section 1 paragraph 1 GrEStG, because from a civil law perspective, the acquisition of shares in the company holding the real estate cannot be equated to the acquisition of civil law ownership of the real estate. Also, only the Immobilien GmbH itself is entitled to realize the real estate and accordingly no taxable event pursuant to Section 1 paragraph 2 GrEStG exists either.

Schließlich ist der Vorgang nicht nach § 1 Abs. 3 GrEStG steuerbar, da der Investor nicht mindestens 95 Prozent der Anteile an der Immobilien GmbH erwirbt. Nach alter Rechtslage wurde dem Investor auch nicht anteilig die 5,1 Prozent-Beteiligung an der Co-Invest KG (94,9 Prozent von 5,1 Prozent) zugerechnet. Denn eine Zuordnung des Grundstücks zum Gesellschafter der zwischengeschalteten Personengesellschaft konnte nur dann erfolgen, wenn dem Gesellschafter alle Anteile an einer Personengesellschaft zuzurechnen sind. Eine darüber hinausgehende wirtschaftliche Betrachtungsweise war ausgeschlossen.

#### NEUREGELUNG WIRTSCHAFTLICHE ANTEILSVEREINIGUNG

Zur Bekämpfung der beschriebenen RETT-Blocker-Strukturen wird unter § 1 Abs. 3a GrEStG eine subsidiäre Neuregelung für die Fälle von Anteilsvereinigungen eingefügt. Mit dieser erfolgt die Einführung einer „wirtschaftlichen Beteiligung“ im Grunderwerbsteuerrecht.

Die Neuregelung fingiert eine Anteilsvereinigung im Sinne von § 1 Abs. 3 GrEStG, sofern unmittelbar und/oder mittelbar eine wirtschaftliche Beteiligung in Höhe von mindestens 95 Prozent an der inländischen grundbesitzhaltenden Gesellschaft erworben wird.

Unter Berücksichtigung dieser Neuregelung unterliegt die Implementierung der bisher üblichen RETT-Blocker-Struktur der Grunderwerbsteuer. Denn § 1 Abs. 3a GrEStG folgt wie beschrieben nicht der zivilrechtlichen Betrachtungsweise, sondern stellt auf die durchgerechnete Beteiligungshöhe ab. Entsprechend sind nach § 1 Abs. 3a S. 3 GrEStG für die Ermittlung der mittelbaren Beteiligung die Höhe der Anteile am Kapital oder am Vermögen der entsprechenden Gesellschaften zu multiplizieren. Damit hält der Investor 94,9 Prozent direkt an der Immobilien GmbH und 4,84 Prozent (94,9 Prozent von 5,1 Prozent) indirekt über die Co-Invest KG; insgesamt daher mit 99,74 Prozent (wirtschaftlich) mindestens 95 Prozent der Anteile an der Immobilien GmbH.

#### KRITIK UND AUSBLICK

Die Neuregelung ist in ihrem Anwendungsbereich sehr weit. Es könnten nunmehr auch Konstellationen und Strukturen erfasst sein, die nicht der Vermeidung von Grunderwerbsteuer dienen sollten und vom

Finally, the event is not taxable pursuant to Section 1 paragraph 3 GrEStG, since the Investor does not acquire at least 95 percent of the shares in the Immobilien GmbH. Under the old legal situation, the 5.1 percent participation in the Co-Invest KG (94.9 percent of 5.1 percent) was not attributed to the Investor either. Because the real estate could only be attributed to the member of the interposed partnership, if all shares in a partnership are to be attributed to a member. Any economic perspective beyond this was ruled out.

#### NEW RULE OF ECONOMIC COMBINATION OF SHARES

In order to combat the described RETT-Blocker structures, a new subsidiary rule for cases of share combinations is inserted under Section 1 paragraph 3a GrEStG. Thereby, an „economic participation“ was introduced into real estate transfer tax law.

The new rule creates a fictitious combination of shares or interests in the sense of Section 1 paragraph 3 GrEStG, if an economic participation of at least 95 percent is held directly or indirectly in the company holding the domestic real estate.

Taking into account this new rule, the implementation of the previously customary RETT-Blocker structure is subject to real estate transfer tax, since, as described, Section 1 paragraph 3a GrEStG is not based on the civil law perspective, but applies the accrued amount of the indirect and direct participation. Accordingly, the amounts of the interests in the capital or the assets of the respective companies have to be multiplied pursuant to Section 1 paragraph 3a sentence 3 GrEStG in order to determine the indirect participation. The Investor, who holds 94.9 percent in Immobilien GmbH directly and 4.84 percent (94.9 percent of 5.1 percent) indirectly via Co-Invest KG, thus holds 99.74 percent (economically), i.e. at least 95 percent of the shares in Immobilien GmbH.

#### CRITICISM AND OUTLOOK

The new rule has a very wide scope of application. Constellations and structures might also be included now, which were not meant to serve the avoidance of real estate transfer tax and were specifically excluded

Anwendungsbereich des GrEStG bisher gerade ausgenommen waren.

Darüber hinaus sind auch die Begrifflichkeiten der Vorschrift selbst in Teilen unklar. Fraglich ist danach insbesondere, ob unter den Begriff der wirtschaftlichen Beteiligung auch beteiligungsähnliche Rechte oder sonstige schuldrechtliche Elemente fallen. Grundsätzlich sollte davon ausgegangen werden können, dass § 1 Abs. 3a S. 2 und 3 GrEStG den Begriff der wirtschaftlichen Beteiligung mit „Vomhundert-sätze am Kapital oder am Vermögen der Gesellschaft“ abschließend definiert und daher die genannten ähnlichen Rechte nicht erfasst sind.

Es wäre zumindest wünschenswert, wenn innerhalb kurzer Frist eine Stellungnahme beziehungsweise Klarstellung durch die Finanzverwaltung bezüglich der unklaren Punkte veröffentlicht würde. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass die einzelnen Bundesländer derzeit die Erhöhung der jeweiligen Grunderwerbsteuersätze vorantreiben. Daher haben Investoren ein erhöhtes Interesse an Rechtsklarheit, um entweder alternative Gestaltungen zu wählen oder entsprechende Ausgaben für Grunderwerbsteuer in ihren Investments zu berücksichtigen.

from the scope of the real estate transfer tax law before.

In addition, the terminology of the provision itself is partially unclear. It is accordingly particularly questionable, whether the term of economic participation also includes rights that are similar to participations or other obligatory elements. Generally, it should be possible to assume that Section 1 paragraph 3a sentence 2 and 3 GrEStG define the term of economic participation with „participation in the capital or assets of the company“ conclusively and that the aforementioned similar rights are not included.

It would at least be desirable, if a statement or clarification from the tax authorities concerning the unclear issues would be published soon. This applies in particular in respect to the fact that the individual federal states currently pursue an increase of the respective real estate transfer tax rates. Thus, investors have an increased interest in legal clarity in order to either choose structuring alternatives or take corresponding expenses for real estate transfer tax into account in their investments.



Dr. Jörg Michael Lang  
Partner, Frankfurt  
T +49 69 7941 1095  
jlang@mayerbrown.com

## Schriftform und kein Ende

OLG Hamm, Urteil vom 26. April  
2013 – I-30 U 82/12

### LEITSATZ

1. Schriftformvorsorgeklauseln in Mietverträgen sind wirksam, auch wenn sie als Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart werden.

2. Der Erwerber eines Mietobjekts ist aus einer derartigen Schriftformklausel nicht verpflichtet, Mängel der Schriftform, die aus der Zeit zwischen Voreigentümer und Mieter stammen, nachträglich formgerecht abzuschließen.

3. Die Rechte aus einer Schriftformvorsorgeklausel gehen aufgrund einer konkludenten Abtretung derselben auf den Erwerber über.

### SACHVERHALT

Der Mieter und Beklagte schloss mit dem damaligen Eigentümer eines Grundstücks einen Mietvertrag über ein im Bau befindliches Hotelgebäude. Im Verlauf schlossen diese Parteien zwei Nachträge zum Mietvertrag. Später wurde das Objekt an den Kläger verkauft. Der Mieter kündigte schließlich das Mietverhältnis unter Berufung auf einen Mangel der Schriftform, worauf der Erwerber Feststellungsklage erhob mit dem Ziel festzustellen, dass der Mietvertrag fortbestehe und nicht vorzeitig beendet worden sei. Das Oberlandesgericht gab dieser Klage statt.

### INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Eines der rechtlich umstrittensten Themen im gewerblichen Mietrecht ist das sog. Schriftformerfordernis für Mietverträge. Diese Besonderheit des deutschen Mietrechts, die insbesondere bei ausländischen Investoren immer wieder zu Unverständnis führt, hat zugleich wichtige wirtschaftliche

## Written form with no end in sight

OLG Hamm, decision of April 26,  
2013 – I-30 U 82/12

### HEAD NOTE

1. Written form cure clauses in lease agreements will be effective, even if they are agreed as General Terms and Conditions.

2. The acquirer of a leased object is not obligated under such a written form clause to subsequently contract in the proper form because of written form defects originating from the period between prior owner and tenant.

3. The rights under a written form cure clause pass to the acquirer based on an implicit assignment of these rights.

### FACTS

The defendant tenant entered into a lease agreement with the former owner of a real property for a hotel building under construction. Subsequently, these parties concluded two supplements to the lease agreement. The object was sold to the plaintiff later on. The tenant then terminated the lease by invoking a defect of the written form whereupon the acquirer filed an action for a declaratory judgment with the goal of determining that the lease continued to exist and had not been terminated prematurely. The Higher State Court (OLG) decided in favor of the plaintiff.

### CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

One of the most disputed subject matters in commercial tenancy law is the so-called written form requirement for lease agreements. This particularity of German tenancy law, which particularly causes incomprehension among foreign investors again and again, has important economic effects

Auswirkungen. In unserem Newsletter vom Frühjahr 2013 hatten wir zuletzt über eine andere Obergerichtliche Entscheidung berichtet und die Problematik ausführlich dargestellt. Im Wesentlichen geht es darum, dass Mietverträge mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr der Schriftform bedürfen (§ 550 Satz 1 BGB). Sind die wesentlichen Vereinbarungen der Parteien nicht in einer Urkunde aufgenommen worden, so gilt der Vertrag als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann mit gesetzlicher Frist gekündigt werden (§ 550 Satz 2 BGB). Dieses Risiko soll durch sog. „Schriftformvorsorgeklauseln“, auch „Heilungsklauseln“ genannt, vermieden werden. Danach sollen die Parteien sich nicht auf eine etwaige Schriftformwidrigkeit berufen können sondern sind vielmehr verpflichtet, diese nachträglich herzustellen. Bis heute fehlt eine Höchstrichterliche Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Frage der Wirksamkeit derartiger Schriftformvorsorgeklauseln. Hier setzt die Entscheidung des OLG Hamm ein deutliches Zeichen. Es führt aus, dass solche Klauseln auch dann wirksam sind, wenn sie – wie üblich – als Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart wurden. Nach Auffassung des Senats sei die Klausel weder überraschend noch benachteilige sie die Beteiligten unangemessen, was jeweils wegen Verstoßes gegen § 305c bzw. § 307 Abs 2 Nr. 1 BGB zur Unwirksamkeit der Klausel führen könnte. Im gewerblichen Bereich seien solche Klauseln nicht ungewöhnlich, weshalb mit ihnen zu rechnen sei. Sie sei auch nicht unangemessen wegen einer Umgehung des zwingenden Charakters der Schriftformregeln. Der Senat verweist auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach Parteien eines mündlich abgeschlossenen Mietvertrages vereinbaren können, dass dieser später schriftlich abgeschlossen wird. Deshalb solle auch mittels einer Schriftformvorsorgeklausel ein Anspruch auf Abschluss eines formwirksamen Mietvertrages vereinbart werden können. Den Umstand, dass durch solche Klauseln das Recht auf Kündigung nach § 550 BGB ausgeschlossen wird, hält der Senat nicht für problematisch, da es sich insoweit um eine Folge des allgemeinen Treuwidrigkeitseinwands nach § 242 BGB handele. Schließlich sei die Klausel auch im Verhältnis zu einem Erwerber nicht unangemessen, weil dieser nicht daraus verpflichtet sein könne, eine von ihm selbst nicht veranlasste Vereinbarung formwirksam abzuschließen.

at the same time. In our spring 2013 Newsletter, we reported about a different high-court decision and explained the problem in detail. Essentially, the issue is that lease agreements with a term of more than one year require the written form (Section 550 sentence 1 BGB). If the essential understandings between the parties are not recorded within a written instrument, the contract will be deemed concluded for an unspecified period of time and may be terminated upon the statutory notice period (Section 550 sentence 2 BGB). So-called „written form cure clauses“, also referred to as „remedial clauses“, are aimed at avoiding this risk. Accordingly, the parties are supposedly no longer able to invoke any violations of the written form, but are rather required to establish the written form subsequently. So far, there is no high-court decision by the German Federal Court of Justice (BGH) on the validity of such written form cure clauses. The decision by the OLG Hamm sets a clear signal here. It states that such clauses are effective even in case – as usual – they were agreed as general terms and conditions of contract. According to the view of the court, the clause was neither surprising nor unreasonably discriminating against the participants, which could lead to an ineffectiveness of the clause because of a violation of Section 305c or, as the case may be, Section 307 paragraph 2 no. 1 BGB. Such clauses were not unusual in the commercial field, which is why they were to be expected. They were not unreasonable either because of a circumvention of the mandatory character of the written form rules. The Senate refers to the established case law of the German Federal Court of Justice, according to which the parties to an orally concluded lease agreement can agree to conclude it in writing later on. Therefore, it is also supposed to be possible to agree on a claim for the conclusion of a formally-effective lease agreement. The fact that the right to terminate pursuant to Section 550 BGB is ruled out by such clauses is considered unproblematic by the Senate, since this constitutes a consequence of the general objection of bad faith pursuant to Section 242 BGB. Finally, the clause was not unreasonable in relation to the acquirer either, since the latter could not be obligated based on it to conclude an agreement, which was not initiated by him, in a formally effective way.

Ein weiterer Teil der Ausführungen befasst sich mit der Frage, ob ein Erwerber die Ansprüche aus der an sich wirksamen Heilungsklausel geltend machen kann. Zwar tritt ein Erwerber nach § 566 BGB kraft Gesetzes in einen bestehenden Mietvertrag ein. Dies gilt aber nicht für die vor dem Erwerb bestehenden Pflichten und ist für die korrespondierenden Rechte auf Grund der Schriftformklausel zumindest zweifelhaft. Der Senat führt dazu aus, dass jedenfalls im vorliegenden Fall von einer stillschweigenden Abtretung der sich aufgrund der Schriftformklausel ergebenden Ansprüche auf den Erwerber auszugehen sei. Daher könne der Erwerber die Ansprüche aus der Heilungsklausel dem Mieter gegen über geltend machen.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Entscheidung des OLG Hamm ist zu begrüßen, weil sie sich ausführlich mit der Frage nach der Wirksamkeit von Heilungsklauseln befasst und diese mit gewichtigen Argumenten bejaht. Dabei geht das Urteil auf neue Aspekte ein, die in der Diskussion bisher kaum beachtet wurden. Nicht hoch genug gewürdigt werden muss auch die klare Erkenntnis der Marktüblichkeit solcher Klauseln und der wirtschaftlichen Gründe für die weite Verbreitung. Es ist zu hoffen, dass der Bundesgerichtshof sich dieser Auffassung anschließen wird. Angreifbar erscheint das Urteil vor allem im Hinblick auf die Ausführungen zur stillschweigenden Abtretung der Ansprüche aus Heilungsklauseln auf einen Erwerber. Hier sind Zweifel durchaus angebracht, ob diese Rechtsansicht einer höchstrichterlichen Nachprüfung Stand hielte. Einstweilen sollte daher in der Beratungspraxis im Interesse eines Erwerbers im Kaufvertrag über ein vermietetes Objekt eine ausdrückliche Abtretung von Ansprüchen aus solchen Heilungsklauseln aufgenommen werden. Damit wird das Risiko vermieden, dass ein anderes Gericht dem Argument von einer stillschweigenden Abtretung der Ansprüche nicht folgt.

Another part of the deliberations is centered around the question of whether or not an acquirer may assert the claims based on the valid remediation clause. Even though an acquirer enters into an existing lease agreement pursuant to Section 566 BGB by action of law, this does not apply to duties existing prior to the acquisition and is at least doubtful regarding the corresponding rights based on the written form clause. The court states in this regard that at least in the present case, an implicit assignment of the claims resulting from the written form clause to the acquirer had to be assumed. Therefore, the acquirer was able to assert the claims based on the remediation clause against the tenant.

#### IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The decision of the OLG Hamm is to be welcomed, because it deals extensively with the question of effectiveness of remediation clauses and affirms these with substantial arguments. The decision addresses new aspects in this context, to which hardly any attention had been paid in the discussion so far. The clear recognition that such clauses are customary on the market and of the economic reason for the wide adaptation cannot be valued highly enough. It remains to be hoped that the German Federal Court of Justice (BGH) will support this position. The decision appears contestable primarily in respect to the statements regarding the implicit assignment of the claims from remediation clauses to an acquirer. Doubts as to whether this legal assessment will stand up to a high-court review are certainly appropriate here. In practice, an explicit assignment of claims based on such remediation clauses should therefore be included in the purchase agreement in the interest of the acquirer for now. This avoids the risk that a different court does not follow the argument of an implicit assignment of the claims.



Gelena Yufa, LL.M.  
Associate, Frankfurt  
T +49 69 79411027  
gyufa@mayerbrown.com

## Übergang des Arbeitsverhältnisses des Hausverwalters beim Erwerb einer Immobilie

BAG, Urteil vom 15. November 2012 – 8AZR 683/11

### LEITSATZ

Das von einem Hausverwaltungsunternehmen verwaltete Grundstück stellt kein Betriebsmittel dieses Unternehmens dar. Vielmehr ist es das Objekt der Verwaltungstätigkeit. Die Arbeitsverhältnisse der mit der Grundstücksverwaltung betrauten Arbeitnehmer des Hausverwaltungsunternehmens gehen deshalb nicht im Wege eines Betriebsübergangs auf den Erwerber der verwalteten Immobilie über.

### SACHVERHALT

Die Parteien streiten sich darüber, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers im Wege eines Betriebsübergangs auf die beklagte Stadt übergegangen ist. Der Kläger war bei der A GmbH & Co. KG als technisch-kaufmännischer Sachbearbeiter in der Hausverwaltung tätig und in diesem Rahmen ausschließlich für die Verwaltung eines Büro- und Geschäftshauses in M zuständig. Zu den Aufgaben des Klägers zählten die Mietverwaltung, Überwachung der Instandhaltung des Objektes sowie die Interessenvertretung gegenüber Bauleitung, Behörden und Dritten.

Die Beklagte war mit 82 Prozent der vorhandenen Fläche Hauptmieterin des Gebäudes.

Nach dem Verkauf des Büro- und Geschäftshauses, das den einzigen Vermögensgegenstand der KG darstellte, an die Stadt wurde die KG liquidiert. Die Beklagte führte die bestehenden Mietverträge sowie die das Gebäude betreffenden Versorgungsverträge weiter. Die Verwaltung der Immobilie

Transfer of the employment relationship of the property manager when a real property is acquired

BAG, decision of November 15, 2012 – 8AZR 683/11

### HEAD NOTE

Real property managed by a property management company is not an operating resource of that company. Rather, it is the object of management activity. The employment relationships of the employees of the property management company managing the real property therefore do not pass to the acquirer of the managed real property by way of transfer of operations.

### FACTS

The parties are in dispute as to whether the employment relationship of the plaintiff has passed to the defendant city by way of a transfer of operations. The plaintiff worked at A GmbH & Co. KG as a technical-commercial employee in the building management and was as such exclusively responsible for the management of an office and commercial building in M. The duties of the plaintiff included the lease administration, supervising the maintenance of the object, as well as representing the interests vis-à-vis the construction management, public authorities, and third parties.

The defendant was the principal lessee of the building leasing 82 percent of the existing area.

After the sale of the office and commercial building, being the only asset of the KG, to the city, the KG was liquidated. The defendant continued the existing lease agreements and utility contracts concerning the building. The management of the property was taken over by the defendant's municipal building

wurde von dem kommunalen Gebäudemanagement der Beklagten übernommen. Der Kläger begehrt nunmehr die Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis fortbesteht und auf die Beklagte übergegangen ist. Bisher war er in allen vorangehenden Instanzen erfolgreich.

#### INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Auf die Revision des Beklagten hob das Bundesarbeitsgericht die Entscheidung des LAG auf und wies die Klage ab. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist nicht im Wege des Betriebsübergangs nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB von der A GmbH & Co. KG auf die Beklagte übergegangen.

Bei der Definition des Betriebsübergangs knüpft der BAG an seine ständige Rechtsprechung an und bejaht solchen Übergang, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter der Wahrung ihrer Identität fortführt. Im vorliegenden Fall bestand bei der durch die KG ursprünglich ausgeführten Hausverwaltung eine übergangsfähige selbstständige wirtschaftliche Einheit. Der arbeitstechnischer Zweck dieser Einheit richtete sich dabei darauf, ein fremdgenutztes Mietshaus in einem sachgemäßen Zustand zu erhalten, dessen Sachsubstanz zu bewahren sowie die aus der Vermietung fließenden Einkünfte sicherzustellen. Es fand jedoch kein Übergang dieses Betriebes auf die Beklagte statt. Die Verwaltung des Büro- und Geschäftshauses stellt einen betriebsmittelarmen Betrieb dar, dessen Schwerpunkt der Wertschöpfung nicht auf der veräußerten Immobilie liegt, sondern vielmehr auf den für die kaufmännische Tätigkeit notwendigen Betriebsmittel. Solche Mittel sind z. B. Büro, EDV-Ausstattung und die für die technische Sachbearbeitung erforderlichen Arbeitsgeräte. Das veräußerte Grundstück ist lediglich das Objekt der Hausverwaltung, so dass dessen Veräußerung keinen relevanten Einfluss auf den Übergang der wirtschaftlichen Einheit hat.

Unschädlich ist insoweit auch, dass die Hausverwaltung der KG auf ein einziges Grundstück begrenzt war. Die Tätigkeit der Hausverwaltung stellt nämlich eine Dienstleistung dar, bei der die menschliche Arbeitskraft im Vordergrund steht und der Arbeitnehmer diese Tätigkeit auch für andere Grundstücke ausüben kann. Mit dem Erwerb des Grundstücks hat die Beklagte aber keine Arbeitnehmer übernommen.

management. The plaintiff now seeks the determination that his employment relationship continues to exist and has passed to the defendant. So far, he was successful in all prior instances.

#### CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

Upon the defendant's appeal, the Federal Labor Court (BAG) annulled the decision of the state labor court (LAG) and dismissed the lawsuit. The employment relationship of the plaintiff did not pass from A GmbH & Co. KG to the defendant by way of a transfer of operations pursuant to Section 613 a paragraph 1 sentence 1 BGB.

For purposes of defining a transfer of operations, the BAG applies its established case law and assumes such a transfer, if a new legal entity continues the economic unit while preserving its identity. Even though an independent economic unit existed in the present case in the form of the property management originally carried out by the KG, which was capable of being transferred, the working purpose of that unit was aimed at maintaining a leased building used by third parties in an appropriate condition, preserving its substance, and ensuring income from leasing it. This operation was, however, not transferred to the defendant. The management of the office and commercial building constitutes an operation with only few operating resources, the added-value of which focuses not on the sold real property, but rather on the operating resources required for the commercial activity. These resources are, e.g.: office, IT equipment, and the tools required for the technical management. The sold real property is merely the object of the property management so that its disposal has no relevant influence on the transfer of the economic unit.

It is insofar also harmless that the property management of the KG was limited to a single real property, because the activity of the property management constitutes a service that focuses on the manpower, where an employee can also perform that activity for other real properties. With the acquisition of the real property, however, the defendant did not take over any employees.

Gegen das Vorliegen eines Betriebsübergangs spricht vor allem die Tatsache, dass der Betriebszweck der gewerblichen Hausverwaltung durch die Beklagte nicht beibehalten wurde. Während die A GmbH & Co. KG bei der Ausübung der Hausverwaltung den Gewinnerzielungszweck im Vordergrund hatte, fehlt dieser Aspekt vollständig bei der Verwaltung der vom Eigentümer selbst genutzten Immobilie.

Interessant ist insoweit auch die Auseinandersetzung des BAG mit der „Klarenberg“-Entscheidung des EuGH vom 12. Februar 2009 – C-466/07. In dieser Entscheidung machte der EuGH deutlich, dass ein Betriebsübergang in Übereinstimmung mit der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 auch dann angenommen werden kann, wenn die Organisation der wirtschaftlichen Einheit nicht beibehalten wird, sondern lediglich die funktionelle Verknüpfung der übertragenen Produktionsfaktoren es dem Erwerber erlaubt, diese nach einer Eingliederung in eine neue Struktur zur Ausübung einer gleichartigen Tätigkeit weiter zu nutzen. Das BAG interpretierte diese Entscheidung dahin, dass die tatsächliche Weiterführung der Geschäftstätigkeit und nicht nur eine Möglichkeit dazu das entscheidende Kriterium des Betriebsübergangs ist und lehnte sich dabei an seine eigene ständige Rechtsprechung sowie das Urteil des EuGH vom 20. November 2003 – C-340/01 an.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Das Urteil sorgt endlich für eine gewisse Rechtsicherheit, bei dem Verkauf einer bisher eigenhändig verwalteten Immobilie zur Eigennutzung nicht mehr mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen rechnen zu müssen. Insbesondere spielt insoweit auch ein finanzieller Aspekt eine bedeutende Rolle, wenn den Erwerber solcher Immobilien keine weiteren aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Hausverwalter resultierenden Kosten treffen.

Dabei knüpft das BAG in dieser Entscheidung an seine bisherige Rechtsprechung zu Betriebsübergängen bei „Verwaltungsobjekten“ an. Einen ähnlichen Begründungsansatz gab es bereits bei den Entscheidungen über die technische Betreuung von Anlagen durch ein Facility Management sowie die Überwachung von Truppenübungsplätzen durch Drittanbieter. Im ersten Fall lehnte das BAG den Übergang von Betriebsmitteln auf den Erwerber ab, da die technischen Anlagen (Heizungs-, Sanitär- und Klima-

The fact that specifically speaks against the existence of a transfer of operations is that the operating purpose of the commercial property management was not maintained by the defendant. While A GmbH & Co. KG focused on generating profits through the property management, this aspect is absent entirely in the case of the management of real property used by the owner itself.

Insofar, it is also interesting to see how the BAG deals with the „Klarenberg“ decision of the ECJ dated February 12, 2009 – C-466/07. In this decision, the ECJ made it clear that a transfer of operations may also be assumed in accordance with Council Directive 2001/23/EC dated March 12, 2001, if the organization of the economic unit is not maintained, but if only the functional relationship of the transferred production factors permit the acquirer to continue using them for an equivalent activity after integrating them into a new structure. The BAG interpreted this decision as meaning that the actual continuation of the business activity and not only a possibility to do so constitutes the decisive criterion for the transfer of operations and thereby followed its own established case law as well as the ECJ decision dated November 20, 2003 – C-340/01.

#### IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The decision finally provides some degree of legal certainty that labor law consequences will no longer have to be expected in the case of a sale of a previously self-managed real property for self-use. A financial aspect also plays a significant role here due as the acquirer of such real property is not faced with any further costs resulting from the employment relationship of the property manager.

In this decision, the BAG follows its own previous case law regarding transfers of operations in the case of „managed objects“. A similar substantiation approach could already be found in the decisions about the technical plant management by a facility management company and the supervision of military training grounds by third-party providers. In the former case, the BAG rejected the transfer of operating facilities to the acquirer, since the technical facilities (heating, sanitary, and air conditioning systems) were merely

anlagen) lediglich die Objekte waren, an denen der Betriebszweck der technischen Betriebsleitung und des Managements verrichtet wurde. Im zweiten Fall hatten die Betriebsmittel (u. a. das Wachgebäude, die Telefon- und die Alarmanlage) bei der Bewachung des Truppenübungsplatzes nur eine untergeordnete und damit keine identitätsprägende Bedeutung.

Folglich, stellten diese Objekte bei wertender Betrachtungsweise nicht den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs dar, sodass mit deren Veräußerung wie auch im vorliegenden Fall kein Übergang der wirtschaftlichen Einheit auf den Erwerber stattgefunden hat.

the objects through which the business purpose of technical facility management and administration was performed. In the second case, the operating resources (inter alia, the guard building, the telephone and alarm system) had only a subordinated and thus not an identity-characterizing role in connection with guarding the military training ground.

As a consequence, these objects do not constitute the actual core of the functional relationship required for the added value in terms of an evaluation so that as in the present case, no transfer of the economic unit to the acquirer occurred through their sale.



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

Zur Schadensersatzpflicht  
des erstrangigen Grundschuldläufiger bei Übertragung der  
Grundschuld an Dritte

BGH, Urteil vom 19. April 2013 –  
V ZR 47/12

**Bei der Darlehensbesicherung durch Grundschulden werden diese häufig an Drittbanken weiterübertragen, beispielsweise im Rahmen einer Umschuldung. Ebenfalls gängige Praxis bei Bestellung nachrangiger Grundschulden ist regelmäßig die Abtretung der Rückgewähransprüche des Eigentümers gegen den vorrangigen Grundpfandrechtsgläubiger. Wird letztere dem vorrangigen Gläubiger gegenüber angezeigt, kann der vorrangige Gläubiger sich mit der Übertragung der erstrangigen Grundschuld an einen Dritten schadensersatzpflichtig machen.**

#### LEITSATZ

Der Sicherungsnehmer ist nach Maßgabe des allgemeinen Schuldrechts zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er den durch den endgültigen Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten Anspruch auf Rückgewähr schuldhaft nicht erfüllt.

#### SACHVERHALT

Die beklagte Bank war Inhaberin erstrangiger Grundschulden. Die klagende Sparkasse ist Inhaberin nachrangiger Grundschulden lastend auf denselben Grundstücken. Der Eigentümer hatte der Klägerin in der Sicherungszweckvereinbarung künftige und bedingte Ansprüche auf Rückgewähr unter anderem aller vorrangigen Grundschulden abgetreten. Die Klägerin zeigte diese Abtretung der beklagten Bank an. In der Folge übertrug die Beklagte die Grundschulden für einen der verbleibenden Valutierung entsprechenden Betrag von EUR

On the liability of the first-ranking land charge creditor for damages in the case of a transfer of the land charge to third parties

BGH, decision of 19 April 2013 –  
V ZR 47/12

**Where loans are secured using land charges, the latter are often passed on to third-party banks, e.g. in a debt restructuring. It is also customary practice where subordinate land charges are established to regularly assign the retransfer claims of the owner against the senior real property lien creditor. If the latter is disclosed to the senior creditor, the senior creditor may become liable for damages by transferring the first-ranking land charge to a third party.**

#### HEAD NOTE

A secured party is liable for damages according to the general law of obligations, if it culpably fails to fulfill the claim for retransfer, which is subject to the condition precedent of definite lapse of the security purpose.

#### FACTS

The defendant bank held first-ranking land charges. The suing savings bank holds lower-ranking land charges encumbering the same real properties. Under the security purpose agreement, the owner had assigned future and contingent claims for retransfer, inter alia, of all higher-ranking land charges to the plaintiff. The plaintiff disclosed this assignment to the defending bank. Subsequently, the defendant transferred the land charges to a third bank for an amount of EUR 150,000 that was equivalent to the outstanding loan amount. The latter extended a new loan under

150.000 an eine dritte Bank ab. Diese valutierte die Grundschulden neu und erteilte bei Verkauf der Grundstücke die Löschungsbewilligung gegen Zahlung eines Ablösebetrages von EUR 450.000. Die Klägerin verlangt Schadensersatz in Höhe von EUR 300.000, da die Beklagte die Grundschulden insoweit hätte zurückgewähren müssen, dies aber schuldhaft unterließ.

#### INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Dreh- und Angelpunkt der Entscheidung ist die Sicherungsvereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem erstrangigen Grundschuldgläubiger. Das Gericht setzt sich zunächst mit der Frage auseinander, wann der Rückgewähranspruch entsteht. Inhaltlich verkörpert der Rückgewähranspruch das Recht des Sicherungsgebers, die Rückgabe der Sicherheit zu verlangen, wenn der Grund für die Gewährung als Sicherheit entfallen ist. Der Anspruch ist dabei stets aufschiebend bedingt auf den endgültigen Wegfall des Sicherungszwecks, d. h. des vereinbarten rechtlichen Bindeglieds zwischen der Sicherheit (also der Grundschuld) und des zu besichernden Anspruch (z. B. auf Rückzahlung eines Darlehens). Der Sicherungszweck fällt dabei bei vollständiger und endgültiger Erfüllung der besicherten Verbindlichkeiten weg. Dabei ist zu unterscheiden, ob der Sicherungszweck eng gefasst ist, d. h. die Sicherheit nur für eine ganz bestimmte Verbindlichkeit gestellt wird, oder weit gefasst ist, z. B. alle – auch künftigen - Verbindlichkeiten aus einer Geschäftsbeziehung besichert werden. Wann die aufschiebende Bedingung eintritt, ist bei einer weiten Sicherungsabrede nicht gleichermaßen eindeutig wie bei einer engen Sicherungsabrede. Bei einer weiten Sicherungsabrede ist zumeist auch eine Neuvalutierung der Grundschuld vorgesehen, wodurch der Bedingungeintritt auch mehrfach aufgeschoben werden kann. Insbesondere verhindern neu entstehende Verbindlichkeiten trotz Rückzahlung der bisherigen Verbindlichkeiten den Eintritt der aufschiebenden Bedingung. Daher tritt laut BGH die Bedingung jedenfalls dann ein, wenn die Geschäftsbeziehung endet. Darunter ist spätestens der Zeitpunkt zu verstehen, in dem feststeht, dass eine Neuvalutierung zwischen den Parteien der Sicherungsabrede nicht mehr erfolgen kann. Vorliegend war die Geschäftsbeziehung zwischen Eigentümer und beklagter Bank beendet, indem sie die Grundschulden gegen Zahlung der Restvaluta

the land charges and issued the deletion consent at the time of the sale of the real properties against payment of a redemption amount of EUR 450,000. The plaintiff demands damages in an amount of EUR 300,000, since the defendant would insofar have had to retransfer the land charges, but culpably failed to do so.

#### CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The decision focuses on the security purpose agreement between the owner and the first-ranking land charge creditor as cardinal point. The court first addresses the question of when the claim for retransfer arises. The claim for retransfer embodies the right of the security grantor to request the retransfer of a collateral once the cause for granting the security is no more. The claim is always subject to the condition precedent to definite lapse of the security purpose, i.e. the agreed legal link between the collateral (e.g. the land charge) and the obligations to be secured (e.g. claim for repayment of a loan). The security purpose lapses upon complete and definite performance of the secured obligations. A difference needs to be made whether the security purpose is narrow, i.e. whether the security is provided only for a very specific obligation, or whether it is wide, e.g. all – including future – obligations from a business relationship are secured. When the condition precedent is fulfilled is not as clear in the case of an agreed wide security purpose as it is in the case of an agreed narrow security purpose. In most cases, an agreed wide security purpose also provides for a new extension of the loan under the land charge, whereby the fulfillment of the condition may be postponed repeatedly each time a new loan is granted or the existing one is extended. In particular, newly arising payment obligations prevent the fulfillment of the condition precedent in spite of the repayment of the previous payment obligations. Therefore, the condition is fulfilled according to the German Federal Court of Justice (BGH) in any case once the business relationship ends. This is at the latest the point in time when it is certain that no new extension of a loan may occur between the parties of the security purpose agreement. In the present case, the business relationship between the owner and the defending bank had ended when the latter assigned the land charge for debt restructuring purposes against payment of the remaining outstanding amount secured by the land charge. Therefore, the

zur Umschuldung abgetreten hat. Der BGH bejaht daher für den Moment der Abtretung das Entfallen des Sicherungszwecks.

Im Anschluss bejaht der BGH die Frage, ob der Rückgewähranspruch auch nur teilweise entstehen kann. Bei Fehlen von konkreten Regelungen in der Sicherungsvereinbarung sollen auch Teile der Grundschuld zurückzugewähren sein. Begründet wird dies mit bisheriger BGH-Rechtsprechung zur nachträglichen Übersicherung, die wenn sie endgültig eintritt, insoweit den Sicherungszweck entfallen lässt. Hiervon sei der nicht mehr valutierende Teil der Grundschulden zum Zeitpunkt der Abtretung an die Drittbank betroffen gewesen.

Schließlich legt der BGH die gesetzliche Regelung dar, gemäß der ein neuer Gläubiger des Rückgewähranspruchs Rechtshandlungen des Schuldners gegen sich gelten lassen muss, die ohne seine Mitwirkung vorgenommen den Bedingungseintritt hinausschieben oder vereiteln, solange der Schuldner keine Kenntnis vom Gläubigerwechsel hat. Vorliegend war der beklagten Bank allerdings die Abtretung angezeigt worden. In diesem Fall könnten Änderungen der Sicherungsvereinbarung nur noch mit Zustimmung des neuen Gläubigers vorgenommen werden. Dabei stellt der BGH klar, dass dieses Zustimmungserfordernis nicht für bereits nach der Sicherungsvereinbarung erlaubte Neuvaluierungen der Grundschuld gilt. Ebenso wenig kann das Untergehen des Rückgewähranspruches bei dem freihändigen Verkauf der Grundschuld nach Eintritt des Sicherungsfalls durch den neuen Gläubiger verhindert werden. Diese Nachteile seien letztlich Bestandteil des Rückgewähranspruches. Auch wenn formal der Rückgewähranspruch insgesamt abgetreten werde, hindere dies den neuen Gläubiger nicht, den erst teilweise entstandenen Rückgewähranspruch geltend zu machen.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Entscheidung ist im Ergebnis nicht überraschend, sondern setzt die allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätze des BGB konsequent um. In der Praxis betrifft dieses Urteil in erster Linie die Abtretung von Sicherheiten im Rahmen von Umschuldungen mit Dritten. Bei endgültigen Abverkäufen von Darlehen nebst Sicherheiten, also der Auswechslung des Schuldners des Rückgewähran-

BGH found that the security purpose lapsed at the time of the assignment.

In the following, the BGH affirmatively answers the question of whether the retransfer claim may also arise only partially. In the absence of specific rules under the security purpose agreement, the land charge is also to be retransferred in parts. This is substantiated using the existing BGH case law regarding excess collateralization, which, when it occurs definitively, results in the lapse of the security purpose insofar. This had affected the part of the land charges, which no longer served to secure any loan, at the time of the assignment to the third-party bank.

Finally, the BGH details the statutory rule according to which a new creditor of the retransfer claim (*in the present case, the bank with the lower-ranking land charge*) has to accept all legal acts of the debtor (*in the present case, the bank with the first-ranking land charge*), which – although made without his involvement - postpone or frustrate the fulfillment of the condition, for as long as the debtor did not have any knowledge of the change of creditors. In the present case, however, the assignment had been disclosed to the defending bank. In this case, the security purpose agreement could only be changed with the consent of the new creditor. The BGH affirms that this consent requirement does not apply to new extensions of loans under the land charge that are already permitted under the security purpose. Likewise, the lapse of the retransfer claim cannot be prevented in the case of a direct sale of the land charge by the new creditor after the secured event has occurred. These disadvantages were part of the retransfer claim. Even in case the retransfer claim was formally assigned in its entirety, this would not prevent the new creditor from asserting the retransfer claim that had arisen only partially.

#### IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

This court decision is not surprising, as it consistently implements the general principles of the law of obligation in the German Civil Code (BGB). In practice, this decision affects primarily the assignment of security in connection with debt restructurings with third parties. In the case of definite sales of loans with collateral, i.e. the replacement of the debtor of the retransfer claim, the case law should play hardly

spruchs, dürfte die Rechtsprechung kaum eine Rolle spielen, da die Schuld an sich nicht verändert und der Rückgewähranspruch selbst unberührt bleibt. So hat es der BGH bereits 1991 schon für die Auswechslung des ursprünglichen Gläubigers, also des Grundstückseigentümers als Sicherungsgeber, entschieden und in diesem Urteil noch einmal bestätigt. Auch bei Verwertungen nach Eintritt des Sicherungsfalles durch freihändigen Verkauf der Grundschuld findet die Rechtsprechung ausdrücklich keine Anwendung.

Zwar stellt der BGH hinsichtlich der Pflicht auch zur teilweisen Rückgewähr auf die vertragliche Vereinbarung in der Sicherungszweckabrede ab, praktisch wird aber regelmäßig auch eine teilweise Rückgewähr geschuldet sein. Grund hierfür ist die Pflicht zur Freigabe von Sicherheiten bei nachträglicher Übersicherung. Ist diese Übersicherung endgültig (also eine Grundschuld nicht neu valutierbar), wäre es unzumutbar für den Sicherungsgeber, wegen eines viel geringeren noch geschuldeten Betrages die volle Grundschuld fortbestehen zu lassen. Nach überwiegender Meinung führt daher die endgültige Übersicherung zu einem teilweisen Rückgewähranspruch. Hieran wollte der BGH mit seinem Urteil wohl nichts ändern.

Sind nachrangige Grundschulden vorhanden und hat der erstrangige Grundpfandrechtsgläubiger Kenntnis von der Abtretung des Rückgewähranspruchs an den nachrangigen Gläubiger, sollte die Sicherungszweckabrede geprüft werden. Im Zweifel muss der nachrangige Gläubiger bei Übertragungen der erstrangigen Grundschuld um Zustimmung ersucht werden. Bei einer Verweigerung müsste die Grundschuld teilweise gelöscht und nur in Höhe der Restvalutierung übertragen werden.

Für nachrangige Grundschuldgläubiger, die sich Rückgewähransprüche abtreten lassen empfiehlt sich jedenfalls, die Abtretung dem erstrangigen Gläubiger vom Eigentümer anzeigen zu lassen beziehungsweise sich eine Abtretungsurkunde ausstellen zu lassen, um selbst anzeigen zu können.

any role at all. This is because the debt as such remains unchanged and the retransfer claim itself remains unaffected. The BGH had already decided accordingly in 1991 for the replacement of the original creditor, i.e. of the real property owner as provider of collateral, and confirmed this again in this decision. Also, the case law expressly does not apply in the case of realizations after occurrence of the secured event by direct sale of the land charge.

Even though the BGH considers the contractual agreement in the security purpose agreement relevant in respect to the duty of also partial retransfer; in practice, however, a partial retransfer will regularly also be owed. The reason for this is the duty to release collateral in the case of a subsequent excess collateralization, i.e. the value of the collateral substantially exceeding the secured obligations. If this excess collateralization is final (i.e. no new liabilities by the security grantor can be incurred which would be secured by the land charge), it would be unreasonable for the provider of collateral to allow the full land charge to continue to exist for a significantly lower amount still owed. According to the prevailing opinion, the definite excess collateralization therefore leads to a partial retransfer claim. The BGH apparently did not intend to change this with its decision.

If junior-ranking land charges exist and if the first-ranking real property lien creditor has knowledge of the assignment of the retransfer claim to the subordinated creditor, the security purpose agreement will have to be reviewed. In cases of doubt, the sub-ordinated creditor has to be asked for approval during the transfer of the first-ranking land charge. If that approval is withheld, the land charge will have to be partially deleted. The remainder can only be transferred in the amount of the remaining outstanding loan.

For junior-ranking land charge creditors, who receive assignments of retransfer claims, it is advisable at any rate to have the owner disclose the assignment to the first-ranking creditor or, as the case may be, obtain an original deed of the assignment agreement in order to be able to effect the disclosure themselves.

DR. INGO KLEUTGENS  
PARTNER, FRANKFURT

Dr. Ingo Kleutgens ist Partner im Frankfurter Büro von Mayer Brown und Leiter der deutschen Steuerrechtspraxis. Er berät nationale und internationale Mandanten zu allen steuerlichen Aspekten bei Transaktionen im Gesellschaftsrecht und im Bank- und Finanzrecht. Er ist Fachberater Internationales Steuerrecht, Vizepräsident der Steuerberaterkammer Hessen und Mitglied des Ausschusses Internationales Steuerrecht bei der Bundessteuerberaterkammer.

DR. INGO KLEUTGENS  
PARTNER, FRANKFURT

Dr. Ingo Kleutgens is a partner in the Frankfurt office of Mayer Brown's tax practice. He advises on all tax issues related to corporate and finance transactions. He is dual qualified, as lawyer and tax consultant (Steuerberater), and is a certified advisor for international tax law (Fachberater Internationales Steuerrecht). Ingo is vice president of the Hessian Chamber of Tax Consultants and a member of the committee on International Tax Law at the Federal Chamber of Tax Consultants. He is author of various treatises and articles related to tax law and a regular speaker at conferences.

SUSAN GÜNTHER  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Susan Günther berät nationale und internationale Unternehmen mit besonderem Schwerpunkt auf steuerlichen Aspekten im Bereich von gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen, Verbriefungen und Private Equity.

SUSAN GÜNTHER  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Susan Günther advises national and international clients on all tax aspects related to corporate restructurings, securitizations and private equity transactions.

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.

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.

GELENA YUFA, LL.M.  
ASSOCIATE, FRANKFURT

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

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.

GELENA YUFA, LL.M.  
ASSOCIATE, FRANKFURT

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

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.

## 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

Please visit [www.mayerbrown.com](http://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.

© 2013. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.

