

# Real Estate

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

- 2 Kündigung eines unter Nichteinhaltung der Schriftform abgeschlossenen Mietvertrages durch Erwerber trotz Schriftformheilungsklausel zulässig  
*The termination of a lease agreement by the acquirer for the reason of non-compliance with written form requirement is permissible despite existence of a remedial written form clause*
- 6 Die Ermächtigung des Grundstückskäufers zur Wahrnehmung von Vermieterrechten  
*The authorization of the real property buyer to exercise landlord's rights*
- 9 Zur Unverhältnismäßigkeit von Mängelbeseitigungskosten und Begrenzung des Schadensersatzanspruches bei Grundstückskaufverträgen  
*On the disproportionate nature of the costs of remediation and the restriction of claims for compensation in property sales contracts*
- 14 Verpfändung des einer Eigentumsvormerkung zugrunde liegenden Anspruchs im Sanierungsgebiet  
*Pledge of claim in the redevelopment area based on a provisional property registration*
- 17 Europäische Strahlenschutz-Richtlinie gibt erstmals umfassende Grenzwerte für Radon vor – Auswirkungen für Bestandsimmobilien und den Immobilienerwerb  
*The European Radiation Protection Directive lays down comprehensive limits for radon for the first time – impacts on existing properties and the acquisition of real estate*
- 20 Überblick Grunderwerbsteuersätze  
*Overview Real Estate Transfer Tax Rates*



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

Kündigung eines unter Nicht-einhaltung der Schriftform abgeschlossenen Mietvertrages durch Erwerber trotz Schriftformheilungsklausel zulässig

BGH, Urteil vom 22. Januar 2014 – XII ZR 68/10 und BGH, Urteil vom 30. April 2014 – XII ZR 146/12

#### LEITSATZ

1. BGH XII ZR 68/10 vom 22. Januar 2014  
Eine sogenannte mietvertragliche Schriftformheilungsklausel hindert den Grundstückserwerber für sich genommen nicht, einen Mietvertrag, in den er nach § 566 Abs. 1 BGB eingetreten ist, unter Berufung auf einen Schriftformmangel zu kündigen, ohne zuvor von dem Mieter eine Heilung des Mangels verlangt zu haben.

2. BGH XII ZR 146/12 vom 30. April 2014  
Der Nießbrauchsberechtigte handelt nicht treuwidrig, wenn er trotz einer formularvertraglichen Schriftformheilungsklausel einen Mietvertrag, in den er gemäß §§ 566 Abs. 1, 567 Satz 1 BGB eingetreten ist, unter Berufung auf einen Schriftformmangel kündigt.

#### SACHVERHALT

Beide Entscheidungen befassen sich mit der Kündigung gewerblicher Mietverträge durch einen Grundstückserwerber bzw. Nießbraucher aufgrund Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis, der jeweils aus der Zeit vor dem Eigentumswechsel herrührt. In beiden Fällen enthielten die Mietverträge sogenannte Heilungsklauseln, wonach sich die Parteien verpflichteten, bei

The termination of a lease agreement by the acquirer for the reason of non-compliance with written form requirement is permissible despite existence of a remedial written form clause.

BGH [Federal Supreme Court], judgment of January 22, 2014 – XII ZR 68/10 and BGH, judgment of April 30, 2014 – XII ZR [civil law] 146/12

#### GUIDING PRINCIPLE

1. BGH XII ZR 68/10 of January 22, 2014  
A so-called remedial written form clause in the lease agreement does not in itself prevent the acquirer from terminating a lease agreement which he entered into pursuant to Section 566 Para 1 BGB by citing lack of the requirement of the written form, without first requiring the tenant to remedy the deficiency.

2. BGH XII ZR 146/12 of January 30, 2014  
The beneficial owner (“*Nießbrauchsberechtigter*”) is not acting in bad faith if, despite a clause to remedy the contractually required written form, he terminates a lease agreement which he entered into pursuant to Sections 566 Para 1, 567 sentence 1 BGB citing lack of the written form.

#### FACTS

Both decisions concern termination of commercial leases by an acquirer or beneficial owner due to violation of the written form requirement, stemming respectively from the time before the change of ownership. In both cases, the leases contained so-called remedial clauses under which the parties undertook to, in the event of non-compliance of the written form, induce this subsequently and not to

Nichteinhaltung der Schriftform diese nachträglich herbeizuführen und vor diesem Zeitpunkt nicht wegen mangelnder Form zu kündigen.

#### INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Bisher fehlte eine höchstrichterliche Entscheidung, ob einer formularmäßigen Schriftformheilungsklausel auch gegenüber dem Erwerber des Grundstücks Bindungswirkung zukomme. Die untergerichtliche Rechtsprechung und die Literatur haben dazu unterschiedliche Auffassungen vertreten (siehe unseren Newsletter Sommer 2013). Der BGH hat nun in diesen beiden Entscheidungen zu dieser umstrittenen Frage Stellung genommen und diese endgültig geklärt. Danach verhält sich ein Grundstückserwerber, der gemäß § 566 BGB in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eingetreten ist, nicht treuwidrig, wenn er trotz einer im Mietvertrag enthaltenen Heilungsklausel das Mietverhältnis wegen eines Schriftformmangels kündigt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Heilungsklausel individualvertraglich vereinbart wurde oder Bestandteil eines Formularvertrags ist. Der BGH begründet seine Auffassung mit dem Schutzzweck des § 550 BGB. Diese Vorschrift soll sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Mietvertrag ersehen kann. Der Erwerber soll davor geschützt werden, sich auf einen Mietvertrag einzulassen, dessen wirtschaftliche Bedingungen sich, etwa infolge einer vereinbarten Mietreduzierung, anders als erwartet darstellen. Ist das infolge formwidriger, z. B. nur mündlicher Abreden gleichwohl der Fall, so soll er sich von dem Vertrag lösen können. Dieses Recht soll auch dem Erwerber zustehen. Das bisher häufig verwendete Argument, ein potentieller Erwerber könne sich durch Einsicht in den Mietvertrag Kenntnis von der Heilungsklausel verschaffen und sei daher darüber im Klaren, dass er sich bei einem Schriftformmangel an der Nachholung der erforderlichen Form beteiligen muss, ist für den BGH nicht überzeugend. Es gehe darum, dass der Erwerber allein durch die Einsicht in die Mietvertragsurkunde Kenntnis von den wesentlichen Rechten und Pflichten erhält, in die er bei Erwerb eintritt. Dieser Schutzzweck sei nicht gewahrt, wenn der Erwerber bei den ursprünglichen Vertragsparteien Nachforschungen zu eventuellen weiteren Absprachen anstellen müsste. Auch der Umstand,

terminate before that date on the grounds of lack of form.

#### CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

There has thus far not been a ruling by the Supreme Court as to whether a standard remedial written form clause would also have a binding effect upon the acquirer of the property. Lower court case law and the legal literature have had differing views on the matter (see our Newsletter Summer 2013). The Supreme Court has now in these two decisions ruled on this controversial issue and finally resolved it. According to these rulings, the acquirer of a property who has assumed the rights and obligations arising from the lease agreement pursuant to Section 566 BGB is not acting in bad faith if he terminates the lease citing lack of the written form, despite the lease containing a remedial written form clause. This applies regardless of whether the remedial clause has been agreed in individual contracts or is part of a standard contract. The Supreme Court justifies its view with the protective purpose of Section 550 BGB. This provision is intended to ensure that a subsequent acquirer of a property, who by law on the part of the landlord enters a lease agreement concluded for more than one year, can ascertain its terms from the written lease agreement. The acquirer shall be protected against entering a lease agreement of which the economic conditions are different than expected, for instance as a result of an agreed reduction of rent. If this is nevertheless the case due to irregular agreements, for example only verbal agreements, then he can withdraw from the contract. The acquirer should also be entitled to this right. The Supreme Court does not consider the argument thus far commonly used – that a potential acquirer could become aware of the remedial clause by inspecting the lease agreement and should therefore be aware that he must take part in restitution of the required form in the event of a lack of the written form – to be convincing. The point is that the acquirer obtains knowledge of the essential rights and obligations which he enters into upon acquisition only through insight into the document of the lease agreement. This protection purpose has not been observed if the acquirer would have had to investigate any possible further agreements with the original parties. In the view of the BGH, the fact that concealment of such information would entitle him to compensation claims can also not be accepted.

dass ihn ein Verschweigen derartiger Informationen zu Schadensersatzansprüchen berechtigen würde, greift nach Ansicht des BGH nicht durch. Denn die Vorschrift des § 550 BGB wolle den Erwerber nicht auf Schadensersatzansprüche verweisen, sondern ihm ein Kündigungsrecht geben. Da die Bestimmung des § 550 BGB nach allgemeiner Meinung zwingendes Recht sei, komme es auch nicht darauf an, ob die fragliche Heilungsklausel eine Individualvereinbarung oder eine Formulklausel darstelle.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Diese beiden BGH Entscheidungen sind von erheblicher Bedeutung, weil sie die bisher ungeklärte Rechtsfrage der Auswirkungen von Heilungsklauseln auf den Erwerber eines Grundstücks entschieden hat. Danach besteht für den Mieter einer Immobilie im Falle der Veräußerung das Risiko einer Kündigung wegen Schriftformmangels durch den Erwerber. Nicht behandelt hat der BGH aber zwei andere Fragen, die im Zusammenhang mit Schriftformheilungsklauseln eine große Rolle spielen:

- a) Können Schriftformheilungsklauseln durch Individualvertrag oder durch Formularvertrag überhaupt wirksam vereinbart werden?
- b) Welche Bedeutung hat die Veräußerung des Mietgegenstandes für eventuelle Kündigungsrechte des Mieters bei Vorliegen einer Schriftformheilungsklausel?

Trotz der beiden vorstehenden Entscheidungen hat der BGH sich noch nicht mit der Frage befasst, ob im Verhältnis der ursprünglichen Vertragsparteien Schriftformheilungsklauseln wirksam vereinbart werden können. Die überwiegende Meinung in Literatur und Schrifttum bejaht diese Frage. Es ist daher in jedem Falle ratsam, einen Nachtrag zum Mietvertrag abzuschließen, wenn ein Interesse am Fortbestand des Mietvertrages besteht, um damit den Schriftformmangel zu heilen.

Ebenfalls ungeklärt ist die Frage, ob der Mieter trotz Schriftformheilungsklausel gegenüber dem Erwerber unter Berufung auf den Schriftformmangel den Mietvertrag kündigen kann. Legt man die Argumentation des BGH zugrunde, dass die

This is because the provision of Section 550 BGB does not intend to point the acquirer towards claims for damages, but give him a right of termination. Since in general opinion the provisions of Section 550 BGB represent binding law, it also does not matter whether the remedial clause in question constitutes an individual agreement or a standard clause.

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

These two Supreme Court decisions are of considerable importance because they decided the thus far unresolved legal question of the effects of remedial clauses on the acquirer of a property. According to these decisions, in the event of the sale of a property there is for the tenant of the property a risk of termination due to lack of the written form by the acquirer. However, there are two other issues that play a large role in the context of remedial written clauses that the Supreme Court did not address:

- a) Can remedial written clauses be concluded effectively at all by individual contracts or standard contracts?
- b) How important is the sale of the rental property with regard to possible termination rights of the tenant if there is a remedial written form clause?

Despite the above two decisions, the Supreme Court has not yet addressed the question of whether remedial written form clauses can be effectively agreed between the original contracting parties. The majority opinion in literature and documentation is that this is possible. To avoid any risk, it seems advisable to conclude an addendum to the lease agreement if the respective party has an interest in the continued existence of the rental agreement, in order to remedy the lack of the written form.

Another issue that remains unresolved is the question of whether the tenant can terminate the lease agreement with the acquirer despite remedial written form clause, citing the lack of the written form. If one takes the argument of the Supreme Court

Vorschrift des § 550 BGB den Erwerber vor ihm unbekanntem Abreden der Parteien des Mietvertrages schützen soll, so liegt es nahe, den Mieter an der Verpflichtung aus der Schriftformheilungsklausel festzuhalten, dass er sich nicht auf einen eventuellen Mangel der Schriftform gegenüber dem neuen Eigentümer berufen kann. Andernfalls würde der Erwerber vom Mieter mit Schriftformmängeln konfrontiert, die er aus dem ihm vorliegenden Mietvertrag nicht ersehen kann. Genau diese Situation wollte der BGH mit den beiden Urteilen vermeiden. Es ist bedauerlich, dass der BGH die Gelegenheit nicht genutzt hat, zu diesen Fragen abschließend Stellung zu nehmen. So bleibt das Thema Schriftform weiterhin eines der bedeutendsten Probleme im gewerblichen Mietrecht.

as a basis – that the provision of Section 550 BGB is intended to protect the acquirer against unfamiliar agreements between the parties to the lease agreement – this implies that the tenant must be held to the obligation ensuing from the remedial written form clause that states he may not invoke any lack of written form against the new owner. Otherwise the acquirer would be confronted by the tenant with various cases of absence of the written form that he would not be able to see from the lease agreement he has in his possession. It is exactly this situation that the Supreme Court wanted to avoid with the two judgments. It is unfortunate that the Supreme Court did not make use of the opportunity to take a definitive position on these issues. The topic of the written form thus continues to be one of the most important problems in commercial leases.



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

## Die Ermächtigung des Grundstückskäufers zur Wahrnehmung von Vermieterrechten

BGH, Urteil vom 19. März 2014 – VIII ZR 203/13

Bekanntlich geht nach dem Verkauf einer Immobilie der Mietvertrag erst mit Eigentumsumschreibung auf den Käufer über (§ 566 Abs. I BGB). Da der Zeitpunkt der Umschreibung im Grundbuch (Eigentumsübergang) zum einen nicht vorhersehbar ist und es zum anderen wirtschaftlich nicht gewollt ist, dass dem Käufer erst mit Umschreibung im Grundbuch die Rechte aus dem Mietvertrag zustehen sollen, wird in Kaufverträgen über Immobilien üblicherweise vereinbart, dass dem Käufer mit vollständiger Kaufpreiszahlung – also unabhängig vom Eigentumsübergang – sämtliche Rechte und Pflichten aus den Mietverträgen zustehen (Geld gegen Ware).

In seiner Entscheidung vom 19. März 2014 hat der BGH diese in der Immobilienwirtschaft übliche Praxis gestärkt und die formalen Anforderungen an rechtlich relevante Handlungen des Erwerbers in der Zeit zwischen Kaufpreiszahlung und Eigentumsübergang auch im Wohnungsmietrecht nicht verstärkt.

### SACHVERHALT

In dem Fall, den der BGH zu entscheiden hatte, wurde der Käufer im notariellen Kaufvertrag ermächtigt, gegenüber den Mietern sämtliche mietrechtlichen Erklärungen abzugeben. Letzteres hat der Käufer auch getan und mehrere Mieterhöhungen bzw. Nebenkostennachforderungen verlangt, denen der Mieter auch zugestimmt, bzw. diese auch bezahlt hat. Im Nachhinein hat der Mieter herausgefunden, dass der Käufer zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht Eigentümer

## The authorization of the real property buyer to exercise landlord's rights

Federal High Court, judgment of March 19, 2014 – VIII ZR 203/13

It is generally known that on sale of a property the lease only passes to the purchaser on transfer of title (Art. 566 Para I BGB [Civil Code]). As the date when the transfer is recorded in the Land Register (transfer of title) cannot be predicted and it is economically undesirable for the purchaser to await registration of the transfer in the Land Register before acquiring the rights under the lease, it is customarily agreed in property sale agreements that all rights and obligations under the leases pass to the purchaser on payment in full of the sale price, i.e. independently of the transfer of title (money for goods).

In its decision dated March 19, 2004, the Federal High Court reinforced this common practice in the property sector and also refrained from increasing the formal requirements in residential tenancy law applicable to legally relevant acts by the purchaser in the period between payment of the sale price and transfer of title.

### FACTS

In the case presented for ruling to the Federal High Court, the purchaser was authorized in the deed of sale to issue all notices under tenancy law to the tenants. The purchaser did so, requesting several increases in rent and additional demands for ancillary costs, to which the tenant had also agreed and indeed paid. The tenant subsequently found that the purchaser had at that time not yet become the owner and demanded to refund the payments (in the case at issue several

war und hat die Zahlungen zurückgefordert (im zu entscheidenden Fall lagen zwischen Kaufpreiszahlung und Eigentumsumschreibung mehrere Jahre!). Diesen Rückzahlungsanspruch hat der BGH verneint.

#### INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Im vorliegenden Fall hat der BGH entschieden, dass der Käufer einer vermieteten Wohnung vom Verkäufer schon vor Eigentumsumschreibung im Grundbuch ermächtigt werden kann, im eigenen Namen z. B. ein Mieterhöhungsverlangen gemäß § 558 a BGB zu stellen. Darüber hinaus ist die Wirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens nicht davon abhängig, dass die (im Kaufvertrag vereinbarte) Ermächtigung auch offen gelegt wird.

Hierbei ging der BGH von folgenden Erwägungen aus:

Grundlage war, dass dem streitgegenständlichen Kaufvertrag eine Ermächtigung des Käufers zu entnehmen gewesen sei, die Rechte aus dem Mietvertrag auch vor Eigentumsumschreibung im eigenen Namen geltend zu machen. Der BGH hat damit seine Rechtsprechung aus dem gewerblichen Mietrecht bestätigt und festgestellt, dass auch im Wohnungsmietrecht der Rechtsinhaber einen Dritten zur Geltendmachung eines unselbständigen Gestaltungsrechts im eigenen Namen ermächtigen könne. Auch § 566 BGB (Kauf bricht nicht Miete) stehe einer solchen Ermächtigung nicht entgegen, denn es stehe dem bisherigen Vermieter frei, schon zu einem früheren Zeitpunkt seine Ansprüche aus dem Mietverhältnis abzutreten oder einem Erwerber eine Ermächtigung zur Geltendmachung im eigenen Namen zu erteilen.

Auch der gelegentlich vertretenen Meinung, dass ein einseitiges Rechtsgeschäft, das von einer vom Vermieter dazu ermächtigten Person vorgenommen wird, nur dann wirksam sei, wenn die Ermächtigung offen gelegt werde (vgl. LG Berlin GE 2009,326 Sternel, Mietrecht Aktuell 4. Auflage IV Rn. 81, Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht 11. Auflage, § 566 BGB Rn. 46), hat der BGH eine Absage erteilt. Denn, so der BGH, anders als die Stellvertretung gestattet die Ermächtigung dem Berechtigten das Handeln im eigenen Namen, so dass es eines Hinweises auf den eigentlichen Rechtsinhaber gerade nicht bedürfe. Der Mieter sei insofern geschützt, als er, sofern er Zweifel habe, sich die Berechtigung nachweisen lassen könne.

years elapsed between payment of the sale price and transfer of title!). The Federal High Court dismissed the claim for refund.

#### CONTENT AND SUBJECT OF DECISION

In the case at issue, the Federal High Court held that the purchaser of a leased apartment may be authorized by the vendor to issue e.g. a demand for rent increase pursuant to Art. 558 a BGB in his own name even prior to transfer of title. The Federal High Court further held that the effectiveness of the rent increase demand did not depend on the authorization (agreed in the deed of sale) also being disclosed.

The Federal High Court considered as follows:

The basis for the case was that the deed of sale at issue included an authorization for the purchaser to assert the rights under the lease in his own name even prior to the transfer of title. The Federal High Court thus confirmed its established practice in commercial tenancy law and held that it was also permitted under residential tenancy law for the owner to authorize a third party to assert in his own name a non-independent right to alter the legal relationship. Such authorization was also not opposed by Art. 566 BGB (purchase does not interrupt tenancy), as the previous landlord is entitled to assign his rights under the lease at an earlier time or to authorize a purchaser to assert such rights in his own name.

The Federal High Court also dismissed the view occasionally taken that a unilateral legal transaction undertaken by a person duly authorized by the landlord is only effective if the authorization is disclosed (cf Berlin Regional Court GE 2009; Sternel, Mietrecht Aktuell 4 4th edition Marginal No. 81; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht 11th edition, § 566 BGB Marginal No. 46), since in the view of the Federal High Court and contrary to that of counsel, the authorization permits the authorized person to act in his own name and there is thus in particular no requirement for any reference to the actual rights owner. The tenant is protected in this regard in that in the event of doubt he may request evidence of the authorization.

Gegenüber den oft in Kaufverträgen vorgesehenen Bevollmächtigungen für den Käufer bietet eine Ermächtigung, im eigenen Namen tätig werden zu können, insbesondere bei der Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte, juristische Vorteile, denn die Möglichkeit der formalen Zurückweisung nach § 174 BGB besteht nicht (wohl aber die Möglichkeit, sich die Ermächtigung ohne den Formzwängen des § 174 BGB nachweisen zu lassen). Die Ermächtigung offen zu legen, ist nicht erforderlich (empfiehlt sich jedoch gegebenenfalls). Bisläng bestehende Unsicherheiten in Bezug auf die Wirksamkeit (vergleiche die oben genannten Literaturstellen) dürften mit der Entscheidung des BGH nunmehr auch im Wohnungsmietrecht ausgeräumt sein.

Es empfiehlt sich daher, in Kaufverträgen für die Zeit zwischen Kaufpreiszahlung und Eigentumsumschreibung zugunsten des Käufers eine umfassende Ermächtigung, im eigenen Namen tätig werden zu können, aufzunehmen.

In comparison with the powers of attorney for the purchaser frequently provided for in sale agreements, an authorization for the purchaser to act in his own name, particularly when undertaking unilateral legal transactions, offers legal advantages, as there is no potential for formal rejection pursuant to Art. 174 BGB (although the possibility of requesting formal evidence of the authorization without the formal restrictions of Art. 174 BGB remains). It is not necessary to disclose the authorization (although it may be advisable where appropriate). The decision of the Federal High Court should now also serve to remove previous uncertainties with regard to the effectiveness in residential tenancy law (cf. references cited above).

It is therefore advisable to include in sale agreements a comprehensive authorization for the purchaser to act in his own name in the period between payment of the sale price and the transfer of title to the purchaser.



Elmar Günther  
Of Counsel, Notar, Frankfurt  
T +49 69 7941 1141  
eguenther@mayerbrown.com

Zur Unverhältnismäßigkeit von Mängelbeseitigungskosten und Begrenzung des Schadensersatzanspruches bei Grundstückskaufverträgen

BGH, Urteil vom 4. April 2014 – V ZR 275/12

**Die Entscheidung zum Schadensersatz unter dem gesetzlichen Gewährleistungsrecht betrifft den für institutionelle Investoren etwas exotisch anmutenden Befall mit echtem Hausschwamm. Häufig wird in Kaufverträgen die Gewährleistung für Sachmängel ausgeschlossen und auf selbständige Garantien nebst gegebenenfalls betragsmäßigen Haftungsbegrenzungen zurückgegriffen – so auch im vorliegenden Fall! Die Entscheidung ruft in Erinnerung, dass das gesetzliche Gewährleistungsrecht doch zur Anwendung gelangt, wenn ein Gewährleistungsausschluss – und damit häufig auch eine Haftungsbegrenzung – nicht greift. Allerdings bringt die Entscheidung Klarheit darüber, wie eine übermäßige Haftung für Mängelbeseitigungskosten einschränkend korrigiert wird.**

#### LEITSATZ

Stellen sich die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten als unverhältnismäßig dar, so kann der Käufer vom Verkäufer nur Ersatz des mangelbedingten Minderwerts der Sache verlangen.

Ob die Kosten unverhältnismäßig sind, ist aufgrund einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der in § 439 Abs. 3 BGB genannten Kriterien festzustellen.

On the disproportionate nature of the costs of remediation and the restriction of claims for compensation in property sales contracts

BGH (Federal Court of Justice), judgment of April 4, 2014 – V ZR 275/12

**The decision on compensation under the statutory warranty right concerns a – to institutional investors – somewhat exotic-looking infestation with genuine dry rot. In sales contracts, a warranty for defects is often excluded and independent guarantees and liability limitations are resorted to – as happened in this case! The decision reminds us that the statutory warranty right applies where a warranty exclusion – and often a liability limitation – is not effective. Nevertheless, the decision brings clarity to how an excessive liability for remediation costs is restricted.**

#### GUIDING PRINCIPLE

Should the costs required to remedy the defect appear disproportionate, the purchaser may demand from the vendor only compensation for the loss in value of the object caused by the defect.

Whether the costs are disproportionate has to be determined on the basis of an assessment of the circumstances of the individual case, taking into account the criteria in § 439 para. 3 BGB (Civil Code).

Bei Grundstückskaufverträgen kann als erster Anhaltspunkt davon ausgegangen werden, dass die Kosten der Mängelbeseitigung unverhältnismäßig sind, wenn sie entweder den Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand oder 200 Prozent des mangelbedingten Minderwerts übersteigen.

Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Kosten kommt es auf den Beginn der Mängelbeseitigung durch den Käufer an. Stellt sich während der Ausführung heraus, dass die Kosten höher als erwartet sind, steht dies einer Ersatzpflicht nur entgegen, wenn ein wirtschaftlich denkender Käufer die Arbeiten auch unter Berücksichtigung der bereits angefallenen Kosten nicht fortführen würde bzw. fortgeführt hätte.

#### SACHVERHALT

Vereinfacht hatte die Klägerin von der Beklagten ein Grundstück mit aufstehendem Mietshaus für EUR 260.000,00 erworben. Die Beklagte als Verkäuferin hatte die Freiheit von Holzbockbefall sowie einen maximal erforderlichen Betrag zur Beseitigung von Anobien (Nagekäfern) in tragenden hölzernen Elementen garantiert. Der Verkauf erfolgte im Übrigen unter Gewährleistungsausschluss. In der Folge stellte sich ein massiver Befall sämtlicher Holzbauteile über alle Etagen bis in den Keller mit echtem Hausschwamm heraus. In einem Teilurteil wurde die Schadensersatzpflicht für die weiteren Schäden infolge des Befalls mit Hausschwamm und daher durchzuführender Sanierungsarbeiten dem Grunde nach festgestellt. In den rechtskräftigen Entscheidungen wurden knapp EUR 90.000,00 Sanierungskosten und EUR 45.000,00 verbleibender Minderwert zugesprochen. In der Folge begehrte die Klägerin weitere Sanierungskosten von über EUR 500.000,00, die im Laufe der Sanierung angefallen bzw. noch zu erwarten seien. Der Wert der Immobilie mit Hausschwamm soll rund EUR 500.000,00 betragen, ohne Befall mindestens EUR 600.000,00. Die Vorinstanzen gaben der Klägerin recht, der Bundesgerichtshof („BGH“) hob das Berufungsurteil als rechtsfehlerhaft auf und verwies den Fall zur erneuten Verhandlung zurück an das Berufungsgericht.

For property sales contracts, as an initial guideline, it can be assumed that the costs of remedying defects are disproportionate if they either exceed the market value of the property in a defect-free state or 200 percent of the loss in value of the object caused by the defect.

An assessment of whether the costs are disproportionate shall be made at the beginning of the remediation process by the purchaser. Should it emerge during the remediation that the costs are higher than expected, this precludes the duty to compensate only if a prudent purchaser were not to carry out or would have carried out the works even taking into account the costs already accrued.

#### FACTS

In simplified terms, the plaintiff acquired from the defendant for EUR 260 000.00 a plot of land with an existing building for letting. The defendant, as vendor, had guaranteed that the property was free of wood ticks and guaranteed a maximum amount for the removal of furniture beetles from load-bearing wooden structural elements. For the rest, all warranty was excluded. Subsequently, a massive infestation of dry rot was discovered affecting all the wooden components on all floors, including the cellar. A part-judgment established the duty to compensate for the further damage due to the infestation with dry rot and the renovation works which had to be carried out as a result. In the legally-binding decisions, almost EUR 90 000.00 were awarded to cover renovation costs and EUR 45 000.00 for the remaining loss in value. Subsequently, the plaintiff is seeking further renovation costs of over EUR 500 000.00 incurred in the course of the renovation or expected to be incurred. The value of the property with dry rot was said to be about EUR 500 000.00 and without dry rot it was said to be at least EUR 600 000.00. The lower courts ruled in the plaintiff's favour but the BGH rejected the case on the basis that this was an error in law and referred the case to the court of appeal for a new trial.

Der BGH rügt unter anderem die fehlende Berücksichtigung klägerseits ersparter Aufwendungen sowie des Abzuges „neu für alt“ im Rahmen der Schadensberechnung. Die Berechnung eines Schadens anhand der Mängelbeseitigungskosten müsse berücksichtigen, ob infolge der Mängelbeseitigung dem Käufer Aufwendungen erspart würden, die in Abzug gebracht werden müssten. In Betracht kommen hier vor allem ohnehin geplante anderweitige Sanierungsarbeiten (z. B. bei der Erneuerung von Bädern, die zur Erreichung der befallenen Bauteile abgebrochen werden mussten). In diesem Zusammenhang muss auch ein Abzug „neu für alt“ berücksichtigt werden, wenn und soweit eine Werterhöhung infolge umfangreicher Sanierungsarbeiten in Betracht kommt.

Vor allem rügt der BGH jedoch, dass eine mögliche Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten nicht geprüft worden sei. Grundsätzlich steht dem Geschädigten nach Gewährleistungsrecht zunächst ein Anspruch auf Nacherfüllung in Form der Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache zu. Bei Immobilien kommt regelmäßig nur die Nacherfüllung durch Mängelbeseitigung in Frage. Unterbleibt diese und hat der Geschädigte einen Schadensersatzanspruch, kann der Geschädigte entweder (i) den Ausgleich des mangelbedingten Minderwerts oder (ii) den Ersatz der Mängelbeseitigungskosten verlangen. Sind die Kosten der Mängelbeseitigung unverhältnismäßig hoch, darf bereits der Verkäufer berechtigterweise die Nacherfüllung verweigern. Die Pflicht zum Schadensersatz an sich entfällt dadurch aber nicht, wenn dem Verkäufer für den Mangel ein Verschulden zur Last fällt, das heißt, er diesen verursacht hat oder ihn kannte oder kennen musste. Nach dem Schutzgedanken des Gesetzes soll der Verkäufer, der berechtigterweise die Nacherfüllung verweigern darf, allerdings nicht über den Schadensersatzanspruch zur Tragung der unverhältnismäßig hohen Kosten verpflichtet sein. Daher hat der BGH nunmehr – wie für Werkvertragsrecht bereits entscheiden – klargestellt, dass bei Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten nur ein Schadensersatz in Höhe des mangelbedingten Minderwertes in Frage kommt. Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit im Rahmen des Schadensersatzanspruchs stellt der BGH zunächst auf dieselben Grundsätze wie für die berechtigte Verweigerung der

The BGH criticises the failure to consider plaintiff's savings in expenditure or the deduction of “new for old” in terms of damage calculation. The calculation of damages in terms of remediation costs must take into account whether the purchaser might make any savings in expenditure as a result of the remediation; such savings which would have to be deducted. In particular, other planned renovation work (e.g. renovation of bathrooms which had to be demolished in order to reach the infested components) must be taken into account here. In this context, a deduction must be made if there was an increase in value as a result of extensive renovation work.

However, the BGH is critical of the fact that a possible case of disproportionate remediation costs was not investigated. Fundamentally, the damaged party has a claim under the law of warranty for supplementary performance in the form of (i) remediation of the defect or (ii) delivery of a defect-free object. For real property, normally this only involves supplementary performance through remediation of defects. If this is not done and the injured party has a claim for damages, he may demand either (i) the compensation of the loss in value caused by the defects or (ii) compensation for the remediation costs. If the remediation costs are disproportionately high, the vendor may legitimately refuse the supplementary performance. However, the duty to compensate damages is not cancelled if the vendor is at fault for the defect, i.e. if he caused it or knew about it or should have known about it. Nevertheless, in accordance with the law's protective logic, the vendor, who may legitimately refuse the supplementary performance, should not be obliged to bear disproportionately high costs of the damages claim. Thus the BGH – as already decided for works contract law – has clarified, that where remediation costs of defects are disproportionate, only compensation of the loss in value caused by the defect as damages is applicable. The BGH bases its adjudication of a disproportionate claim for compensation on the same principles as for the justified refusal of the supplementary performance. In the investigation of whether the remediation costs of the defect are regarded as disproportionate, it does not depend on the sale

Nacherfüllung ab. Für die Prüfung, ob die Mängelbeseitigungskosten für sich betrachtet unverhältnismäßig sind, kommt es allerdings nicht auf den Kaufpreis an, sondern nur auf den Wert der mangelfreien Sache und die Bedeutung des Mangels. Der BGH verwirft die bislang in der Literatur diskutierten absoluten Grenzen für die Unverhältnismäßigkeit und betont die notwendige Würdigung der Umstände des Einzelfalls. Als Faustregel für eine Unverhältnismäßigkeit zieht der BGH dann aber einerseits das Übersteigen des Verkehrswertes im mangelfreien Zustand und andererseits das Übersteigen von 200 Prozent des mangelbedingten Minderwerts heran. Zusätzlich soll bei der Prüfung der Unverhältnismäßigkeit auch das Maß des Verschuldens des Verkäufers Berücksichtigung finden. So könnten bei Vorsatz oder sonstigem schweren Verschulden auch ansonsten unverhältnismäßige Aufwendungen vom Verkäufer zu tragen sein. Ebenso kann ein besonderes Interesse des Käufers an einer Nacherfüllung zu berücksichtigen sein.

In dem entschiedenen Fall hat der BGH mangels entgegenstehender sonstiger Umstände (insbesondere kein besonderer Verschuldensgrad) eine Unverhältnismäßigkeit wegen Überschreiten von 200 Prozent des mangelbedingten Minderwerts für möglich gehalten. Bei der Rückverweisung hat der BGH weiterhin betont, dass es für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Kosten stets auf den Beginn der Mangelbeseitigung, hier der Sanierungsarbeiten, ankomme. Das heißt, bei sich später herausstellender Erhöhung der Beseitigungskosten muss der Verkäufer diese trotzdem voll begleichen. Die Ersatzpflicht könnte nur dann entfallen, wenn „ein wirtschaftlich denkender Käufer die Arbeiten auch unter Berücksichtigung der bereits angefallenen Kosten nicht fortführen würde“.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Vorab ist bedauerlich, dass sich den verfügbaren Unterlagen leider nicht entnehmen lässt, warum in früheren Urteilen trotz Gewährleistungsausschluss eine Schadensersatzpflicht der Verkäuferin bejaht wurde. Der Entscheidung ist lediglich zu entnehmen, dass kein arglistiges Verschweigen vorlag. Jedenfalls wird deutlich, dass der weitverbreitete Ausschluss der Sachmängelgewährleistung dieses Haftungsregime nur vordergründig abbedingt, nämlich nur, wenn und soweit der Ausschluss auch wirksam ist. Allein

price but only on the value of the defect-free object and the significance of the defect. The BGH rejects the absolute limits for disproportionality discussed hitherto in the literature and emphasises the necessity of assessing matters on a case-by-case basis. As a rule of thumb for disproportionality, the BGH considers compensation being in excess of (i) the market value in defect-free condition and (ii) 200 percent of the loss in value caused by the defect. In addition, in the investigation of the disproportionate compensation, the extent of the vendor's fault needs to be taken into account. Thus in cases of intent or serious fault, otherwise disproportionate expenditure could have to be borne by the vendor. By the same token, a special interest of the purchaser in supplementary performance can be taken into account.

In the case in question, the BGH has, in the absence of other, conflicting circumstances (especially no specific degree of vendor's fault), due to the excess of 200 percent of the loss in value caused by the defect, considered this as a possible case of disproportionate compensation. In referring the case, the BGH has further emphasised that the assessment of whether costs are disproportionate should be done at the start of the remediation of the defect – in this case, the renovation works. This means that, if the remediation costs increase at a later point, the vendor must settle them in full. The duty to compensate could only be cancelled if “a prudent purchaser were not to carry out the works even taking into account the costs already accrued.”

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

To begin with, it is regrettable that the available documents do not tell us why in earlier judgments the vendor's duty to compensate was confirmed, despite a warranty exclusion. The only thing we can derive from the decision is that there was no fraudulent concealment. In any case, it is clear that the common exclusion of a warranty for defects in this liability arrangement only waives a warranty superficially – i.e. only if and to the extent that the exclusion is also effective. For this reason alone, as the vendor, it is

deswegen lohnt es sich stets, auf Verkäuferseite den Verkaufsprozess sorgfältig vorzubereiten. Dies beinhaltet die Vermeidung von ungeprüften Bestätigungen „ins Blaue“ über scheinbar behobene Mängel als auch die Offenlegung bekannter Mängel. Dies dient der Vorbeugung nicht nur einer Arglisteinrede sondern auch einer schuldhaften Pflichtverletzung. In beiden Fällen kann der vereinbarte Ausschluss unwirksam sein, und die Haftung des Verkäufers nach dem Gewährleistungsrecht ist eröffnet.

Darüber hinaus hat der BGH ausführlich zur Schadensberechnung und Feststellung der Unverhältnismäßigkeit von Mängelbeseitigungskosten Stellung genommen und vorhandene Rechtsunsicherheit beseitigt. Die indikativen Grenzwerte für die Feststellung der Unverhältnismäßigkeit gerade im Immobilienbereich und die Haftungserleichterung, dass dann nur der mangelbedingte Minderwert als Schadensersatz auszugleichen ist, helfen zunächst dem Verkäufer. Andererseits bleibt auch der Käufer nicht ungeschützt: Die Feststellung bleibt eine Einzelfallwürdigung, bei der insbesondere der Verschuldensgrad des Verkäufers in die Prüfung einfließt. Zum anderen greift die Haftungserleichterung nur, wenn die Kosten in der Prognose schon unverhältnismäßig sind. Bei später erkannter Erhöhung des Aufwands haftet der Verkäufer wieder in voller Höhe, es sei denn, die Fortführung der Arbeiten wäre unwirtschaftlich. Dieses letzte Korrektiv bleibt dabei recht vage.

worth preparing the sale process carefully. This includes avoiding untested confirmations – “shots in the dark” – of seemingly remedied deficient information as well as disclosing known deficiencies as much as possible. This prevents a charge not only of bad faith but also of a negligent breach of duty. In both cases, the agreed exclusion may be ineffective and the vendor’s becomes liable under the right of warranty.

Furthermore, the BGH has made extensive comments on the calculation of damages and on specifying the disproportionality of defect remediation costs as well as remedying existing legal uncertainties. The indicative thresholds for specifying disproportionality in the field of real property and the liability relief aspect – only the loss in value caused by the defect can be compensated for – initially help the vendor. On the other hand, the purchaser is not unprotected: The specification remains an individual case evaluation whereby in particular the extent of the vendor’s fault influences the assessment. On the other hand, the liability relief only has an effect if the costs are already disproportionate in the prognosis. Where expenditure increases at a later point, the vendor again becomes fully liable, unless the continuation of the works is uneconomical. This last corrective measure is very vague.



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

Verpfändung des einer Eigentumsvormerkung zugrunde liegenden Anspruchs im Sanierungsgebiet

OLG Nürnberg, Beschluss vom 6. Mai 2013 – 15 W 494/13

#### LEITSATZ

Wird der einer im Grundbuch eingetragenen Auflassungsvormerkung zugrunde liegende Anspruch verpfändet, bedarf es bei einem in einem Sanierungsgebiet gelegenen Grundstück zur Eintragung des Pfändungsvermerks nach § 144 Abs. 2 Nr. 2, 3 BauGB der Genehmigung der Gemeinde (ohne deren Vorliegen die Verpfändung schwebend unwirksam ist).

#### SACHVERHALT

Im streitgegenständlichen Grundbuch ist in Abt. II ein Sanierungsvermerk und eine Auflassungsvormerkung bezüglich einer noch zu vermessenden Teilfläche für einen Dritten sowie eine Abtretung der Ansprüche aus dieser Vormerkung an den Erwerber E eingetragen.

E bestellte zugunsten der Sparkasse eine Grundschuld, die mangels Vermessung der Teilfläche noch nicht eingetragen werden konnte, und verpfändete ferner alle Rechte und Ansprüche aus dem Vertrag betreffend die Abtretung der Vormerkung, insbesondere den Anspruch auf Auflassung gegenüber der eingetragenen Eigentümerin, zur Sicherheit an die Sparkasse. Gleichzeitig stellte E folgenden Antrag beim Grundbuchamt:

*„1. die Verpfändung bei der Auflassungsvormerkung zu vermerken,*

Pledge of claim in the redevelopment area based on a provisional property registration

Nürnberg Higher Regional Court, decision of May 6, 2013 – 15 W 494/13

#### GUIDING PRINCIPLE

*If the claim based on a provisional conveyance entered in the land register is pledged, for the pledge notice for a plot of land in a redevelopment area to be entered in the register, the local authority's approval (without which the pledge is provisionally invalid) is required in accordance with § 144 para. 2 Nos 2, 3 of the Building Code.*

#### FACTS

*A redevelopment notice and a provisional conveyance is recorded for a third party in Section II of the land register in question regarding a plot yet to be measured, as well as an assignment of the claims from this provisional conveyance to purchaser E.*

*E created a land charge in favour of the Sparkasse, but this land charge could not be registered due to the lack of measurement of the plot; E then pledged all his rights and claims under the contract regarding the assignment of the provisional conveyance, especially the claim on conveyance to the recorded owner, as a security to the Sparkasse. At the same time, E made the following application to the land registry:*

*“1. To register the notice of the pledge in the provisional conveyance,*

2. die kraft Gesetzes mit Eigentumsumschreibung entstehende Sicherungshypothek in das Grundbuch einzutragen.

*Deren Eintragung soll jedoch unterbleiben, wenn gleichzeitig mit dem Eigentumsübergang die heutige Grundschuld am Pfandbesitz an der oben bezeichneten Rangstelle eingetragen wird. Für diesen Fall stimmt der Erwerber der Löschung des Verpfändungsvermerks mit Vollzugsantrag zu.“*

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung ein Verfahrenshindernis festgestellt, da die Genehmigung der Gemeinde nach Baugesetzbuch fehlte. Das Grundbuchamt hat der anschließend eingelegten Beschwerde des Erwerbers sowie des weiteren Beteiligten nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

#### INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Das OLG Nürnberg hat die Beschwerde zurückgewiesen. Der Senat hat bestätigt, dass die Eintragung des Verpfändungsvermerks im Sanierungsgebiet der Genehmigung der Gemeinde nach dem Baugesetzbuch bedarf. Der notarielle Vertrag vom 7. Januar 2013 stelle nämlich u.a. einen schuldrechtlichen Vertrag dar, in welchem die Verpflichtung zur Bestellung eines das Grundstück belastenden Rechts, hier der Sicherungshypothek nach § 1287 S. 2 Hs. 1 BGB, begründet wird. Der Senat führt im Einzelnen aus, dass die Eintragung einer Auflassungsvormerkung im Sanierungsgebiet grundsätzlich keiner Genehmigung nach BauGB bedarf, da es sich nicht um ein dingliches Recht als solches, sondern um ein mit dinglichen Wirkungen ausgestattetes Sicherungsmittel eigener Art handelt. Die anschließende Eintragung des Eigentumsübergangs bedarf dagegen der vorherigen ausdrücklichen Genehmigung der Gemeinde.

Rechtliche Unterschiede im Gegensatz zur Eintragung der Auflassungsvormerkung ergeben sich jedoch bei der Verpfändung des Auflassungsanspruchs und der Eintragung des Verpfändungsvermerks im Grundbuch. Geht das Eigentum am Grundstück über, erwirbt der Pfandgläubiger ohne Mitwirkung der Gemeinde unmittelbar ein volles dingliches Recht in Form einer Sicherungshypothek nach §§ 1281, 1282, 1287 S. 2 Hs. 1 BGB, die im Wege der Grundbuchberichtigung in das Grundbuch eingetragen werden kann. Mit der Entstehung der Sicherungshypothek

2. To enter the mortgage, which gains legal force with the transfer of ownership, in the land register.

*This entry should not occur if, at the same time as the transfer of ownership, the current land charge on the pledge ownership is entered in the order described above. In this case, the purchaser agrees to the cancellation of the pledge notice with an enforcement request.”*

The land registry has established by interim order a bar to proceedings, since there was no local authority approval under the Building Code. The land registry did not redress the appeal subsequently made by the purchaser and the other parties involved and referred it to the Higher Court for a ruling.

#### CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The Nürnberg Higher Regional Court rejected the appeal. The Court confirmed that the entry of the pledge notice in the redevelopment area requires the local authority's approval under the Building Code. The notarised contract of January 7, 2013 is, among other things, a binding agreement, which establishes the duty to create an encumbrance on the plot, in this case the mortgage under § 1287 para. 2 Hs. 1 of the German Civil Code. The Court states in particular that the entry of a provisional conveyance in the redevelopment area fundamentally requires no approval under the Building Code, since a conveyance does not constitute a right in rem but a special collateral with proprietary effects. However, the subsequent entry of the transfer of ownership does require the prior express approval of the local authority.

In contrast to the entry of the provisional conveyance, legal differences arise in the pledge of the conveyance claim and the entry of the pledge notice in the land register. If ownership of the property is transferred, the pledgee purchases directly, without the involvement of the local authority, a full material right in the form of a mortgage under §§ 1281, 1282, 1287 para. 2 Hs. 1 of the German Civil Code which can be entered in the land register as an amendment. The establishment of the mortgage justifies a material right of a third party which, as

wird ein dingliches Recht eines Dritten begründet, das als eigenständige finanzielle Belastung den Sanierungszwecken widerspricht. Daher begründet bereits die Verpfändung des Auflassungsanspruchs eine Belastung des Grundstücks im Sinne des § 144 Abs. 2 Nr. 2, 3 BauGB.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Im Rahmen einer Grundstücksfinanzierung muss der Käufer eines Grundstücks häufig eine Kreditsicherheit bereits vor Eigentumserwerb mit Eintragung einer Auflassung in das Grundbuch stellen. Beim Kauf einer noch zu vermessenden Fläche bzw. Teilfläche wie im vorliegenden Fall, kann diese erst mit einem Grundpfandrecht belastet werden, wenn die Grundstücksteilung im Grundbuch vollzogen ist. Vor Eigentumsübergang besteht für den Käufer dann häufig nur die Möglichkeit, eine grundbuchlich gesicherte Kreditsicherheit zu leisten, indem er seinen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an den Darlehensgeber verpfändet. Dieses Sicherungsmittel wird meistens von den Universalbanken und teilweise von den Bausparkassen akzeptiert. Mit der Entscheidung des OLG Nürnberg vom 6.5.2013 wird solche Verpfändung des Auflassungsanspruchs in den Sanierungsgebieten etwas verzögert, da für die Eintragung eines Verpfändungsvermerks nunmehr eine ausdrückliche vorherige Genehmigung der Gemeinde erforderlich wird. Nichts anderes dürfte auch für städtebauliche Entwicklungsbereiche gelten. In der Praxis muß man darauf achten, dass diese Genehmigung bei der Behörde rechtzeitig eingeholt werden kann.

Es bleibt ferner abzuwarten, ob die zugelassene Rechtsbeschwerde von den Parteien genutzt wird und mit einer höchstrichterlichen Entscheidung weitere Rechtsicherheit herbeigeführt werden kann. Die Argumentation des OLG Nürnberg erscheint nicht durchgehend nachvollziehbar zu sein. Eine direkte Anwendung des § 144 Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. Nr. 3 BauGB ist zweifelhaft, da die Sicherungshypothek kraft Gesetzes entsteht und eine entsprechende Verpflichtung im schuldrechtlichen Vertrag nicht unmittelbar begründet wird. Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung dieser Vorschriften, planwidrige Regelungslücke und vergleichbare Interessenlage, wurden in der Entscheidung jedoch nicht ausführlich dargelegt.

an independent financial charge, conflicts with the redevelopment aims. Therefore, the pledge of the conveyance claim justifies an encumbrance on the property within the meaning of § 144 para. 2 Nos 2, 3 of the Building Code.

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

While financing the acquisition of property, the purchaser has often to specify security prior to acquisition of ownership with the entry of a conveyance. In buying a plot which has yet to be measured, or, as in this case, a sub-plot, the sub-plot may initially be burdened with a lien, if the plot division has been completed in the land register. Therefore, before the transfer of ownership, the purchaser may only have the option of specifying a loan collateral secured in the land register, while he pledges his claim based on a provisional conveyance to the lender. This type of security is accepted by most all-purpose banks and by some building societies. The Nürnberg Higher Regional Court's decision of 6.5.2013 somewhat delays this kind of pledge of the conveyance claim in the redevelopment areas, since from now on the local authority's express prior approval will be required for the entry of a pledge notice. The same requirements for urban development areas apply. In practice, purchasers must ensure that these approvals are obtained from the authority in due time.

Furthermore, we will need to wait and see whether the permitted right of appeal will be used by the parties and whether a supreme court ruling can produce additional legal security. The Nürnberg Higher Regional Court's argument does not appear to be completely clear and comprehensible. The direct application of § 144 para. 2 No 2, together with No 3 of the Building Code is questionable, since the mortgage gains legal force by operation of law and a corresponding duty to create it is not directly established in the binding agreement. The requirements for an analogous application of these provisions, unintended loopholes and comparable interests, were not set out explicitly in the decision.



Dr. Marius A. Boewe  
Partner, Düsseldorf  
T +49 211 86224 233  
mboewe@mayerbrown.com

Europäische Strahlenschutz-Richtlinie gibt erstmals umfassende Grenzwerte für Radon vor – Auswirkungen für Bestandsimmobilien und den Immobilienerwerb

**Radon ist ein gesundheitsgefährdendes, krebserregendes Gas, das man aufgrund seiner Farb-, Geruchs- und Geschmackslosigkeit nicht wahrnehmen kann. Trotz erheblichem Vorkommen in Deutschland und erheblicher Gesundheitsgefahr spielte dieses Gas in der deutschen Öffentlichkeit bislang kaum eine wahrnehmbare Rolle. Dies wird sich in naher Zukunft aller Wahrscheinlichkeit nach ändern, denn eine neue europäische Richtlinie setzt erstmals umfassend verbindliche Grenzwerte fest. Radon gefährdet nicht nur die Gesundheit – die neuen Grenzwerte können auch zu Nachbesserungspflichten und Investitionsrisiken führen.**

#### HINTERGRUND

Radon ist ein natürlich vorkommendes, radioaktives Gas, das als Zerfallsprodukt von Uran aus dem Boden austritt. Abhängig von verschiedenen geologischen Gegebenheiten ist die Radonkonzentration in Deutschland unterschiedlich stark ausgeprägt. Aufgrund bislang fast vollständig fehlender verbindlicher Grenzwerte und einer weitestgehend akademisch geführten Diskussion spielt Radon im öffentlichen Bewusstsein noch keine wirkliche Rolle.

Das allgemeine Desinteresse an Radon entspricht nicht den gesundheitlichen Risiken, die sich aus einer zu hohen Radonbelastung ergeben.

The European Radiation Protection Directive lays down comprehensive limits for radon for the first time – impacts on existing properties and the acquisition of real estate

**Radon is a carcinogenic gas that is hazardous to health and undetectable due to its lack of colour, smell and taste. Despite the significant hazard it poses to health and its appreciable presence in Germany, this gas has thus far hardly played any noticeable role in German public perceptions. This will most likely change in the near future, because a new European directive will, for the first time, lay down comprehensively binding limit values for this gas. Radon is not only hazardous to health – the new limits also lead to obligations to remedy defects and investment risks.**

#### BACKGROUND

Radon is a naturally occurring radioactive gas that is released from the soil as a decay product of uranium. The radon concentration in Germany varies depending on different geological conditions. Due to an almost complete lack of binding limit values thus far and the fact that any discussion around the issue has been largely academic, radon does not yet play any real role in public consciousness.

The general lack of interest in radon does not correspond to the health risks that result from an too high exposure to the gas.

Einer Studie aus dem Jahre 2006 zufolge sterben in Deutschland jährlich ca. 1.900 Menschen an Lungenkrebs, der durch Radon im Wohnraum hervorgerufen wurde. Zum Vergleich – im Jahre 2013 starben in Deutschland 3.340 Menschen im Straßenverkehr. In der Schweiz gilt Radon nach dem Rauchen als zweithäufigste Ursache für die Erkrankung an Lungenkrebs.

Ursache ist meist Radon, das als Bodengas aus den Gesteinsschichten in Gebäude eindringt und sich v. a. in den unteren Räumen sammelt. Bauliche Vorkehrungen können in betroffenen Gegenden die Konzentration senken, in manchen Fällen kann durch Herstellen einer Luftzirkulation die Gesundheitsgefahr reduziert werden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass insbesondere die aus energetischer Sicht optimierten Gebäude aufgrund besonderer Abdichtungen eine verschlechterte Luftzirkulation ermöglichen und daher zu einer erhöhten Radonbelastung für die Bewohner führen können.

Vor dem Ergreifen etwaiger Gegenmaßnahmen steht aber in erster Linie die Aufklärung der Betroffenen, um überhaupt für ein entsprechendes Bewusstsein zu sorgen.

#### RECHTLICHE EINORDNUNG

Radon galt bis vor kurzem als Gas, für welches weitestgehend keinerlei Grenzwerte existierten. Einzig bestimmte berufliche Tätigkeiten (wie das Arbeiten in Bergwerken oder Anlagen zur Wassergewinnung) wurden in der Strahlenschutzverordnung reglementiert und verbindliche Grenzwerte dafür eingeführt. Jenseits dieses sehr schmalen Regelungsbereichs existieren bislang allein unverbindliche Empfehlungen, meist von nicht-staatlichen Stellen.

Dies wird sich in Zukunft rapide ändern. Mit der *Richtlinie 2013/59/Euratom* des Rates der Europäischen Union vom 5. Dezember 2013 wurden erstmals europaweite Vorgaben für verbindliche Richtwerte von Radon, unter anderem im Wohnraum und am Arbeitsplatz, gemacht. Diese Vorgaben sind bis zum 6. Februar 2018 in verbindliches nationales Recht umzusetzen. Spätestens ab diesem Zeitpunkt werden unter anderem Referenzwerte für Gebäudeinnerräume festgelegt. Der Nachweis des Einhaltens dieser Grenzwerte wird in Zukunft für Arbeitgeber,

According to one study from 2006, in Germany, approximately 1,900 people die each year of lung cancer caused by the occurrence of radon in buildings. For comparison – 3,340 people died in traffic-related incidents in Germany in 2013. In Switzerland, radon is the second most common cause of lung cancer after smoking.

This is usually caused by radon that enters the building as soil gas from the layers of rock below and it collects in the basement rooms in particular. Structural measures can reduce the concentration in the affected areas; in some cases the health hazard can be diminished by installing air circulation systems. In this regard, it should be noted that air circulation is impaired in particular in buildings that have special sealing measures to optimize them for energy efficiency, which can therefore lead to increased radon exposure for residents.

However, before taking any countermeasures, the affected parties must first be informed in order to provide an appropriate level of awareness at all.

#### LEGAL CLASSIFICATION

Until recently, radon was a gas for which, broadly speaking, no limit values existed. The Radiation Protection Ordinance regulated and introduced mandatory limit values for the gas only for certain professional activities (such as working in mines or water catchment plants). Beyond this very narrow scope of control, only non-binding recommendations have thus far existed, mostly from non-governmental entities.

This will change rapidly in the future. The *Directive 2013/59/Euratom* of the Council of the European Union of December 5, 2013 introduced for the first time standards detailing binding guidelines for radon that apply to the entire European area, including for the home and the workplace. These standards are to be implemented in binding national law by February 6, 2018. From that date at the latest, reference values for building interiors will be defined, among other measures. Proof of compliance with these limits will in future be a required formality

Immobilienbesitzer und Vermieter zur Pflichtübung. Es wäre allerdings leichtfertig, die mit Radon einhergehende Problematik und Verantwortung als Immobilienbesitzer erst für das Jahr 2018 auf Wieder-vorlage zu legen. Zumindest seit Erlass der Richtlinie kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Einhaltung der ab spätestens 2018 verbindlichen Grenzwerte im Rahmen eines zwischenzeitlichen Baugenehmigungs-verfahrens schon jetzt von den Behörden verlangt wird. Die in der Regel in den Landesbauordnungen enthaltene Vorgabe, dass ein Bauwerk bei Gefahr für Leib oder Leben nicht genehmigt werden darf, dürfte auch vor 2018 zumindest die Option eröffnen, bei Überschreiten der als gesundheitsgefährlich erachteten (zukünftigen) Radon-Grenzwerte eine Baugenehmigung zu versagen, Nutzungsbeschränkungen anzuordnen (bspw. bei sensibler Nutzung wie Schulen, Kindergärten oder Krankenhäusern) oder Sanierungsanordnungen zu erlassen. Gleiches kann auch im Rahmen von Immobilienkäufen relevant werden. Die Strahlenbelastung eines Gebäudes kann sicherlich als Sachmangel angesehen werden, zumindest sofern ein eindeutig gesundheitsgefährdender Schwellenwert überschritten wird. Hieraus können sich auch Mietminderungsbegehren ergeben.

Diese Übergangsfragen könnten auch allein deshalb in nächster Zeit verstärkt relevant werden, da mit Inkrafttreten der erwähnten Richtlinie das Thema Radon sukzessive an allgemeiner Wahrnehmung gewinnt.

#### PRAKTISCHE KONSEQUENZ UND AUSBLICK

Experten gehen davon aus, dass aufgrund der zukünftigen Grenzwerte ca. 1/3 der deutschen Fläche mindestens prüfbedürftig ist. Die sogenannte Radonkarte des Bundesamts für Strahlenschutz gibt zwar Auskunft über die Radonkonzentration in der Bodenluft, allerdings können auch Bauwerke, die in an sich unbedenklichen Regionen liegen, aufgrund ihrer Bauweise die Grenzwerte überschreiten. Dies kommt regelmäßig vor.

Das Thema Strahlenbelastung von Gebäuden sollte daher in keiner Immobilientransaktion mehr unbeachtet bleiben. Bestandsimmobilien sollten – allein um etwaigen Ansprüchen von Mietern vorzubeugen – auf Radonbelastungen untersucht werden. Dies kann durch eine geographische Vorauswahl und technische Überprüfung vor Ort schnell und kostengünstig erfolgen.

for employers, property owners and landlords. It would, however, be hazardous negligence for property owners to wait until 2018 to schedule problems and responsibilities related to radon for re-submission. At least as of the adoption of the Directive, it can not be excluded that compliance with the limit values that will be mandatory from 2018 will already now be required by the authorities as part of an interim approval process. The requirement usually laid down in the building codes of the federal states, explaining that a building at risk to life or limb may not be approved, should also before 2018 at least allow for the option to refuse planning permission if it exceeds the (future) radon exposure limits deemed hazardous to health, prescribe restrictions of use (e.g. for sensitive use such as schools, kindergartens and hospitals) and issue orders for decontamination. The same can also become relevant for real estate purchases. The radiation exposure of a building can certainly be regarded as a defect of quality, at least if a threshold clearly hazardous to health is exceeded. These may also result in requests for a reduction in rent.

These transitional issues could therefore only become even more relevant in the near future, since with entry into force of the said Directive the issue of radon is gradually gaining more general awareness.

#### PRACTICAL CONSEQUENCES AND OUTLOOK

Experts believe that with the future limit values, about 1/3 of German property will at least require being inspected. The so-called radon map of the Federal Office for Radiation Protection does provide information on the radon concentration in soil air, but buildings that are located in areas that are harmless in themselves may exceed the limit values due to their construction. This happens regularly.

The issue of radiation exposure of buildings should therefore no longer be excluded from any real estate transaction. Existing properties should be tested for radon pollution, if only to prevent possible claims from tenants. This can be done quickly and inexpensively through geographical preselection and a technical inspection of the site.



Cornelia Wiendl  
Associate, Frankfurt  
T +49 69 7941 1261  
cwiendl@mayerbrown.com

## Überblick Grunderwerbsteuersätze

Die folgende Tabelle soll einen Überblick über den derzeitigen Stand (20. September 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 Sommer 2014 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 (September 20, 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 summer 2014 are marked in bold.

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

\* Vgl. Pressemitteilung des Saarländischen Ministeriums für Finanzen und Europa vom 17. September 2014.

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

\* Pursuant to a press release of the Saarland Ministry of Finance and Europe of September 17, 2014.

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. 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.

ELMAR GÜNTHER  
OF COUNSEL, NOTAR, FRANKFURT

Elmar Günther ist Of Counsel der Praxisgruppe 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. Neben seiner Qualifikation als Rechtsanwalt ist Elmar Günther als Notar in Frankfurt am Main bestellt.

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.

DR. JÜRGEN STRENG  
PARTNER, DÜSSELDORF

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

ELMAR GÜNTHER  
OF COUNSEL, NOTAR, FRANKFURT

Elmar Günther is an of counsel in the Frankfurt office of Mayer Brown's Real Estate practice group. 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. In addition to his qualification as a lawyer, Elmar is admitted and appointed as a German civil law notary in Frankfurt am Main.

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.

DR. MARIUS A. BOEWE  
PARTNER, DÜSSELDORF

Dr. Marius Boewe ist Corporate-Partner im Düsseldorfer Büro von Mayer Brown. Der Schwerpunkt seiner Arbeit liegt im Öffentlichen Recht, wo er insbesondere im Bereich der regulierten Industrien (Luftverkehrsrecht, Energiewirtschaftsrecht) sowie im Umweltrecht berät. Des Weiteren berät er in allen regulatorischen Fragestellungen, wobei er über besondere Expertise im Beamten- und Beihilfenrecht verfügt.

CORNELIA WIENDL  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Cornelia Wiendl 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.

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.

DR. MARIUS A. BOEWE  
PARTNER, DÜSSELDORF

Dr. Marius Boewe is a partner in the Düsseldorf office of Mayer Brown's Corporate practice. His main focus lies on public law, in particular in advising regulated industries (aviation and energy) and in the field of environmental law. Furthermore, he advises in all regulatory matters, inter alia profiting from his particular expertise in civil service law and state aid law.

CORNELIA WIENDL  
ASSOCIATE, FRANKFURT

Cornelia Wiendl 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.

## 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
- Hanoi
- Ho Chi Minh City
- Hong Kong
- Shanghai
- Singapore

#### EUROPE

- Brussels
- Düsseldorf
- Frankfurt
- London
- Paris

#### TAUIL & CHEQUER AVOGADOS

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 legal practices in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. Mayer Brown Consulting (Singapore) Pte. Ltd and its subsidiary, which are affiliated with Mayer Brown, provide customs and trade advisory and consultancy services, not legal services.

"Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

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.

© 2014 The Mayer Brown Practices. All rights reserved.

