

Real Estate

Aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechung *Recent Developments and Decisions*

- 2 Veränderte Rechtslage ab Mai durch die EnEV 2014
 Changed Legal Situation from May due to EnEV 2014

- 5 Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung durch die Notare
 The issuance of an additional enforceable copy by notaries

- 8 Schriftform und Rechtsformwechsel des Mieters
 Written form and change of legal form for the tenant

- 12 Wahrung der Schriftform bei unbestimmtem, aber bestimmbarem Mietbeginn
 Compliance with written form in case of undefined but determinable begin of lease

- 15 Haftung einer das Fondsobjekt finanzierenden Bank bei vorsätzlicher sittenwidrigen Schädigung der Anleger durch Fondsinitiatoren
 Liability of a bank that finances a property fund for deliberate unethical damage to investors by fund managers

- 19 Überblick Grunderwerbsteuersätze
 Overview Real Estate Transfer Tax Rates



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

Veränderte Rechtslage ab Mai durch die EnEV 2014

Zum 1. Mai 2014 tritt die neue Energieeinsparverordnung (EnEV) in Kraft, durch die vor allem weitere europarechtliche Anforderungen für Neubauten umgesetzt werden sollen. Allerdings hat die neue Fassung auch erhebliche Auswirkungen für die Veräußerung und laufende Bewirtschaftung von Bestandsgebäuden. Vorliegend soll auf die Pflicht zur Vorlage und Übergabe des Energieausweises bei Verkauf und Vermietung, die zwingende Angabe von Energieausweisdaten bei der Vermarktung in kommerziellen Medien und die Verschärfung der Modernisierungspflichten hingewiesen werden. Dabei können Verstöße gegen jede dieser Pflichten eine Ordnungswidrigkeit darstellen. Dagegen hat die Überarbeitung der Energieausweise selbst keine Auswirkungen auf bestehende Energieausweise. Diese bleiben weiterhin zehn Jahre ab Ausstellungsdatum gültig, sofern nicht durch wesentliche bauliche Änderungen eine Neuberechnung wie für einen Neubau erforderlich wird.

VORLAGE- UND ÜBERGABEPFLICHT BEI VERKAUF UND VERMIETUNG
Bislang bestand eine Vorlagepflicht nur dann, wenn der Erwerber oder Mietinteressent die Vorlage des Energieausweises verlangt hat. Legte der Veräußerer beziehungsweise Vermieter dann keinen Ausweis vor, konnte dies als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Bei Veräußerung von Bestandsgebäuden war es üblich, im Kaufvertrag ausdrücklich einen Vorlageverzicht zu erklären und somit das Risiko einer Ordnungswidrigkeit aus der Welt zu schaffen. Diese Möglichkeit des Verzichts entfällt. Durch die Neufassung des § 16 Abs. 2 EnEV ist nun stets – und zwar bereits bei Besichtigung – der Energieausweis (oder eine Kopie)

Changed Legal Situation from May due to EnEV 2014 (Energy Savings-Regulation 2014)

The new Energy Savings-Regulation (EnEV) comes into force as of May 1, 2014, which should primarily implement further European legal requirements for new buildings. However, the new version also has significant implications for the sale and ongoing management of existing buildings. Here, reference should be made to the obligation to present and hand over the energy performance certificate upon sale or lease, the mandatory disclosure of data from energy performance certificates when marketing in commercial media, and the tightening of modernization obligations. Infringement of any of these obligations may constitute an administrative offence. In contrast, the revision of the energy performance certificate itself has no impact on existing energy performance certificates. These remain valid for ten years from the date of issuance, unless a recalculation as if for a new building is required by material constructional changes.

OBLIGATION TO PRESENT AND HAND OVER UPON SALE OR LEASE
Until now, an obligation to present existed only if the purchaser or prospective tenant requested the presentation of the energy performance certificate. If the seller or landlord did not present the certificate, it could be punished as an administrative offence. Upon the sale of an existing building, it was also customary to include in the purchase agreement an express waiver of the presentation obligation and thus do away with the risk of an administrative offence. This waiver option no longer exists. Due to the revision of Section 16 Para. 2 of the EnEV, the energy performance certificate, or a copy, must now be handed over or be

zu übergeben oder durch Aushang oder Auslegen zur Kenntnis zu bringen. Auch ohne Besichtigung hat eine unverzügliche Vorlage im Original oder in Kopie zu erfolgen, jedenfalls auf Verlangen des Käufers. Unverzüglich nach Kaufvertragsschluss ist dem Käufer der Energieausweis (oder eine Kopie) auch auszuhändigen. Für die Vermietung gelten diese Regelungen entsprechend. Sowohl der vorsätzliche oder leichtfertige Verstoß gegen die Vorlagepflicht bei Besichtigung beziehungsweise auf Verlangen als auch vorsätzliche oder leichtfertige Verstoß gegen die Übergabepflicht sind jeweils als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet. Jede kann mit einer Geldbuße von bis zu EUR 15.000,00 belegt werden.

Ausnahmen hiervon sieht die EnEV ausdrücklich nur für kleine Gebäude (d.h. unter 50 qm Nutzfläche) und Baudenkmäler vor, bei Abrissgrundstücken dürfte die Pflicht ebenfalls entfallen, sofern diese nicht mehr beheizt werden.

PFLICHTANGABEN BEI IMMOBILIENANZEIGEN

Neu eingeführt wird auch die Pflicht des Verkäufers, in § 16a EnEV sicherzustellen, dass bestimmte Angaben zum Energieausweis in Immobilienanzeigen in kommerziellen Medien (gedruckt oder elektronisch) gemacht werden. Dies gilt allerdings nur, wenn zu diesem Zeitpunkt ein Energieausweis vorliegt. Die pflichtigen Angaben umfassen für nach dem 30. September 2007 ausgestellte Energieausweise je nach Art nur diejenigen, die dem Ausweis entnommen werden können. Für Anzeigen müssen demnach nicht extra neue Energieausweise beantragt werden.

Auch hier ist der vorsätzliche oder leichtfertige Verstoß als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet, der mit einer Geldbuße von bis zu EUR 15.000,00 belegt werden kann.

VERSCHÄRFUNG DER MODERNISIERUNGSPFLICHTEN

Die in § 10 EnEV aufgeführten Nachrüstpflichten für Bestandsgebäude sind noch einmal verschärft worden. Einerseits dürfen ab 2015 Heizkessel, die vor dem 1. Januar 1985 eingebaut wurden oder sobald sie älter als dreißig Jahre sind, nicht mehr betrieben werden und müssen ausgetauscht werden. Bisheriger Stichtag für den Einbau war der 1. Oktober 1978. Die Ausnahmen für bestimmte Anlagen bleiben unverändert (Niedertemperatur-Heizkessel und Brennwertkessel und heizungstechnische Anlagen mit einer Nennleistung von weniger als vier oder mehr als 400 Kilowatt).

notified by being displayed or laid out at the property. Even without an inspection, the original or a copy must be presented promptly, at least upon the buyer's request. Upon the conclusion of a purchase contract, the energy performance certificate (or a copy) must be provided immediately to the buyer. These provisions apply equally where the property is rented. Both the deliberate or reckless breach of the obligation to present the certificate in case of an inspection or upon request, as well as the deliberate or reckless breach of the duty to transfer, are considered administrative offences. Each may be punished with a fine of up to EUR 15,000.00.

The EnEV provides specific exceptions to this rule only for small buildings (i.e. those with less than 50 square meters of usable space) and monuments. No obligation exists in respect of demolition properties either as long as they are no longer being heated.

MANDATORY DISCLOSURE FOR REAL ESTATE ADS

Another new introduction is the obligation of the seller, under Section 16a EnEV, to ensure that certain information about the energy performance certificate is disclosed in real estate ads in commercial media (printed or electronic). However, this applies only if an energy performance certificate exists at the time. For energy performance certificates issued after September 30, 2007, the required information includes that information which can be found on the certificate, depending on the type of certificate. Accordingly, new energy performance certificates do not need to be specially applied for in the case of advertisements.

Here again, deliberate or reckless breaches are considered administrative offences, which may incur a fine of up to EUR 15,000.00.

TIGHTENING OF THE OBLIGATION TO MODERNIZE

The retrofit requirements listed in Section 10 EnEV for existing buildings have been tightened even further. On the one hand, from 2015, boilers installed before January 1, 1985, or as soon as they are older than thirty years, may no longer be used and must be replaced. Previously, the cut-off date for installation was October 1, 1978. The exceptions for certain installations remain unchanged (low temperature and condensing boilers and heating plants with a nominal capacity of less than four or more than 400 kilowatts).

Daneben ist klargestellt, dass die Dämmungspflicht für zugängliche Geschossdecken beheizter Räume nur auf die oberste Geschossdecke zum Dachraum hin bezogen ist. Für die zu erfüllenden technischen Anforderungen wird auf bestimmte DIN verwiesen. Stichtag für die ordnungsgemäße Dämmung ist der 31. Dezember 2015.

Sowohl ein Verstoß gegen eine dieser beiden Nachrüstpflichten als auch die bestehende Dämmungspflicht für Leitungen und Armaturen von heizungstechnischen Anlagen in unbeheizten Räumen sind allesamt neu als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet worden, die mit einer Geldbuße von bis zu EUR 50.000,00 geahndet werden können.

AUSBLICK

Sicherlich war dies beileibe nicht die letzte Änderung und Verschärfung der EnEV. Aber bereits die durch diese Neufassung eingeführten Pflichten werden Bestandsimmobilienhalter in Atem halten und erheblichen Aufwand produzieren.

In addition, it has been clarified that the insulation requirement for accessible ceilings of heated rooms applies only to on the top floor ceiling to the attic. For the technical requirements to be met, reference is made to specific DIN standards. The cut-off date for proper insulation is December 31, 2015.

Both breaches of either of these two retrofit obligations or of the existing insulation requirements for pipes and heating fittings in unheated rooms have in general been re-designated as misdemeanors, punishable by a fine of up to EUR 50,000.00.

OUTLOOK

This was certainly not the last change or tightening-up of the EnEV. But the obligations introduced with this amendment are already enough to keep existing property owners in suspense and cause considerable expense.



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

Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung durch die Notare

Durch das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare vom 26. Juni 2013 (BGBl. I 2013, S. 1800) wurde § 797 Abs. 3 ZPO mit Wirkung zum 1. September 2013 dahingehend neu gefasst, dass die Entscheidung über Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung bei einer notariellen Urkunde von dem die Urkunde verwahrenden Notar getroffen wird.

INHALT DER REGELUNG

Zunächst soll klargestellt werden, was unter einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung einer Urkunde i. S. d. § 733 ZPO zu verstehen ist. Diese liegt nämlich nur dann vor, wenn über ein und denselben Titel und somit über denselben prozessualen Anspruch bereits mehrere Ausfertigungen existieren bzw. zugleich im Rechtsverkehr gebraucht werden können. Eine weitere vollstreckbare Ausfertigung liegt hingegen nicht vor, wenn die zuerst erteilte Ausfertigung zurückgegeben wird oder mehrere Titel zu demselben Anspruch vorliegen.

Infolge der Neuregelung braucht der zuständige Notar nicht mehr nach Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen. Ein Umweg über das Gericht bleibt dem Gläubiger insoweit erspart.

Die Entscheidung des zuständigen Notars ist wie auch in der Vergangenheit an die Voraussetzungen des § 733 ZPO geknüpft. So muss der Gläubiger ein Recht auf Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung und zudem ein Interesse an einer erneuten vollstreckbaren Ausfertigung glaubhaft machen. Erforderlich ist somit ein wirksam bestehender, vollstreckbarer Titel mit einem vollstreck-

The issuance of an additional enforceable copy by notaries

The Law on Transfer of Tasks in the Field of Voluntary Jurisdiction to Notaries of June 26, 2013 (Federal Law Gazette I 2013, p. 1800) has revised Section 797 Para. 3 ZPO (Code of Civil Procedure) with effect from September 1, 2013 to the effect that the decision on issuing an additional enforceable copy of a notarial deed is made by the notary holding the document in custody.

CONTENT OF THE REGULATION

Firstly, it should be clarified what is meant by issuance of an additional enforceable copy of a deed within the meaning of Section 733 ZPO. Specifically, this occurs only when several copies of one and the same title, and hence in relation to the same procedural claim, exist or can be used simultaneously in legal relations. However, an additional enforceable copy does not exist if the copy which was issued first is returned or if there are several titles to the same claim.

As a result of the new regulation, after examining the existence of the conditions for the issuance of an enforceable copy, the competent notary no longer needs a court decision. In that regard, the creditor is spared a detour through the courts.

The decision of the competent notary is subject to the requirements of Section 733 ZPO, as in the past. Thus, the creditor has to show a right to the issuance of the enforceable copy, and also an interest in a re-issued enforceable copy. Thus, a validly existing, enforceable title with enforceable content is required.

baren Inhalt. Das Gläubigerinteresse an der Erteilung einer weiteren Ausfertigung muss ferner das Interesse des Schuldners am Schutz vor einer doppelten Inanspruchnahme überwiegen. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Gläubiger die vollstreckbare Ausfertigung verloren hat oder man nicht klären kann, ob der Gläubiger die vollstreckbare Ausfertigung überhaupt erhalten hat. Das Gläubigerinteresse ist ferner anzunehmen, wenn der Gläubiger zugleich in verschiedene Vermögenswerte des Schuldners vollstrecken möchte oder eine Gläubiger- oder Schuldnermehrheit vorliegt.

Eine Anhörung des Schuldners durch den Notar nach § 733 Abs. 1 ZPO ist stets geboten, es sei denn, die Situation ist zweifelsfrei oder die Anhörung stellt sich bei besonderer Dringlichkeit als untunlich dar. Im letzteren Fall soll das Eilinteresse des Gläubigers gesondert dargelegt werden.

Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung sollte nach der Gesetzesbegründung von der Gebühr nach § 133 KostO a. F. erfasst sein. Im neuen Kostenrecht fehlt jedoch ein einschlägiger Gebührentatbestand, sodass wegen des Enumerationsprinzips des GNotKG wohl keine Gebühr insoweit anfällt. Während Nr. 18001 Kostenverzeichnis GNotKG explizit eine Gebühr von EUR 20,00 für die Gerichte vorsieht, bestimmt im notariellen Bereich Nr. 23803 Kostenverzeichnis GNotKG lediglich eine 0,5 Gebühr für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung, wenn der Eintritt einer Tatsache oder eine Rechtsnachfolge zu prüfen ist. Die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung wird in diesem Gebührentatbestand nicht erwähnt.

Als Rechtsbehelf steht dem Gläubiger im Falle der Nichterteilung der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung durch den Notar die Beschwerde nach §§ 54 BeurkG, 58 ff. FamFG zur Verfügung. Der Schuldner kann demgegenüber seine Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel im Rahmen der Klauselerinnerung nach § 732 ZPO geltend machen.

The creditor's interest in the issuance of an additional copy must also outweigh the debtor's interest in protection against a duplicate claim. That is the case, for example, if the creditor has lost the enforceable copy or if it is not clear that the creditor received the enforceable copy at all. A creditor's interest is further deemed to exist if the creditor wishes to enforce against various assets of the debtor at the same time, or if a majority of creditors or debtors exists.

Under Section 733 Para. 1 ZPO, a debtor's hearing shall always be offered by the notary, unless the situation is beyond doubt or the hearing appears impracticable in case of particular urgency. In the latter case, the creditor's urgent interest shall be set out separately.

The issuance of an additional enforceable copy by notaries should be covered by previously applicable Section 133 KostO (Fee Regulation) according to the substantiation of the law. However, the respective fee provision is missing in the recently modernized cost law, so that no additional fee is incurred due to the concluding enumeration character of German Rules on Court and Notary Fees (Gerichts- und Notarkostengesetz). While Nr. 18001 cost index of German Rules on Court and Notary Fees imposes 20.00 EUR fee for the courts carrying out this activity, notaries receive 0,5 fee only for issuance of the enforceable copy when reviewing legal succession or occurrence of a fact. The issuance of an additional enforceable copy of the deed is not mentioned under this provision.

Where no additional enforceable copy is issued by a notary, the creditor has available the legal remedy of an appeal under Sections 54 BeurkG (Law on Notarial Acts), 58 ff. FamFG (Family Proceedings Act). The debtor may, on the other hand, present his objections as to the admissibility of the enforcement clause by means of the clause reminder under Section 732 ZPO.

AUSBLICK

Das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare führte letztendlich lediglich zu einer punktuellen Entlastung der Gerichte. Es besteht Einigkeit bei den Literaturstimmen, dass dadurch keine Revolution der Zuständigkeitsverteilung herbeigeführt wurde. Die Regelung zur Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung durch die Notare ist dabei grundsätzlich zu begrüßen, denn es steht außer Zweifel, dass diese Aufgabe von den Notaren genauso gut wie von den örtlich zuständigen Amtsgerichten in der Vergangenheit wahrgenommen werden kann. Es bleibt abzuwarten, ob in der Zukunft neuere Bestrebungen durch die Legislative vorgenommen werden, den Notaren weitere Justizaufgaben zu delegieren.

OUTLOOK

The Law on the Transfer of Tasks in the Field of Voluntary Jurisdiction to Notaries ultimately led only to a selective easing of the strain on the courts. There is consensus in the literature that this has not caused a revolution in the distribution of responsibilities. The regulation on issuing an additional enforceable copy by notaries, is at the same time to be welcomed on principle, because there is no doubt that this task can be performed by notaries just as well as it has been by regionally competent district courts in the past. It remains to be seen whether in the future newer efforts are made by the legislature to delegate further judicial duties to the notaries.



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

Schriftform und Rechtsformwechsel des Mieters

BGH, Urteil vom
11. Dezember 2013 –
XII ZR 137/12

Zur Schriftform bei vertraglicher Auswechslung eines Mieters während der Laufzeit des Mietvertrags

SACHVERHALT

Mit Vertrag vom 25. August 1995 vermietete die Beklagte an die Mieterin N. GmbH ein Gewerbeobjekt in L. zum Betrieb eines Transportunternehmens. Nach § 2 Ziffer 1 des Mietvertrages war eine feste Mietdauer von 15 Jahren vereinbart mit einer Verlängerungsoption von einmal 5 Jahren. Im Januar 1998 firmierte die N. GmbH in J. GmbH um. Später schloss die J. GmbH mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin einen „Kauf- und Übertragungsvertrag über einen Geschäftsanteil“. Darin vereinbarten die Vertragsparteien, dass die Käuferin anstelle der Verkäuferin in sämtliche Rechte und Pflichten aus den in einer dem Vertrag beigelegten Anlage aufgeführten Verträgen eintrete, wozu unter anderem eine tabellarische Aufstellung von Mietobjekten gehörte, die Standorte, Vermieter und Angabe der zu zahlenden Mieten enthielt. Darunter befand sich folgende Angabe: „Standort: L.; Vermieter: G.GbR; Mietzins 163.608... kumuliert 1.963.296“. Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass das Mietverhältnis mangels Einhaltung der Schriftform auf unbestimmte Zeit bestehe.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Die Gerichte haben in allen Instanzen der Klage stattgegeben. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass die Klägerin nicht aufgrund einer Gesamtrechtsnachfolge Partei des Mietvertrages geworden sei. Es liege weder ein Verschmelzungsvertrag noch

Written form and change of legal form for the tenant

BGH (German Federal Court of Justice), ruling dated
December 11, 2013 – XII ZR 137/12

On the written form for a contractual change of tenant during the term of a lease agreement

FACTS

The defendant rented a commercial property in L. to the tenant, N. GmbH, on August 25, 1995 to operate a transport company. According to Item 2 No. 1 of the lease agreement, a fixed term of 15 years was agreed for the lease agreement, with a five-year extension option. In January 1998, N. GmbH changed its name to J. GmbH. Later, J. GmbH concluded a „purchase and transfer agreement for an equity interest“ with the plaintiff's legal predecessor. In this agreement, the contractual parties agreed that the purchaser would enter in seller's stead into all of the rights and obligations from the contracts listed in the annex attached to the contract, which included a table listing the rented properties, the locations, landlords and information on the rent to be paid. This included the following information: „Location: L.; landlord: G GbR; rent 163,608... accumulated 1,963,296“. The plaintiff requests that the court find that the rental relationship is for an indefinite period due to the written form not being upheld.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The courts upheld the claim in all instances. The German Supreme Court noted that the plaintiff did not become a party to the lease agreement on grounds of universal succession. There is neither a merger agreement nor a transfer of assets nor a transfer of

Vermögensübertragung oder ein Vertragsübergang nach § 25 HGB vor. Die Klägerin hat aber mittels des Kauf- und Übertragungsvertrages die Gesamtheit der einzelnen Wirtschaftsgüter erworben. Auch der Eintritt in den Mietvertrag ist erfolgt. Allerdings ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs dadurch die Schriftform des Mietvertrages nicht mehr gewahrt. Der Mietvertrag gilt als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Treffen die Mietvertragsparteien nachträglich eine Vereinbarung, mit der wesentliche Vertragsbestandteile geändert werden sollen, muss diese nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Erhaltung der Schriftform des § 550 Satz 1 BGB hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nehmen, die geänderten Regelungen aufführen und erkennen lassen, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll. Der Bundesgerichtshof bestätigt diese Grundsätze nun auch für den Fall der Vereinbarung über den Wechsel der Parteien eines Mietvertrages, da diese Angabe zu den wesentlichen Vertragsbedingungen zählt, die von dem Schriftformerfordernis erfasst werden.

Dies ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofs hier nicht der Fall. Die dem Kauf- und Übertragungsvertrag beigegefügte Tabelle der zu übernehmenden Vertragsverhältnisse lasse das betroffene Mietobjekt mangels hinreichend konkreter Ortsbezeichnung nicht eindeutig bestimmen. Weiterhin rügt der Bundesgerichtshof, dass die ursprüngliche Mieterin N. GmbH nicht genannt sei. Dass sich die den Kauf- und Übertragungsvertrag abschließende J. GmbH als deren Rechtsnachfolgerin aus dem Handelsregister ermitteln lasse, behebe diesen Mangel nicht. Auch sei das Datum des Mietvertrages aus der Anlage nicht zu entnehmen. Schließlich bestehe auch eine Abweichung der in der Liste aufgeführten Miete zu der im Mietvertrag genannten Miete.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Entscheidung zeigt die Bedeutung des Schriftformerfordernisses für gewerbliche Mietverträge im Zusammenhang mit dem Wechsel von Mietvertragsparteien. Dieser ist in verschiedener Weise möglich. Der praktisch häufigste und einfachste Fall ist der, dass entweder der Vermieter oder der Mieter durch einen Dritten ersetzt wird. Treffen die Mietvertragsparteien nachträglich eine Vereinbarung, mit der wesentliche Vertragsbestandteile geändert werden sollen, muss diese zur Erhaltung der Schriftform des § 550 Satz

contract according to Section 25 of the HGB (Commercial Code). However, the plaintiff acquired all of the individual assets via the purchase and transfer agreement. It also entered into the lease agreement. However, the German Supreme Court is of the opinion that this did not uphold the requirement for the written form for the lease agreement. The lease agreement is deemed concluded for an indefinite period. If the contractual parties subsequently reach an agreement in which material components of the contract are to be changed, according to current legislation by the German Supreme Court, this must refer to the original agreement in a sufficiently clear manner to uphold the requirement for the written form in Section 550 Sentence 1 of the BGB (Civil Code), list the changed regulations, and show that the remainder of the provisions of the original contract are to remain in force. The German Supreme Court has now also confirmed these principles for the event that an agreement is reached on the change of parties to a lease agreement, as this information is a material contractual condition which is covered by the requirement for the written form.

In the German Supreme Court's view, this was not the case here. The table attached to the purchase and transfer agreement for the contractual relationships to be taken over did not allow the property affected to be clearly determined due to the lack of a concrete place name. In addition, the German Supreme Court admonishes that the original tenant N. GmbH was not named. The fact that J. GmbH, which concluded the purchase and transfer agreement could be seen to be its legal successor in the commercial register does not rectify this defect. The date of the lease agreement also could not be derived from the annex. Finally, there was also a difference in the rent included in the list to the rent stated in the lease agreement.

IMPACT ON DAY-TO-DAY PRACTICE

The decision shows the importance of the requirement for the written form for commercial lease agreements in connection with a change of parties to the lease agreement. This is possible in various ways. The most frequent and simplest form in practice is that either the landlord or the tenant is replaced by a third party. If the parties to the lease agreement subsequently reach an agreement which changes material components of the contract, in order to uphold the requirement for the written

1 BGB hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nehmen, die geänderten Regelungen aufführen und erkennen lassen, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll. Dies gilt auch für eine Vereinbarung über den Wechsel der Vertragsparteien, da die Angabe der Mietvertragsparteien zu den wesentlichen Vertragsbedingungen zählt, die von dem Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB erfasst werden. Die vertragliche Auswechslung eines Mieters in einem Mietvertrag, der wegen seiner Laufzeit der Schriftform des § 550 BGB bedarf, erfordert daher ebenfalls die Einhaltung der Schriftform, wenn die Laufzeit erhalten bleiben soll. Der Mieterwechsel muss zur Wahrung der Schriftform dergestalt beurkundet sein, dass sich die vertragliche Stellung des neuen Mieters im Zusammenhang mit dem zwischen dem vorherigen Mieter und dem Vermieter geschlossenen Mietvertrag ergibt. Die Vertragsübernahme kann als dreiseitiger Vertrag oder durch Vertrag zwischen zwei Beteiligten geschlossen werden, der durch den dritten Beteiligten genehmigt wird. Wird ein Mieterwechsel in Form einer Vereinbarung zwischen dem Vormieter und dem neuen Mieter vorgenommen, bedarf es der Genehmigung durch den Vermieter, die auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen kann. Diese Genehmigung – und das ist eine wichtige Ausnahme vom Schriftformerfordernis – kann auch konkludent, also formfrei erfolgen, beispielsweise durch die Entgegennahme der Mietzinszahlungen, die Entgegennahme einer Mietbürgschaft und die Adressierung von Nebenkostenabrechnungen und Mieterhöhungsverlangen an den neuen Mieter. So hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass bei einem zwischen dem früheren und einem neuen Vermieter vereinbarten Vermieterwechsel für die Aufrechterhaltung der Schriftform des § 550 BGB die notwendige Zustimmung des Mieters nicht der Schriftform bedarf (Urteil BGHZ 154, 171 = NZM 2003, 476, 478). Auch bei einem vom Vermieter und früheren Mieter vereinbarten Mieterwechsel hat der Bundesgerichtshof die Zustimmung des neuen Mieters formfrei für wirksam gehalten (Urteil vom 20. April 2005 – XII ZR 29/02 – NZM 2005, 584, 585). Diese Entscheidungen bezogen sich jedoch nur auf die Formbedürftigkeit der erforderlichen Zustimmung des Dritten bei einer nur von zwei Beteiligten vereinbarten Vertragsübernahme. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Nachtragsvereinbarung über den Wechsel des Vermieters oder Mieters als solche formbedürftig ist. Auch wenn die Zustimmung des Dritten formfrei möglich ist, muss die nachträgliche Vereinbarung über einen Vermieter- oder Mieterwechsel hinreichend deutlich auf den

form in Section 550 Sentence 1 of the BGB, this must sufficiently clearly refer to the original agreement, list the changed regulations and show that the other provisions of the original contract are to remain in force. This also applies to an agreement on a change to the contractual parties, as stating the parties to the lease agreement is one of the material contractual conditions that are covered by the requirement for the written form set out in Section 550 Sentence 1 of the BGB. Contractually changing a tenant in a lease agreement, which requires the written form set out in Section 550 of the BGB as a result of its term, thus also requires that the written form is upheld if the term is to remain the same. In order to uphold the written form, the change of tenant must be documented in such a way that the contractual position of the new tenant results in connection with the lease agreement concluded between the previous tenant and the landlord. This contract transfer can be concluded as a three-party contract or as a contract between two participants that is approved by a third participant. If a change of tenant is performed by way of an agreement between the previous tenant and the new tenant, this requires approval from the landlord, which can also take place via a contract implied in fact. This approval - and this is a key exception to the requirement for written form - can also be conclusent, i.e. without a requirement for a specific form, for example via the receipt of rental payments, receipt of a rent guarantee, and addressing invoices for incidental costs and requests for rent increases to the new tenant. As a result, the German Supreme Court has decided that, in the case of a change of landlord between the former and new landlord, the requisite approval from the tenant does not require the written form according to Section 550 of the BGB (Ruling BGHZ 154, 171 = NZM 2003, 476, 478). The German Supreme Court also held that a change of tenant agreed between the landlord and the former tenant does not require a specific form of consent from the new tenant to be effective (Ruling dated April 20, 2005 - XII ZR 29/02 - NZM 2005, 584, 585). However, these decisions only concerned the requirement for a specific form for the requisite approval by a third party to a contract transfer agreed between just two parties. We must differentiate this from the issue of whether the subsequent agreement on the change of landlord or tenant requires the written form. Even if approval by a third party is possible without requiring a specific form, the subsequent agreement on a change of landlord or

ursprünglichen Mietvertrag Bezug nehmen, um die Schriftform aufrechtzuerhalten.

Ein Mieterwechsel kann sich ferner im Zuge eines Unternehmenskaufs ergeben. Dieser ist durch Erwerb der Gesamtheit der einzelnen Wirtschaftsgüter eines Unternehmens oder Betriebsteils möglich (sog. „asset-deal“; vgl. Palandt/Putzo BGB, 73. Aufl. 2014, § 453 Rn. 7). Dann wird der Erwerber nicht Gesamtrechtsnachfolger des Veräußerers. Die Abwicklung des Unternehmenskaufs erfordert vielmehr für jeden einzelnen Vermögensgegenstand, der auf den Erwerber übertragen werden soll, einen gesonderten Übertragungsakt, der sich nach den maßgeblichen dinglichen Vorschriften richtet. Deshalb tritt der Erwerber bei einem „asset-deal“ nicht im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge in Vertragsverhältnisse ein, aus denen der Veräußerer berechtigt und verpflichtet ist und die von dem Unternehmenskauf erfasst werden. Vielmehr müssen diese Verträge zunächst in der erforderlichen Form auf den Erwerber übertragen werden, damit dieser Vertragspartei wird. Es gelten dann die vorstehend dargestellten Grundsätze.

Bei einem Unternehmenskauf im Wege des Erwerbs der Geschäftsanteile (sog. „share-deal“; vgl. Palandt/Putzo, a.a.O.) erfolgt hingegen der Eintritt des Erwerbers in die bestehenden Vertragsverhältnisse einschließlich der Mietverträge. Einer gesonderten Übertragung der Mietverträge bedarf es in diesem Falle nicht. Ein praktisch wichtiger Fall sind Umstrukturierungen nach dem Umwandlungsgesetz, welches die weitreichende Möglichkeit der Vermögensübertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ohne Zustimmung der betroffenen Gläubiger ermöglicht.

tenant must sufficiently clearly refer to the original lease agreement in order to uphold the written form.

A change of tenant can also result in the event that a company is purchased. This is possible via an acquisition of all of the individual assets of a company or part of a company (so-called asset deal; see Palandt/Putzo BGB, 73rd Edition 2014, Section 453, margin number 7). The acquiring party does not then become the universal successor for the selling party. Rather, managing the purchase of a company requires a separate act of transfer for each individual asset that is to be transferred to the acquiring party. This act must be geared to the relevant material provisions. This is why, in an asset deal, the acquiring party does not enter by way of universal succession into contractual relationships in which the selling party is authorised and obliged, and which are covered by the purchase of the company. Instead, these agreements must first be transferred to the acquiring party in the requisite form in order for said party to become a contracting party. Then the above principles apply.

In the case of the purchase of a company by acquiring an equity interest (so-called share deal; see Palandt/Putzo, loc. cit.), in contrast the acquiring party enters into the existing contractual relationships including lease agreements. In this case no separate transfer of the lease agreements is required. Restructurings under the Restructuring Act constitute an important case in practice. This allows a far-reaching transfer of assets via universal succession without approval by the affected creditors.



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

Wahrung der Schriftform
bei unbestimmtem, aber
bestimmbarem Mietbeginn

BGH, Urteil vom 24. Juli 2013 –
XII ZR 104/12

Mit seinem Urteil vom 24. Juli 2013 hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung der letzten Jahre zur praktikablen Auslegung des Schriftformerfordernisses bestätigt. In Bezug auf den Mietbeginn hat er in einer neuen Fallkonstellation an seiner Rechtsprechung, dass es ausreichend sei, wenn sich Beginn und Ende der Mietzeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in hinreichend bestimmter Weise aus der Vertragsurkunde ergibt (Urt. v. 24. Februar 2010 IX ZR 120/06, NJW 2010, 1516 Rz. 11 m. w. N), festgehalten.

SACHVERHALT

Streitgegenständlich war ein Mietvertrag mit folgenden Bestimmungen:

„Das Mietverhältnis und damit die Pflicht zur Zahlung des Mietzinses beginnt mit der Übergabe/Übernahme der Mietsache.

Verzögert sich die Übergabe/Übernahme durch Änderungswünsche des Mieters (...) oder durch nicht rechtzeitige Vorlage der für den Mietausbau erforderlichen Pläne und Unterlagen (...) oder durch nicht rechtzeitige Leistung der Sicherheit (...), beginnt das Mietverhältnis mit dem Tag, an dem das Objekt ohne diese Änderungswünsche bzw. bei rechtzeitigem Vorliegen der Unterlagen und Pläne bzw. der Bankbürgschaft übergeben worden wäre. Gerät der Mietzins mit der Übernahme des Mietobjektes in Verzug, so beginnt das Mietverhältnis mit Eintritt des Annahmeverzuges.“

Compliance with written form
in case of undefined but
determinable begin of lease

BGH (German Federal Court
of Justice), ruling dated July 24,
2013 – XII ZR 104/12

With its July 24, 2013 decision, the Federal Court of Justice has confirmed its rulings of recent years for a practical interpretation of the written form requirement. With reference to rental start dates it has, based on a new configuration of its rulings, determined that it is sufficient if the start and end dates of the lease term are noted in a sufficiently clear way in the contract document at the time the contract is entered into (Ruling of February 24, 2010 IX ZR 120/06, NJW 2010, 1516 margin no.11 with further notes).

FACTS

At issue was a lease with the following provisions:

“The tenancy, and therefore the obligation to pay the rent, begins with the handover/takeover of the leased property.

If the handover/takeover is delayed due to changes requested by the tenant (...) or by failure promptly to submit the plans or documents required for the upgrading of the rental space (...) or through the late payment of the security (...), then the tenancy begins on the day on which the property would have been handed over in the absence of these alteration requests or had the documents or plans, and/or the bank guarantee been made available promptly. If the rent falls into arrears upon the takeover of the rental property, then the tenancy begins with the occurrence of a delay in accepting the property.”

Die Vorinstanz (Oberlandesgericht Hamm) hatte die Ansicht vertreten, dass das Schriftformerfordernis gem. §§ 550, 578 BGB verletzt sei, da das Mietverhältnis möglicherweise ab einem Zeitpunkt einer fiktiven Übergabe zu laufen beginne.

Diese zusätzliche Vereinbarung lasse den Beginn des Mietverhältnisses nicht mehr als bestimmbar erscheinen. Insbesondere werde ein Erwerber, der gem. § 566 BGB an die Bestimmungen des Mietvertrages gebunden sei, bei dem Versuch, den Tag des Mietvertragsbeginns festzustellen, möglicherweise vor erhebliche tatsächliche Schwierigkeiten gestellt. Dementsprechend sei das Schriftformerfordernis mangels Bestimmbarkeit des Vertragsbeginns nicht gewahrt.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Demgegenüber führt der Bundesgerichtshof aus, dass das Berufungsgericht zu hohe Anforderungen an den Begriff der Bestimmbarkeit stelle. Eine abstrakte Beschreibung, die es ermögliche, den Mietbeginn zu ermitteln, sei ausreichend. Hinreichend sei, dass der Sachverhalt, an den die Vertragsparteien den Vertragsbeginn knüpfen, so genau bestimmt werde, dass bei seiner Verwirklichung kein Zweifel am Vertragsbeginn verbleibe. Dies sei vorliegend der Fall.

Diese hinreichende Bestimmtheit des Mietbeginns werde auch nicht durch Regelungen zum Mietbeginn im zweiten Absatz in Frage gestellt. Der Vertragsbeginn sei auch durch diese Regelungen für einen möglichen Erwerber der Mietsache bestimmbar. Der Erwerber kann aus der Vertragsurkunde erkennen, in welchen Fällen der Mietvertrag bereits vor der tatsächlichen Übergabe beginnen sollte, und es sei für ihn ersichtlich, welcher Zeitpunkt für den Vertragsbeginn an die Stelle der tatsächlichen Übergabe treten solle. Dies genüge, um dem Schriftformerfordernis Genüge zu tun. Die Schriftform sei insbesondere nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Vereinbarung über den Vertragsbeginn auslegungsbedürftige Begriffe enthalte oder die Feststellung, ob die Umstände, an die die Parteien den Vertragsbeginn geknüpft haben, tatsächlich auch eingetreten seien.

The lower court (Higher Regional Court of Hamm) had taken the view that the requirement for written form under Sections 550 and 578 BGB [“German Civil Code”] was infringed, as the tenancy may have begun to run from the time of a fictitious transfer.

This additional agreement would have allowed the start of the lease to appear unascertainable. In particular, a purchaser bound, under Section 566 BGB, by the provisions of the lease, could be faced with considerable practical difficulties in trying to determine the date of the start of the lease. It followed that, due to the impossibility of determining the start of the lease the written form requirement had not been met.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

In contrast, the Federal Court of Justice explains that the appeal court had placed excessively high demands on the concept of determinability. An abstract description, which makes it possible to determine the rental period, was sufficient. It is sufficient if the facts to which the contracting parties tie the beginning of the contract were determined sufficiently precisely for there to be no remaining doubt about the start of the contract once the contract is implemented. This is the case here.

This sufficient certainty of the start of the tenancy was also not called into question by the provisions in the second paragraph concerning the beginning of the rental period. These provisions also made it possible for a potential purchaser of the leased property to ascertain when the contract began. The purchaser is able to discern from the contract document in which cases the lease should begin before the actual handover, and it would be apparent to him which point in time should be used for the beginning of the contract instead of actual takeover. This is sufficient to satisfy the requirement for written form. The written form was, in particular, not subject to question simply as a result of the agreement on the contract start date containing terms of interpretation or the finding of whether the circumstances to which the parties had linked the start of the contract had actually occurred.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Diese Rechtsprechung des BGH verdient Zustimmung, insbesondere dürfen aus den Gründen der Rechtssicherheit, Praktikabilität und Handhabbarkeit von Mietverträgen keine zu hohen Anforderungen an das Schriftformerfordernis geknüpft werden. Denn in der Praxis geht es bei Verstößen gegen das Schriftformerfordernis in der Regel nicht um den Schutz eines potentiellen Erwerbers, sondern darum, dass sich eine der Mietvertragsparteien vorzeitig aus dem Mietverhältnis lösen möchte. Dementsprechend sollten an die Festlegung des Beginns und des Endes des Mietverhältnisses im Mietvertrag keine unpraktikablen und an der Rechtswirklichkeit vorbeigehenden Anforderungen gestellt werden. So ist beispielsweise, wenn die Mietvertragsurkunde eine Verlängerungsoption zugunsten einer Partei vorsieht, auch der Urkunde nicht zu entnehmen, ob diese Option ausgeübt wurde oder nicht. Gleiches gilt bei einem längerfristigen Mietvertrag, der vorsieht, dass er nur bei Eintritt einer künftigen Bedingung wirksam wird. Sollte es notwendig sein, all diese Tatsachen in der Mietvertragsurkunde niederzulegen, hätte dies einen hohen Aufwand in Bezug auf Nachträge sowie eine hohe Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Einhaltung des Schriftformerfordernisses zur Folge. Demgemäß ist dem BGH zuzustimmen, dass er hier die Anforderungen nicht zu hoch schraubt und den rechtssicheren Abschluss von langfristigen Mietverträgen auch so sicherstellt.

IMPACT ON DAY-TO-DAY PRACTICE

This ruling by the *BGH* deserves approval, in particular because for reasons of the legal certainty, practicality and manageability of leases, no excessively high demands should be linked to the written form requirement. This is because infringements of the written form requirement in practice do not usually concern the protection of a potential purchaser, but rather relate to the desire by one of the parties to the contract to be released early from the tenancy. Accordingly, the lease should contain no impractical requirements or requirements that bypass the legal reality concerning the determination of the start and end of the lease. Thus, for example, when the lease document provides for a renewal option in favor of a party, it is not clear from the document itself whether the option was exercised. The same applies to a longer-term lease, which provides that it becomes effective only upon the occurrence of a future condition. Should it be necessary to lay down all these facts in the lease document, this would result in high costs in relation to the addenda as well as a high degree of legal uncertainty with regard to compliance with the requirement for written form. For that reason, the BGH should be concurred with that it did not set the requirements too high, and thus ensured that the conclusion of long-term leases is legally secure.



Anja Giesen
Associate, Düsseldorf
T +49 211 86224 240
agiesen@mayerbrown.com

Haftung einer das Fondsobjekt finanzierenden Bank bei vorsätzlicher sittenwidrigen Schädigung der Anleger durch Fondsinitiatoren

BGH, Urteil vom 3. Dezember 2013 – XI ZR 295/12

In den letzten Jahren hatte sich der Bundesgerichtshof (BGH) wiederholt mit verschiedenen Fragestellungen zur Haftung einer ein Fondsobjekt finanzierenden Bank zu beschäftigen. In dem im Dezember 2013 entschiedenen Fall ging es insbesondere um die Frage der Mitwirkung der finanzierenden Bank an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB von Fondsanlegern durch einen Gründungsgesellschafter (BGH, Urteil vom 3. Dezember 2013, Aktenzeichen XI ZR 295/12), welche im konkreten Fall verneint wurde.

SACHVERHALT

Eine Bank nahm die Anleger als Gesellschafter eines in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betriebenen geschlossenen Immobilienfonds quotaal auf Rückzahlung eines dem Fonds gewährten Darlehens in Anspruch. Das Darlehen, welches von dem Fonds aufgenommen wurde, bevor die Anleger dem Fonds beitraten, diente der Finanzierung des Objektankaufs. Aufgrund einer aufgetretenen Unterdeckung des Fonds hatte die Bank das Darlehen aus wichtigem Grund gekündigt. Im Fondsprospekt war ein Zwischengewinn nicht ausgewiesen, der dadurch erzielt wurde, dass der Fonds die Fondsimmoblie für einen rund 28 Prozent höheren Kaufpreis von einer Gesellschaft erworben hatte, deren Gesellschafter ebenfalls die Fondsinitiatoren waren, als diese ihrerseits nur drei Tage zuvor von einem Dritten. Es stellte sich im Nachhinein heraus, dass die Fondsinitiatoren in mehreren Fällen nach diesem Muster vorgehen und Anleger planmäßig täuschten.

Liability of a bank that finances a property fund for deliberate unethical damage to investors by fund managers

BGH (German Federal Court of Justice), ruling dated December 3, 2013 – XI ZR 295/12

In recent years, the Federal Court of Justice (BGH) has repeatedly dealt with various issues related to the liability of banks that finance property funds. The case decided in December 2013 concerned, in particular, the question of the involvement of a financing bank in deliberate unethical prejudice, under Section 826 BGB (German Civil Code), to investors in the fund by a founding shareholder (BGH, judgment of December 3, 2013, case reference XI ZR 295/12), which was denied in this particular case.

Facts

A bank brought claims against the investors as shareholders in a closed real estate fund in the form of a company incorporated under civil law, for the proportional repayment of a loan to the fund. The loan, which was taken out by the fund before the investors joined the fund, served to finance the purchase of property. Due to a fund deficit which had arisen, the bank had terminated the loan for cause. The fund prospectus did not disclose an interim profit, which had been achieved when the fund acquired the fund's real estate from a company whose shareholders were also the fund's managers, for a price around 28% higher than the latter had paid to a third party only three days previously. It subsequently transpired that the fund initiators had adopted this approach in several cases and systematically deceived investors.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Der BGH hat im Wesentlichen die Entscheidung des OLG Zweibrücken (Entscheidung vom 27. 1. 2011 – 7 U 20/11) bestätigt. Zunächst wurde der Bank ein Anspruch gegen die Gesellschafter als Gesamtschuldner auf quotale Rückzahlung der noch offenen Darlehensschuld gemäß §§ 128, 130 HGB analog nach den Grundsätzen des fehlerhaften Gesellschafterbeitritts zugestanden. Zu prüfen waren dann eventuelle Gegenansprüche der Anleger, die diese im Verfahren geltend machten. Mangels unmittelbarer Vertragsbeziehung hat der BGH einen Schadensersatzanspruch wegen Aufklärungspflichtverletzung der Bank verneint. Kern der Entscheidung bildet die Auseinandersetzung mit der Frage einer Beteiligung an einer sittenwidrigen Schädigung und damit einem Gegenanspruch aus §§ 826, 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB. Das Verschweigen des Zwischengewinns in dem Fondsprospekt wurde als fehlerhafte Angabe und damit als eine sittenwidrige Schädigung der Fondsinitiatoren gegenüber den Anlegern qualifiziert. In der Gewährung der Objektfinanzierung könne man auch eine objektive Unterstützungshandlung sehen, doch fehle es bei der Bank an dem subjektiven Element des Schädigungswillens. Obwohl sie Erwerbs- und Veräußerungspreis gekannt habe, so dass ihr ein Auseinanderfallen der Beträge aufgefallen sein müsste, könne man der Bank weder Kenntnis von einem planmäßigen Vorgehen der Initiatoren noch von dem Verschweigen des Zwischengewinns im Prospekt vorwerfen, da sie den Prospekt nicht gekannt habe. Somit hafte die Bank nicht wegen einer Beteiligung an der sittenwidrigen Schädigung der Anleger.

Die Entscheidung scheint auf den ersten Blick im Widerspruch zu einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2009 (BGH, Urteil vom 29. September 2009 – XI ZR 179/07) zu stehen, worin der Senat im Ergebnis zumindest zu einer Beteiligung der finanzierenden Bank an einer sittenwidrigen Schädigung der Anleger kam. Vom Grundsatz her war der Fall ähnlich gelagert: Gesellschafter einer Grundstücksgesellschaft bürgerlichen Rechts (Anleger), der Fondsinitiator und die finanzierende Bank stritten über wechselseitige Ansprüche. In einem Fondsprospekt wurde den Anlegern eine subsidiäre Haftung vorgespiegelt, die tatsächlich mit der Bank nicht vereinbart war. Nach Feststellung des Gerichts handelte es sich dabei um eine Falschangabe, die für die Entschließung der Anleger, sich an dem Fonds zu beteiligen, von entscheidender Bedeutung war, was prinzipiell zu einer Schadensersatzpflicht des Initiators

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The BGH largely upheld the decision of the Zweibrücken OLG (Higher Regional Court, Zweibrücken), (decision of January 27, 2011 – 7 U 20/11). Initially, the bank was granted a claim against the shareholders as being jointly and severally liable for the proportional repayment of the outstanding indebtedness under the loan, pursuant to Sections 128 and 130 HGB (German Commercial Code), by analogy with the principles of flawed accession by shareholders. To be examined next were any counterclaims by investors submitted in course of the proceedings. In the absence of any direct contractual relationship, the BGH denied a claim by the bank for damages for breach of duty to inform. The substance of the decision lies in the discussion of the question of involvement in unethical damage and hence a counterclaim under Sections 826 and 830 Para. 1 Sentence 1 and Para. 2 BGB. The concealment of the interim profit in the fund's prospectus was classed as an erroneous statement and thus as unethical prejudice by the fund managers to investors. One might also regard the granting of real estate financing by the bank as objective assistance, but it was said that the bank lacked the subjective element of intent to do harm. Although it had known the acquisition and disposal prices, so that it must have noticed the discrepancy in the amounts, the bank could not be accused of knowledge of systematic behaviour on the part of the managers nor of concealing the interim profit in the prospectus as it was unaware of the prospectus. Thus the bank was not liable for involvement in the unethical prejudice to the investors.

At first glance, the decision seems to contradict a 2009 decision of the BHG (BGH, decision of September 29, 2009 – XI ZR 179/07) in which the Senate concluded that a financing bank was at least involved in unethical prejudice to investors. In principle, the case was similar in nature: shareholders in a real estate company incorporated under civil law (investors), the fund manager and the financing bank were arguing over reciprocal claims. In a fund prospectus, investors were led to believe that a subsidiary liability existed, which had not in fact been agreed with the bank. The court found that this constituted a misrepresentation which was crucial to the investors' decision to participate in the fund, which in principle led to the manager's obligation to pay compensation due to deliberate unethical prejudice in which the bank

wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung führt, an der sich die Bank beteiligt habe. Der maßgebliche Unterschied zur Entscheidung aus 2013 besteht darin, dass die finanzierende Bank in dem zuletzt genannten Fall die den eigenen Darlehensverträgen widersprechende Darstellung im Fondsprospekt kannte und den Initiator ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, sie könne eine wie im Fondsprospekt dargestellte subsidiäre Haftungsregelung in Bezug auf die persönliche Haftung der Anleger (Gesellschafter der Fondsgesellschaft) für die Rückzahlung der Objektfinanzierungsdarlehen nicht vereinbaren. Die Bank habe sich daher an der Täuschung der Anleger planmäßig und bewusst beteiligt, indem sie in Kenntnis des geplanten Vorgehens des Initiators die Objektfinanzierung durchgeführt und dadurch die Täuschung ermöglicht und gewollt habe. Das Vorgehen der Bank sei auch nicht durch die Wahrnehmung berechtigter eigener Interessen gerechtfertigt. Zwar durfte sie auf eine unmittelbare persönliche Haftung bestehen, sich aber nicht an einer Täuschung der Anleger darüber beteiligen.

Das bedeutet, dass die Bank entweder die Finanzierung des Objektes hätte verweigern oder aber auf eine entsprechende Änderung des Fondsprospektes hätte bestehen müssen. Offen bleibt jedoch, in welchem Umfang die Bank eine Kontrollpflicht trifft. Vor dem Hintergrund der aktuellen Entscheidung haftet die Bank nicht, soweit sie den Fondsprospekt nicht kannte und von einer Falschaussage zum Haftungsumfang der Fondsanleger nichts wusste. Soweit ihr eine solche der eigenen Vertragsdokumentation widersprechende Angabe im Fondsprospekt jedoch bekannt wird, trifft sie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH aus 2009 schon im eigenen Interesse eine erhöhte Pflicht, auf eine entsprechende Korrektur des Prospektes zu bestehen, da sie sonst ggf. für einen entsprechenden Schaden haftet bzw. ein solcher Gegenanspruch der Durchsetzung eines eigenen Anspruchs auf Darlehensrückzahlung entgegenstehen kann. Es mag befremdlich erscheinen, dass bei einem Vergleich der Entscheidungen eine Bank, die sich gewissenhafter informiert und mit dem Fondsprospekt ihres Kunden auseinandersetzt, ein größeres Haftungsrisiko trifft als eine Bank, die ohne vertiefte Prüfung ein Fondsobjekt finanziert. Dies ist darauf zurückzuführen, dass einer sittenwidrigen Schädigung immer auch ein subjektives Element immanent ist, also das Wissen und Wollen um eine oder zumindest ein Inkaufnehmen einer Schädigung der Anleger.

had participated. The key difference compared with the decision of 2013 is that because, in the latter case, the financing bank knew of the representation in the fund prospectus – and this representation contradicted its own loan agreements and it had expressly pointed this out to the manager – the bank could not agree a subsidiary liability provision to repay the real estate finance loans as represented in the fund prospectus with respect to the personal liability of the investors (shareholders in the fund). The bank had, therefore, systematically and knowingly participated in the deception of investors in that, aware of the manager's intended actions, it had gone ahead with funding the real estate, and thereby allowed and intended the deception. The bank's actions were also not justified by its pursuit of its own legitimate interests. Admittedly, the bank was permitted to insist on a direct personal liability but it could not thereby participate in a deception of investors.

This means that the bank should either have refused the real estate financing or insisted on an amendment of the fund's prospectus. However, the extent to which the bank is affected by a supervisory duty remains open. In light of the recent decision, the bank is not liable as long as it did not know of the fund's prospectus or was unaware of a misrepresentation as to the extent of the liability of the investors in the fund. However, where it becomes aware of a statement in the fund prospectus that contradicts its own contractual documentation, it shall, in light of the 2009 decision by the BGH, in its own interest, have an increased duty to insist on a corresponding correction of the prospectus, as otherwise, it shall, where relevant, be liable for corresponding damage or may be subject to such a counterclaim as may oppose its own claim to repayment of the loan. It may seem strange that in a comparison of the decisions a bank which conscientiously keeps itself informed and discusses its customer's fund prospectus bears a higher risk of liability than a bank which finances a property fund without carrying out any more in-depth examination. This is due to the fact that a subjective element is always an intrinsic part of unethical damage, i.e., the knowledge of and intent in relation to – or at least an acceptance of – damage to the investor.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Sofern eine Bank nicht auch die Beteiligung der Anleger finanziert, trifft die Bank gegenüber den Anlegern keine Aufklärungspflicht, da kein vertragliches Verhältnis zu den Anlegern besteht. Auch aus einem Darlehensvertrag mit dem Fonds entstehen laut BGH keine Aufklärungspflichten gegenüber den Anlegern.

Sofern eine Bank bei der Prüfung eines Fondsprospektes Fehlinformationen zur Kenntnis gelangen, die geeignet sind, Anleger in ihrer Entscheidung zu beeinflussen, sollte sie zur Vermeidung einer Haftung wegen Beteiligung an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung die Finanzierung nur gegen Vorlage eines korrigierten Prospektes durchführen (zum Beispiel durch Vereinbarung einer entsprechenden Auszahlungsvoraussetzung).

Die Rechtsprechung zur Haftung einer ein Fondsobjekt finanzierenden Bank bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung der Anleger zeigt, dass es oftmals auf den konkreten Einzelfall ankommt und bei einer Verallgemeinerung Vorsicht geboten ist.

IMPACT ON DAY-TO-DAY PRACTICE

If a bank does not finance the investors' investment, then the bank has no obligation to inform investors, because there is no contractual relationship with the investors. According to the BGH, even in a loan agreement with the fund, no duty to inform investors is incurred.

When examining a fund prospectus, if a bank notices misinformation that is likely to influence investors in their decision, it should, in order to avoid liability for involvement in deliberate unethical prejudice, go ahead with the financing only upon presentation of a corrected prospectus (for example, by agreeing a corresponding condition precedent to drawdown).

The case law concerning the liability of a bank financing a property fund for deliberate unethical prejudice to investors shows that it often depends on the individual situation and should in general be treated with caution.



Cornelia Geissler
Associate, Frankfurt
T +49 69 7941 1261
cgeissler@mayerbrown.com

Überblick Grunderwerb- steuersätze

Die folgende Tabelle soll einen Überblick über den derzeitigen Stand (24. März 2014) der Grunderwerbsteuersätze in den einzelnen Bundesländern geben. Soweit konkrete Informationen und Hinweise auf eine Veränderung des Grunderwerbsteuersatzes in einem Bundesland bestehen, wurde dies entsprechend vermerkt. Änderungen seit der letzten Ausgabe im Herbst 2013 sind in fett hervorgehoben.

Overview Real Estate Transfer Tax Rates

The following table provides an overview of the current status of the real estate transfer tax rates in the individual federal states (March 24, 2014). To the extent that specific information and indications regarding a change of the real estate transfer tax rate exist in a state, this was noted accordingly. Changes since the last issue in autumn 2013 are marked in bold.

Baden-Württemberg	5,0 %
Bayern	3,5 %
Berlin	6,0 %
Brandenburg	5,0 %
Bremen	5,0 %
Hamburg	4,5 %
Hessen	5,0 % (Anhebung auf 6,0 % ab 1. 1. 2015 geplant)*
Mecklenburg-Vorpommern	5,0 %
Niedersachsen	5,0 %
Nordrhein-Westfalen	5,0 %
Rheinland-Pfalz	5,0 %
Saarland	5,5 %
Sachsen	3,5 %
Sachsen-Anhalt	5,0 %
Schleswig-Holstein	6,5 %
Thüringen	5,0 %

* Vgl. Koalitionsvertrag zwischen der CDU Hessen und Bündnis 90/Die Grünen Hessen für die 19. Wahlperiode des Hessischen Landtags 2014-2019.

Baden-Württemberg	5.0%
Bavaria	3.5%
Berlin	6.0%
Brandenburg	5.0%
Bremen	5.0%
Hamburg	4.5%
Hesse	5.0% (increase to 6.0% planned as from January 1, 2015)*
Mecklenburg-Western Pomerania	5.0%
Lower Saxony	5.0%
North Rhine-Westphalia	5.0%
Rhineland-Palatinate	5.0%
Saarland	5.5%
Saxony	3.5%
Saxony-Anhalt	5.0%
Schleswig-Holstein	6.5%
Thuringia	5.0%

* Pursuant to the Coalition Agreement between the CDU Hesse and Alliance 90/The Greens Hesse for the 19th legislative period of the Hessian State Parliament 2014-2019.

DR. JÖRG MICHAEL LANG
PARTNER, FRANKFURT

Dr. Jörg Michael Lang ist Partner im Frankfurter Büro von Mayer Brown und Co-Leiter der deutschen Immobilienrechtspraxis. Er ist berät und vertritt insbesondere nationale und internationale Mandanten, einschließlich offener Immobilienfonds, beim Kauf und Verkauf von gewerblichen Immobilien und Immobilienportfolios. Er verfügt über besondere Erfahrung bei komplexen Immobilientransaktionen, einschließlich Cross-Border Investitionen und Finanzierungen und berät weiterhin bei Joint Ventures, Sale- und Lease-Back-Transaktionen und anderen Formen der strategischen Investments.

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.

ANJA GIESEN, LL.M.
ASSOCIATE, DÜSSELDORF

Anja Giesen ist Associate im Bereich Immobilienrecht des Düsseldorfer Büros von Mayer Brown. Sie berät deutsche und ausländische Investoren bei Transaktionen im Bereich M&A mit einem Schwerpunkt im Immobilienrecht. Insbesondere berät sie bei Erwerb, Verkauf und Entwicklung von Immobilien und Immobilienportfolios aus sämtlichen Anlageklassen, z. B. Büro, Einzelhandel, Logistik, Pflegeheime, Hotels, etc. Ihre Beratung umfasst auch gesellschaftsrechtliche Fragestellungen sowie die Finanzierung. Sie hat Erfahrung bei der Beratung von Sale-and-Lease-Back-Strukturen sowie bei dem Erwerb aus der Insolvenz. Zudem berät sie Vermieter und Mieter im gewerblichen Mietrecht. Anja Giesen hat einen Master (Real Estate Law) der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

DR. JÖRG MICHAEL LANG
PARTNER, FRANKFURT

Dr. Jörg Lang is an experienced real estate attorney whose law practice is focused primarily on transactions and real estate financing. Jörg works with international corporate clients – particularly with US and British organizations – in support of their respective activities in Germany. He has also written various articles on US Environmental Law.

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 own 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.

ANJA GIESEN, LL.M.
ASSOCIATE, DÜSSELDORF

Anja Giesen is an associate in the Düsseldorf office of Mayer Brown. Her practice focuses on transactional/ M&A work and in particular on transactions in the real estate market. Anja is acting for national and international investors and financial institutions in purchasing, sale and development of real estate and real estate portfolios of all key asset classes, e.g. office, retail, logistics, nursing homes, hotels, etc. Her advice includes corporate law matters as well as the financing. She is also experienced in commercial lease law matters, advising tenants and landlords. Furthermore, Anja has experience in sale-and-lease-back structures as well as distressed transactions. Anja holds an LL.M degree in Real Estate Law from the University of Münster.

ELMAR GÜNTHER
ASSOCIATE, FRANKFURT

Elmar Günther ist Senior Associate im Bereich Immobilienrecht im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Er berät vor allem inländische und ausländische institutionelle Investoren und Banken bei rechtlichen Themen rund um die Immobilie als Investitionsobjekt sowie in der laufenden Bestandsverwaltung. Ein Schwerpunkt seiner Beratungstätigkeit liegt hierbei im Bereich des zivilrechtlichen Grundstückskauf- und Immobiliarsachenrechts, des gewerblichen Mietrechts sowie im Bereich des öffentlich-rechtlichen Bau- und Planungsrechts.

GELENA YUFA
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.

CORNELIA GEISSLER
ASSOCIATE, FRANKFURT

Cornelia Geißler ist Associate im Bereich Steuerrecht im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Sie berät nationale und internationale Mandanten zu allen steuerlichen Aspekten bei Transaktionen im Gesellschaftsrecht und im Bank- und Finanzrecht sowie zum Investmentsteuerrecht. Cornelia Geißler ist Fachanwältin für Steuerrecht und unterstützt seit Ende 2012 das Steuerrechtsteam in Frankfurt. Zuvor war sie bei zwei internationalen Anwaltskanzleien in Frankfurt als Rechtsanwältin tätig.

ELMAR GÜNTHER
ASSOCIATE, FRANKFURT

Elmar Günther is a senior associate in the Frankfurt office of Mayer Brown's Real Estate practice. In particular, he advises domestic and foreign institutional investors and banks on real estate investments as well as in relation to ongoing asset management. He primarily focuses on property acquisition law and real estate law, on commercial lease law as well as on public building and planning law.

GELENA YUFA
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.

CORNELIA GEISSLER
ASSOCIATE, FRANKFURT

Cornelia Geißler is an associate in the Frankfurt office of Mayer Brown's Tax practice. She advises national and international clients on all tax issues related to corporate and finance transactions as well as private investment funds. Cornelia is a Certified Tax Law Expert (Fachanwältin für Steuerrecht). She joined Mayer Brown in December 2012. Previously, she worked for two international law firms in Frankfurt as a lawyer. She speaks English in addition to her native German.

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 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.

© 2014. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.

Attorney advertising

