

Real Estate

Aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechung *Recent Developments and Decisions*

- 2 Der Bundesfinanzhof („BFH“) entscheidet zur mittelbaren Änderung des Gesellschafterbestandes nach § 1 Abs. 2a Grunderwerbsteuergesetz („GrEStG“) durch anderweitige Zurechnung des Gesellschaftsanteils
The Federal Fiscal Court (“BFH”) Decides on an Indirect Change of Partners Pursuant to Section 1 Para 2a of the German Real Estate Transfer Tax Act (“GrEStG”) Through a Different Attribution of the Interest
- 6 Vertragsgestaltung beim Bauvertrag – Vereinbarung VOB/B – „Hot or Not?“
Contract Design for Construction Contracts – VOB/B Agreement – “Hot or Not?”
- 12 Anpassung des Erbbauzinses wegen Störung der Geschäftsgrundlage
Adjustment of Ground Rent Due to Change of the Basis of the Contract
- 17 Nachweis der Vertretungsmacht eines *director* oder *associate director* einer englischen Ltd. Company durch englischen Notar bei deren Bewilligung zur Löschung einer Grundschuld
Proof of Power of Representation of a Director or Associate Director of an English Limited Company by an English Notary Giving Authorization for the Cancellation of a Land Charge
- 23 Überblick Grunderwerbsteuersätze
Overview Real Estate Transfer Tax Rates



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

Der Bundesfinanzhof („BFH“) entscheidet zur mittelbaren Änderung des Gesellschafterbestandes nach § 1 Abs. 2a Grunderwerbsteuergesetz („GrEStG“) durch anderweitige Zurechnung des Gesellschaftsanteils

Mit Urteil vom 9. Juli 2014 (II R 49/12) hat der BFH zur mittelbaren Änderung des Gesellschafterbestandes nach § 1 Abs. 2a GrEStG durch anderweitige Zurechnung des Gesellschaftsanteils entschieden. Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 2a GrEStG unterliegen solche Vorgänge der Besteuerung, bei denen sich innerhalb von fünf Jahren der Gesellschafterbestand unmittelbar oder mittelbar dergestalt verändert, dass mindestens 95 Prozent der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen. Während die Voraussetzungen für die Annahme einer unmittelbaren Änderung des Gesellschafterbestandes einer grundbesitzenden Personengesellschaft weitestgehend unproblematisch geklärt sind, bereitete die mittelbare Änderung desselben größere praktische und dogmatische Probleme.

Die Finanzverwaltung geht seit dem gleichlautenden Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 25. Februar 2010 (BStBl. I 2010, 245) von einer unterschiedlichen Auslegung je nach Rechtsform aus. Es ist ihrer Auffassung nach entscheidend, ob es sich bei der an der grundstückshaltenden Personengesellschaft beteiligten Gesellschaft um eine Personen- oder aber um eine Kapitalgesellschaft handelt. Dem widersprach der BFH mit seinem Urteil vom 24. April 2013 (II R 17/10): Er führte zunächst aus, dass keine rechtsformspezifische Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „mittelbaren Anteilsübertragung“ in § 1 Abs. 2a GrEStG zu erfolgen habe. Weiterhin entschied er, dass eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse

The Federal Fiscal Court (“BFH”) Decides on an Indirect Change of Partners Pursuant to Section 1 Para 2a of the German Real Estate Transfer Tax Act (“GrEStG”) Through a Different Attribution of the Interest

In its ruling of July 9, 2014 (II R 49/12), the BFH decided on an indirect change in partners pursuant to Sec 1 Para 2a GrEStG through a different attribution of the interest. In accordance with the wording of Sec 1 Para 2a GrEStG, a prerequisite for the taxation of such procedures where partners change directly or indirectly within five years is that at least 95 percent of the interest must be transferred to new partners. While the conditions for acceptance of a direct change in the partners of a land-owning partnership have largely been resolved without problem, indirect changes of the same create major practical and doctrinal issues.

Since the adoption of the identical decree by the upper tax authorities of the Federal States on February 25, 2010 (Federal Tax Gazette –BStBl. I 2010, 245), the tax authorities have interpreted this differently depending on the legal form. According to their view, it depends on whether the company involved in the land-holding partnership is a partnership (“Personengesellschaft”) or a limited liability company (“Kapitalgesellschaft”). This was contradicted by the BFH in its ruling of April 24, 2013 (II R 17/10): It first stated that the condition of “indirect transfer of interest” in Sec 1 Para 2a GrEStG could not in any way be interpreted specific to the legal form. It also ruled that a change in the equity structure would make the participating

die beteiligte Gesellschaft nur in denjenigen Fällen fiktiv zu einer neuen Gesellschafterin mache, in denen sich im maßgeblichen Fünf-Jahres-Zeitraum deren Gesellschafterbestand unmittelbar oder mittelbar unter Anwendung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise vollständig geändert hat. Diese wirtschaftlichen Gesichtspunkte präzisiert der BFH in seinem nunmehr ergangenen Urteil.

SACHVERHALT

An der Klägerin, einer GmbH & Co. KG, waren als alleinige Kommanditisten A (Einlage: EUR 450.000) und B (Einlage: EUR 2.050.000) beteiligt. Die A-GmbH war Komplementärin ohne eigenen Kapitalanteil.

A veräußerte mit Vertrag vom 16. Oktober 2000 seinen gesamten Kommanditanteil und B – mit Ausnahme eines verbleibenden Teilkommanditanteils von 5,6 Prozent – einen Großteil ihres Kommanditanteils. Mit selbigem Vertrag veräußerten A und B ihre Anteile an der A-GmbH an X. X war wegen eines eingeräumten und bis zum 31. Dezember 2006 befristeten Optionsrechts berechtigt, zu jeder Zeit die Übertragung des verbliebenen Teilkommanditanteils der B zu einem festen Kaufpreis zu verlangen. B erhielt von X mit Vereinbarung vom 19. November 2001 ein Darlehen in Höhe eben dieses festgelegten Kaufpreises. Die feste Laufzeit des Darlehens sollte am 31. Dezember 2006 enden; das Darlehen wurde mit dem abgezinsten Betrag unmittelbar ausgezahlt. Mit weiteren Vereinbarungen vom 19. und 20. November 2001 übertrug B einerseits das Gewinnstammrecht für ihren Teilkommanditanteil auf X und erteilte – ihren Teilkommanditanteil betreffend – F eine bis zum 31. Dezember 2006 befristete unwiderrufliche Vollmacht. Es konnten hierdurch alle Rechte wahrgenommen und Erklärungen gegenüber Dritten abgegeben werden. Es erfolgte eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hiernach ist es einem Vertreter – sofern er nicht wie vorliegend von den Beschränkungen der Norm befreit wurde – untersagt, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vorzunehmen.

company a “fictitious new partner” only in those cases where the partner’s status has changed completely, directly or indirectly, through the application of an economic approach, in the relevant five-year period. The BFH clarifies this economic approach in the judgment handed down now.

FACTS

A (contribution: EUR 450,000) and B (contribution: EUR 2,050,000) held interest in the applicant, a GmbH & Co. KG, as the sole limited partners. A-GmbH, a German limited liability company, was general partner without its own equity interest.

A sold its total limited partnership interest by agreement of October 16, 2000 and B the majority of its limited partnership interest, with the exception of a remaining partnership interest of 5.6 percent. With the same agreement, A and B sold their interests in A-GmbH to X. Because of an option right that was granted and that was valid until December 31, 2006, X had the right to require transfer of B’s remaining partnership interest at a fixed purchase price at any time. By agreement of November 19, 2001, B received a loan from X in the exact amount of the fixed purchase price. The fixed term of the loan was to expire on December 31, 2006; the loan was paid directly in the discounted amount. By further agreements of November 19 and 20, 2001, B transferred profit-sharing rights for her remaining partnership interest to X and granted an irrevocable power of attorney with regard to her remaining partnership interest, limited up to and including December 31, 2006. All rights could thereby be exercised and declarations submitted to third parties. There was an exemption from the restrictions of Section 181 of the Civil Code. These restrictions prohibit a representative – unless the latter has been exempted from the restrictions of the rule as in this instance – from performing a legal transaction on behalf of the entity he represents with himself for his own account or as representative of a third party.

Mit dem aktuellen Urteil vom 9. Juli 2014 knüpft der BFH an die in seiner Entscheidung vom 24. April 2013 (II R 17/10) entwickelten Grundsätze an. Im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise könne auch aufgrund zivilrechtlicher Verpflichtungen eines unmittelbar an der grundbesitzenden Personengesellschaft Beteiligten angenommen werden, dass dessen Anteil einem Dritten zuzurechnen ist. Dieser Dritte sei demnach „fiktiver Neugesellschafter“ im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG. Insoweit erfolgt eine Gleichstellung der Zurechnung des Anteils mit dem zivilrechtlichen Erwerb des Anteils durch einen neuen Rechtsträger. Zur Begründung greift der BFH – unter Beachtung grunderwerbsteuerlicher Besonderheiten – auf die Grundsätze des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Abgabenordnung („AO“) zurück, nach dem ein Wirtschaftsgut unter bestimmten Voraussetzungen für Steuerzwecke nicht dem Eigentümer, sondern dem sogenannten wirtschaftlichen Eigentümer zuzurechnen ist.

Der BFH stellt insgesamt auf eine Gesamtbildbetrachtung des jeweiligen Einzelfalls ab, legt aber bestimmte Kriterien fest, nach denen zu beurteilen ist, ob bei Vereinbarung einer Kaufoption oder – wie im entschiedenen Fall – einer „Doppelooption“ mit Ankaufsrecht des Käufers und Andienungsrecht des Verkäufers zu jeweils feststehenden Konditionen wirtschaftliches Eigentum des Käufers anzunehmen ist: Hat der Käufer des Anteils schon eine rechtlich geschützte Position erworben, die auf den Erwerb des Rechts gerichtet ist und ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, und sind die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen, so liege wirtschaftliches Eigentum vor.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

In der Praxis ist es zur Vermeidung der Besteuerung nach § 1 Abs. 2a GrEStG üblich, dass ein zuvor beteiligter Gesellschafter mit einem „Zwerganteil“ in der Gesellschaft verbleibt und diesen erst nach Ablauf der Fünf-Jahres-Frist überträgt. Für die Ausgestaltung dieser Beteiligung des Altgeschafters sollten künftig die vom BFH entwickelten Kriterien beachtet und eine zu starke wirtschaftliche Aushöhlung vermieden werden, um eine wirtschaftliche Neuordnung zu

With its current decision of July 9, 2014, the BFH ties in with the principles developed in its decision of April 24, 2013 (II R 17/10). Within the meaning of an economic approach, based on the civil-law obligations of an entity that is a direct partner in the land-owning partnership, it could also be assumed that this participant's interest is attributable to a third party. This third party is thus a “fictitious new partner” within the meaning of Sec 1 Para 2a GrEStG. In that regard, the attribution of the interest is treated equally as the acquisition of the interest under civil law by a new legal entity. By way of justification, the BFH – considering the peculiarities of real estate transfer tax – draws on the principles of Sec 39 Para 2 No 1 of the Tax Code (“AO”), in accordance with which an asset is under certain conditions for tax purposes not attributable to the owner but to the so-called beneficial owner.

On the whole, the BFH relies on an overall view of each individual case, but it establishes certain criteria according to which it must be assessed whether in an agreement of a purchase option or – as in the case at issue – a “double option” that includes the purchaser's right to purchase and the seller's right to offer on the basis of fixed conditions, beneficial ownership of the buyer must be assumed in each case: If the purchaser has already acquired a legally protected position that is aimed at the acquisition of the right and it can no longer be taken away from him against his will, and if the essential rights associated with the interest as well as the risk of depreciation and the chance of an appreciation has been transferred to him, beneficial ownership would exist.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

In practise, in order to avoid taxation under Sec 1 Para 2a GrEStG, it is customary that a previously participating partner remains in the company with a “dwarf interest” and only transfers this interest at the end of the five-year period. In order to avoid economic reclassification, in structuring this equity interest of the former partner, the criteria developed by the BFH should in future be followed and economic erosion that is too

vermeiden. Da die Voraussetzungen für die Annahme einer wirtschaftlichen Neuordnung allerdings kumulativ vorliegen müssen, ist bei den üblichen Gestaltungen abseits der im Besprechungsfall gegebenen allerdings trotz des Urteils weiterhin ein Gestaltungsspielraum gegeben, den es auszunutzen gilt.

Darüber hinaus sollte das Urteil keine Auswirkungen auf die Auslegung und Anwendung der Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs. 3a GrEStG („Anti-RETT-Blocker-Regelung“) haben. Dieser stellt für die Entstehung der Grunderwerbsteuerpflicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse ab. Der Gesetzgeber hat hier abschließend und eindeutig vorgegeben, wie das mittelbare Halten einer wirtschaftlichen Beteiligung von mindestens 95 Prozent zu bestimmen ist. Sie ergibt sich aus der Summe der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungen am Kapital oder am Vermögen der Gesellschaft und ist bei mittelbaren Beteiligungen durch Multiplikation der Vmhundertsätze am Kapital oder am Vermögen der Gesellschaft zu ermitteln. Für die im Urteil vorgebrachten Grundsätze zu § 1 Abs. 2a GrEStG sind daher mangels Regelungslücke, die der BFH in seinem Urteil vom 24. April 2013 (II R 17/10) in § 1 Abs. 2a GrEStG durch die Auslegung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu schließen versucht hat, auf die Anti-RETT-Blocker-Regelung nicht anwendbar.

Insgesamt bleibt allerdings abzuwarten, welche tatsächlichen Konsequenzen sich in der Praxis ergeben werden. Hier ist insbesondere entscheidend, ob die Finanzverwaltung – wie im Hinblick auf das Urteil vom 24. April 2013 (II R 17/10) geschehen – die Anwendung des Urteils über den Einzelfall hinaus durch einen Nichtanwendungserlass verhindert. Es gab zudem aktuelle Bestrebungen des Bundesrates (Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Abgabenordnung an den Zollkodex der Union und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften, „Zollkodexanpassungsgesetz“, BR-Drs. 432/14), die bisherige Praxis der Finanzverwaltung gesetzlich zu normieren und rückwirkend klarzustellen, dass eine wirtschaftliche Betrachtungsweise im Zusammenhang mit der Auslegung des § 1 Abs. 2a GrEStG nicht beabsichtigt war. Dieser Vorschlag konnte sich im laufenden Gesetzgebungsverfahren bislang nicht durchsetzen, sodass die weitere Entwicklung abzuwarten bleibt.

pronounced should be avoided. Since the conditions for the adoption of an economic reclassification must, however, be met cumulatively, some room for tax planning within the scope of normal structuring – aside from that which is provided for in the case under discussion – is given, which needs to be exploited.

In addition, the judgment should not affect the interpretation and application of the criteria of Sec 1 Para 3a GrEStG (“Anti-RETT-Blocker Legislation”). This refers to the financial circumstances for the occurrence of Real Estate Transfer Tax liability. Here, the legislature has clearly and definitively defined how an indirect holding of an economic interest of at least 95 percent is to be determined. It results from the sum of the direct and indirect interests in the capital or assets of the company and shall for indirect investments be assessed by multiplying the percentages in the capital or assets of the company. In the absence of loopholes in the regulations, which the BFH attempted to close in its judgment of April 24, 2013 (II R 17/10) in Sec 1 Para 2a GrEStG through interpretation from an economic point of view, the principles of Section 1 Para 2a GrEStG referred to in the judgment therefore do not apply to the Anti-RETT-Blocker Legislation.

Overall, however, it remains to be seen what the real consequences are that will arise in practice. In this regard, it is of particular importance whether the tax authorities – such as in view of the judgment of April 24, 2013 (II R 17/10) – prevent application of the judgment beyond the individual case by adopting a non-application decree. There were efforts undertaken by the German Bundesrat (opinion on the government draft law to adapt the Tax Code to the Customs Code of the Union and amending other tax regulations, “Customs Code Amendment Act”, BR-Drs. 432/14) to normalise the current practice of fiscal administration by statute, and to retroactively make clear that an economic perspective in relation to the interpretation of Sec 1 Para 2a GrEStG had not been intended. This proposal was not yet adopted by the German Bundestag, so that the further development has to be awaited.



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

Vertragsgestaltung beim Bauvertrag – Vereinbarung VOB/B – „Hot or Not?“

Die VOB/B („Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen“) ist ein Regelwerk, welches speziell auf Bauverträge zugeschnitten ist, jedoch explizit zwischen den Parteien vereinbart werden muss, wenn ihre Regelungen Anwendung finden sollen. Sie liegt aktuell in der Fassung 2012 vor (Bekanntmachung vom 31. Juli 2009, BAnz. Nr. 155 vom 15. Oktober 2009, geändert durch Bekanntmachung vom 26. Juni 2012 in BAnz AT 13. Juli 2012 B3). Auftraggeber und Auftragnehmer stehen bei Abschluss eines Bauvertrages vor der Frage, ob die VOB/B insgesamt oder auch nur einzelne Klauseln vereinbart werden sollen. Der folgende Beitrag zeigt beispielhaft einige Vor- und Nachteile der Vereinbarung der VOB/B bei Bauprojekten auf.

HINTERGRUND

Ziel der VOB/B war es, grundsätzlich einen einheitlichen Standard für Bauverträge zu schaffen. Ein Vorteil ist mithin, dass es sich um ein auf die Besonderheiten eines Bauvertrages abgestimmtes in sich schlüssiges Regelwerk handelt, welches den Parteien ein vorhandenes Grundkonzept zur Verfügung stellt. Für die VOB/B gilt das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß §§ 305 ff. BGB. Die Regeln gelten weder automatisch noch ergänzend bei eventuellen Lücken in einem Vertrag, wenn die Geltung der VOB/B nicht ausdrücklich vereinbart wurde. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die VOB/B Regelungen enthält, die von den gesetzlichen

Contract Design for Construction Contracts – VOB/B Agreement – “Hot or Not?“

VOB/B (“German construction contract procedures part B: The general contractual conditions relating to the execution of construction work“) is a body of rules designed specifically for construction contracts, which is currently available in the version of 2012 (proclamation on July 31, 2009, BAnz (Federal Gazette) no. 155 of October 15, 2009, amended by a proclamation on June 26, 2012 in the Official Section, reference citation BAnz AT July 13, 2012 B3). The parties, however, must explicitly agree if the rules of the VOB/B shall apply. When concluding a construction contract, clients and contractors face the question whether or not the VOB/B should be agreed upon and whether the VOB/B should be agreed as a whole or merely individual clauses thereof. With the following article we would like to illustrate several advantages and disadvantages of agreeing to the VOB/B in construction projects.

BACKGROUND

Strictly speaking, the VOB/B was established in order to provide a consistent standard for construction contracts. Therefore, one advantage of including terms of the VOB/B is that it constitutes a body of rules that is conclusive and tailored to the specialties of a construction contract and provides the parties with an existing basic concept. The VOB/B is subject to the law governing general terms and conditions pursuant to Secs 305 et seq. of the German Civil Code (BGB). The rules apply neither automatically nor supplementally in the event of an omission in a contract, if the validity of the VOB/B has not been explicitly agreed. Particularly in light of the fact

Regelungen des Werkvertragsrechts (§§ 631 ff. BGB) abweichen, kommt es auf eine wirksame Einbeziehung in den Vertrag gemäß § 305 Abs. 2 BGB an und die einbezogenen Klauseln müssen einer Inhaltskontrolle nach AGB-Recht standhalten.

EINBEZIEHUNG DER VOB/B ALS GANZES IN DEN VERTRAG

Eine Möglichkeit, einen Bauvertrag abzuschließen, ist, lediglich die ganz wesentlichen Eckdaten wie Gegenstand des Bauvertrages (Leistung) und Preis individuell zu verhandeln und im Übrigen vollumfänglich die Regelungen der VOB/B zum Gegenstand des Vertrages zu machen. In diesem Fall ist es ausreichend, einen ausdrücklichen Hinweis auf die Geltung der VOB/B in den Vertrag aufzunehmen, jedenfalls dann, wenn professionelle Akteure der Immobilienwirtschaft – oder wie es der BGH formuliert hat: „bewanderte“ Personen (vgl. z. B. BGH Urt. vom 20.10.1988, Az. VII ZR 302/1997) – Parteien des Vertrages sind. Andernfalls kann die VOB/B als Anlage beigefügt werden. Auf diese Weise kommt man zu einem schlüssigen vertraglichen in sich geschlossenen Konzept, was die Interessenlagen der am Bau Beteiligten berücksichtigt. Ein weiterer Vorteil ist die Rechtssicherheit bei der Vereinbarung der VOB/B als Ganzes, weil es durch Rechtsprechung und Literatur inzwischen umfassende Erläuterungen und Interpretationen der verschiedenen Vorschriften gibt, sofern und soweit es jedenfalls nicht auf die in der letzten Fassung geänderten Vorschriften ankommt.

Je nach individuellen Voraussetzungen des Bauvorhabens ist das Regelwerk dennoch nicht zwingend abschließend, sodass gewisse Regelungsbereiche je nach Einzelfall offen bleiben.

BEISPIEL VERTRAGSSTRAFE (§ 11 VOB/B)

Teilweise enthält die VOB/B Regelungen, die nur unter bestimmten Voraussetzungen zur Anwendung kommen. Die Anwendbarkeit des § 11 VOB/B setzt beispielsweise voraus, dass überhaupt eine Vertragsstrafe vereinbart ist, und konkretisiert lediglich die gegebenenfalls zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung. Haben sich die Parteien darauf geeinigt, dass für den Fall des Verzugs des Auftragnehmers

that the VOB/B contains rules which deviate from the statutory regulations governing works and services contracts (Secs 631 et seq. German Civil Code), it must be effectively included in the contract pursuant to Sec 305 Para 2) German Civil Code, and the included clauses must bear up to scrutiny against the laws governing general terms and conditions.

INCLUDING THE VOB/B IN FULL IN A CONTRACT

One way to conclude a construction contract is to simply negotiate material parameters such as the object of the construction contract (performance) and price separately, and to otherwise agree that all provisions of the VOB/B shall become part of the contract. In this case it is sufficient to include an explicit reference to the VOB/B in the contract, if the parties to the contract are professional actors in the real estate industry – or, as the Federal Court of Justice (BGH) put it, “experienced” persons (cf. e.g. BGH ruling of October 20, 1988, ref. no. VII ZR 302/1997). Alternatively, the VOB/B may be included as an addendum. In this manner one arrives at a conclusive contractual concept that is inherently consistent, which considers the interests of the parties involved in the construction. A further advantage is the legal certainty in agreeing the VOB/B in full, as case law and literature now provide extensive explanations and interpretations of the various provisions, at least if and insofar as it does not pertain to the provisions amended in the latest version.

Depending on the individual requirements of the construction project, however, the body of rules is not necessarily conclusive, leaving a certain scope of application open in individual cases.

AN EXAMPLE OF A PENALTY (SEC 11 VOB/B)

In parts, the VOB/B contains provisions that only take effect under certain conditions. For instance, the applicability of Sec 11 VOB/B requires that a penalty was agreed in the first place, and merely substantiates an agreement made by the parties as the case may be. If the parties have agreed to a penalty of 0.3 percent of the total price for each week that the contractor is delayed with completion of construction, then this

mit der Fertigstellung des Bauvorhabens für jede Woche der Verzögerung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,3 Prozent des Gesamtfestpreises fällig wird, so wird diese Regelung durch § 11 Abs. 3 dahingehend konkretisiert, dass bei einer Verzögerung von acht Werktagen eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,4 Prozent fällig wird, nämlich 0,3 Prozent für die volle Woche und 1/6 für jeden Werktag der weiteren angefangenen Woche (2 x 0,05 Prozent). Diese Konkretisierung durch die VOB/B ist ein Vorteil, wenn die Parteien die Regelung nicht selbst konkretisiert haben, um einen Streit über die Höhe zu verhindern. Denkbar wäre als alternative Regelung, dass die Vertragsstrafe in Höhe von 0,3 Prozent für jede angefangene Woche fällig werden soll (bei acht Werktagen: 0,6 Prozent, da die zweite Woche bereits angefangen hätte) oder 0,3 Prozent je komplette Woche (bei acht Werktagen lediglich 0,3 Prozent für die erste begonnene Woche). Dies kann je nach Größe des Projektes einen erheblichen Unterschied ausmachen. Ist das hingegen von den Parteien gewollt, so ist eine konkrete Vereinbarung empfehlenswert anstelle der pauschalen Vereinbarung der VOB/B.

VEREINBARUNG DER VOB/B „IM ÜBRIGEN“

Unter Berücksichtigung der Besonderheiten eines konkreten Bauvorhabens wollen die Parteien ggf. solche oder ähnliche abweichende Vereinbarungen treffen. Daher wird oftmals nicht die VOB/B insgesamt vereinbart, sondern ergänzend „im Übrigen“ auf die Regelungen der VOB/B verwiesen. Es gilt dann die Grundregel des § 305b BGB, dass Individualvereinbarungen Vorrang vor allgemeinen Geschäftsbedingungen haben. Für den Fall, dass sich die Parteien für einen Regelungsbereich nicht geeinigt haben, wird dann diese „Lücke“ durch Regelungen in der VOB/B geschlossen. Gibt es jedoch Vereinbarungen zwischen den Parteien, die einer Regelung in der VOB/B widersprechen, so findet die Regelung der VOB/B keine Anwendung, sondern die individuell getroffene Vereinbarung hat Priorität. Dies hat den Vorteil einer größeren Flexibilität. Ein Nachteil ist jedoch das Risiko eines Ungleichgewichts zwischen den Vertragsparteien, wenn das ausgewogene Gesamtkonzept der VOB/B auf diese Weise durchbrochen wird, was zur Unwirksamkeit einzelner Klauseln führen kann, die dann möglicherweise einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB nicht standhalten.

provision will be substantiated by Sec 11 Para 3 to the effect that if there is a delay of eight working days, a penalty of 0.4 percent will be levied, namely 0.3 percent for the full week and 1/6 for every working day of the subsequent week (2 x 0.05 percent). This substantiation by the VOB/B is an advantage if the parties have not substantiated the provision themselves, in that it avoids a dispute over the amount. A conceivable alternative provision could be to impose a penalty of 0.3 percent for each week begun (for eight working days: 0.6 percent, as the second week has already begun) or 0.3 percent per each full week (in the case of eight working days, merely 0.3 percent for the first week begun). This can constitute a significant difference, depending on a project's size. However, if desired by the parties, then a specific agreement is recommended over a blanket assumption of the VOB/B.

AGREEING THE VOB/B “FOR THE REMAINDER”

Taking into account the specifications of a particular construction project, the parties may wish to conclude such or similar specific agreements deviating from the stipulations in the VOB/B. Therefore, quite often the parties do not agree upon the VOB/B as a whole, but rather refer to the VOB/B supplementally “for the remainder”, meaning for any case no individual or specific clauses have been agreed. In this case the basic rule of Sec 305b of the German Civil Code applies, namely that individual agreements take precedence over general terms and conditions. If the parties did not agree a scope of applicability, this “gap” is then closed by a provision of the VOB/B. However, if there are agreements between the parties that contradict the provisions of the VOB/B, then the VOB/B provision does not apply and instead the specific agreement has priority. The advantage is the greater flexibility. A disadvantage, however, lies in the risk of a disequilibrium between the parties to the contract if this breaks the balanced overall concept of the VOB/B, which may result in individual clauses becoming ineffective and then failing to withstand scrutiny when compared against Secs 307 et seq. of the German Civil Code.

Es war nicht die Idee der VOB/B, dass sich jede Partei einzelne Regelungen aussuchen kann, die gerade passend erscheinen. Dies kann ebenfalls zur Durchbrechung des Konzeptes führen. Dennoch gibt es komplexe Bauverträge, in denen die Parteien Rechte, Pflichten und Rechtsfolgen umfangreich und individuell regeln wollen.

Ist das Ziel die Vereinbarung einzelner Klausel der VOB/B, kommt es ebenfalls darauf an, dass die jeweilige Klausel wirksam in den Vertrag einbezogen wurde (z. B. durch Verweis auf die betreffende Vorschrift der VOB/B oder schlicht durch wörtliche Wiedergabe) und die Klausel einer individuellen Inhaltskontrolle nach AGB-Recht standhält. Gerade wenn sich die Parteien in bestimmten Situationen nicht einigen können, wird gelegentlich auf einzelne Klauseln der VOB/B zurückgegriffen, die gesondert in den Vertrag aufgenommen werden. Dabei ist wiederum Vorsicht geboten. Denn ob man die VOB/B als ausgewogen oder für Auftragnehmer oder Auftraggeber vorteilhaft erachtet, darüber mag man sich streiten. Doch kann das Herausgreifen einzelner Regelungen erst recht zu einem Ungleichgewicht und der Unwirksamkeit von Klauseln führen. In dem oben bereits genannten Fall der Vereinbarung einer Vertragsstrafe kann diese beispielsweise unwirksam sein, wenn der pauschale Schadenersatz in unangemessener Höhe vereinbart wird.

Problematisch kann die Aufnahme einer einzelnen Klausel insbesondere dann sein, wenn die betreffende Regelung nicht wörtlich, sondern mit einer Modifikation in den Vertrag aufgenommen wird. Dies hat unter Umständen den Nachteil, dass im Rahmen der Vertragsgestaltung und bei Verhandlungen das Risiko einer AGB-rechtlichen Unwirksamkeit einer modifizierten Regelung im Vorfeld nicht zuverlässig eingeschätzt werden kann. Zudem kann es im Fall einer modifizierten Klausel eher zu Streitigkeiten zwischen den Parteien kommen, was der Wille der Parteien war, diese Klausel aufzunehmen, wenn der Hintergrund der Modifikation nicht klar und der Interpretation zugänglich ist. Sind Abweichungen erwünscht, ist es daher in jedem Fall empfehlenswert, die einzelnen Klauseln explizit in den Vertrag aufzunehmen und zur Disposition zu stellen und die jeweiligen Konzepte individuell zu verhandeln, um das Risiko einer AGB-Rechtswidrigkeit zu minimieren.

The idea behind this creation of the VOB/B was not that each party might choose individual provisions that appear convenient at the time. This may likewise result in a breach of the concept. Nonetheless, there are complex construction contracts in which parties wish to extensively and individually govern rights, obligations and legal consequences.

If the goal is to agree individual clauses of the VOB/B, it is essential that the respective clause is effectively included in the contract (such as by referencing the VOB/B provision concerned or simply repeating its wording) and that it individually withstands scrutiny against the laws governing general terms and conditions. Particularly when parties are unable to reach an agreement in certain situations, individual clauses of the VOB/B are resorted to and then included separately in the contract. Again, the contract needs to be drafted very carefully. One may dispute whether the VOB/B can be deemed balanced or advantageous for the contractor or client. However, cherry-picking individual provisions will almost certainly lead to an imbalance and invalidity of clauses. In the above agreement of a penalty for example, this might be invalid if the amount of the lump sum compensation agreed is inappropriate.

The inclusion of an individual clause may be particularly problematic if the provision concerned is not included in the agreement verbatim, but rather in a modified version. This may have the disadvantage that it is not possible, when designing the contract, to reliably assess in advance the risk of invalidity of a modified provision under the law governing general terms and conditions. Moreover, a modified clause may be more likely to give rise to disputes between the parties over the parties' intention behind including the clause, if the reasons for modification are not clear and available for interpretation. If deviations are desired, then it is always recommended to explicitly include the individual clauses in the contract and to discuss them, and to negotiate the respective concepts separately in order to minimise the risk of an infringement of the laws governing general terms and conditions.

Je nach Individualität des Bauprojektes und insbesondere im Bereich des Anlagenbaus kann es jedenfalls den Interessen der Parteien eher entsprechen, ein individuelles Vertragswerk auszuhandeln. Dies betrifft zum Beispiel den Bereich der Mitsprache-, Mitwirkungs- und Kooperationsrechte sowie Änderungsmöglichkeiten im Hinblick auf den Leistungsumfang. Die Änderung des Leistungsumfanges oder auch Planänderungen sind ein typisches Mittel des Auftraggebers, sich eine gewisse Flexibilität zu erhalten.

Gemäß § 1 Abs. 3 (Änderungen des Bauentwurfs) und Abs. 4 (Weitere Leistungen, die zur Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung erforderlich werden, sowie andere Leistungen mit Zustimmung des Auftraggebers) kann ein Auftraggeber gegen entsprechende Vergütung Änderungen verlangen. Gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung von Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren, wenn durch Änderungen des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden. Die Einigung über eine Preisanpassung kann dabei unter Umständen wertvolle Zeit in Anspruch nehmen.

Je nach Bauprojekt kann es daher sachgerecht sein, ein davon abweichendes Anpassungskonzept zu vereinbaren, welches beispielsweise feste Optionen vorsieht, bei denen im Vorfeld bereits Leistungspaket und Vergütung festgelegt sind und dem Auftraggeber das Recht eingeräumt wird, die entsprechenden Optionen (u. U. bis zu einem bestimmten Zeitpunkt) einseitig auszuüben. Als Variante ist denkbar, dass – je nach Aufwand – einer Option unterschiedliche Preise zugeordnet werden, je nachdem, zu welchem Zeitpunkt ein Auftraggeber das Optionsrecht ausübt. Dies hat im Hinblick auf Planungs- und Kostensicherheit beider Parteien erhebliche Vorteile gegenüber der Regelung der VOB/B, jedoch den Nachteil, dass es wenig Flexibilität zulässt. Um den Parteien und insbesondere dem Auftraggeber einen größeren Spielraum einzuräumen, gibt es auch deutlich komplexere Konzepte, in denen der Auftragnehmer zum Beispiel an ein bestimmtes Kostenmodell gebunden ist und Kalkulationen für Änderungen des Auftraggebers offenlegen muss und der Auf-

Depending on a construction project's individuality, and particularly in the field of plant construction, it may be in the parties' interests to negotiate an individual contract. For instance, this is true for right of say, right to participate and right to cooperate as well as the option to change the scope of works. Changes to the scope of works or plans are typical means by which a client maintains flexibility.

Pursuant to Sec 1 Para 3 (changes to the construction plan) and Sec 1 Para 4 (additional performances that become necessary in order to execute the performance agreed under the contract as well as other performances with the client's consent), a client may request changes for a corresponding fee. Pursuant to Sec 2 Para 5 VOB/B, a new price must be agreed that accounts for additional or reduced costs if changes to the construction plan or other client orders resulted in changes to the basis of the price of a performance stipulated in the contract. Agreeing such a price adjustment may take up valuable time.

Therefore, depending on the construction project, it may be appropriate to agree upon a deviating concept for adjustment that could include fixed options which predefine performance packages and remuneration, and grants the client the right to unilaterally exercise those options (possibly up until a certain point in time). Depending on the amount of work involved, a conceivable version is to assign a number of different prices to an option, depending on the point in time when the client exercises the option). This provides a considerable advantage over the VOB/B provisions regarding both parties' planning and cost certainty, but has the disadvantage that it is not very flexible. In order to grant more leeway to the parties and the client in particular, there are also far more complex concepts in which, for example, the contractor is bound to a particular cost model and is required to disclose calculations for client-requested changes, enabling the client to decide whether or not to commission the change depending on the offer. Changes proposed by a contractor may also

traggeber je nach Angebot noch entscheiden kann, ob er die Änderung letztendlich beauftragt oder nicht. Unter Umständen können auch Änderungsvorschläge eines Auftragnehmers zulässig sein, wenn dieser das erforderliche Know-How mitbringt.

FAZIT

Wie so oft kommt es auf Umfang, Individualität und Umstände des Einzelfalls an, ob die Vereinbarung eines Bauvertrages unter Berücksichtigung der VOB/B für beide oder auch nur eine der Parteien eher von Vor- oder Nachteil ist.

Ein Vorteil bei der Verwendung der VOB/B insgesamt oder auch einzelner Klauseln ist, dass das Risiko der Unwirksamkeit einer Klausel wegen Verstoß gegen die Vorschriften des AGB-Rechts eher gering ist, da diese Klauseln vielfach verwendet und geprüft wurden. Auch gibt es umfangreiche Auslegungsregelungen und Interpretationen aufgrund vorhandener Rechtsprechung und Literatur zur VOB/B. Dies dient der Rechtssicherheit der Parteien.

Die genannten Beispiele zeigen jedoch, dass es nicht nur mit Vorteilen verbunden ist, die VOB/B insgesamt zu vereinbaren. Teilweise werden abweichende individuell vereinbarte Konzepte den Interessen der Parteien eher gerecht. Eine Entscheidung ist oftmals in dem Spannungsfeld von Rechtssicherheit und Planungssicherheit im Hinblick auf Kosten und Zeitplan einerseits sowie größtmögliche Flexibilität bei der Ausführung des Bauprojektes zu treffen. Individuell vereinbarte Klauseln erhöhen jedoch das Risiko einer Unwirksamkeit nach AGB-Recht, wenn sie zu einer Unausgewogenheit des Vertrages insgesamt führen oder eine Partei im Einzelfall unangemessen benachteiligen. Je nach Komplexität des Bauprojektes sind Vor- und Nachteile im Einzelfall gegeneinander abzuwägen.

be admissible if the contractor possesses the required expertise.

CONCLUSION

Whether it is advantageous or disadvantageous for both parties or even just one party to agree a construction contract under the VOB/B – as it is often the case – depends on the scope, individuality and circumstances of a project.

One advantage of applying the VOB/B as a whole or individual clauses thereof is that the risk of a clause infringing the laws governing general terms and conditions and therefore being rendered invalid tends to be small, as these clauses have been used and reviewed a lot. Also, existing case law and literature involving the VOB/B provides for extensive interpretations and provisions governing interpretations. This equips the parties with legal certainty.

However, the examples given illustrate that agreeing on the VOB/B as a whole is not exclusively advantageous. In parts, individually agreed concepts that deviate from it may serve the parties' interests better. A decision must often fall somewhere between legal certainty and planning certainty regarding costs and deadlines on the one hand, and maximum flexibility in executing a construction project on the other. Individually agreed clauses do however increase the risk of invalidity under the laws governing general terms and conditions if they lead to the contract's disequilibrium or an inappropriate disadvantage for a party in individual cases. Depending on the construction project's complexity, it is necessary to weigh up the advantages and disadvantages.



Annika Bautz
Senior Associate, Frankfurt
T +49 69 7941 1891
abautz@mayerbrown.com

Anpassung des Erbbauzinses wegen Störung der Geschäftsgrundlage

BGH 5. Zivilsenat, Urteil vom 23. Mai 2014 – V ZR 208/12

Haben sich die Umstände geändert, die zur Geschäftsgrundlage eines Vertrages geworden sind, so können die Parteien nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB eine Anpassung des Vertrages verlangen. In seiner Entscheidung vom 23. Mai 2014 hatte der BGH nunmehr zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen eine unvorhergesehene Änderung der baurechtlich zulässigen Ausnutzung eines Erbbaugrundstücks einen solchen Wegfall der Geschäftsgrundlage und damit einen Anspruch auf Anpassung des vereinbarten Erbbauzinses begründet.

LEITSATZ

Die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses baurechtlich zulässige Ausnutzung des Erbbaugrundstücks ist für das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung eines Erbbaurechtsvertrages regelmäßig ein wesentlicher Umstand; als solcher kann sie Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 BGB sein.

Bestimmt sich die vertraglich zulässige Nutzung des Erbbaurechtsgrundstücks nach dem öffentlich-rechtlichen Bauplanungsrecht (sog. dynamische Verweisung), führt eine Erhöhung der zulässigen Nutzung grundsätzlich nicht zu einer Störung des Äquivalenzverhältnisses und damit nicht zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage. Anders kann es ausnahmsweise liegen, wenn sich das Maß der baulichen Nutzung in einem von den Parteien nicht erwarteten Umfang erhöht.

Adjustment of Ground Rent Due to Change of the Basis of the Contract

Federal Court of Justice (BGH) Fifth Civil Chamber, Decision of May 23, 2014 – V ZR 208/12

Where the circumstances on which a contract was based have changed, both parties may request an adjustment of the contract due to the principle on the disappearance of the basis of the contract, in accordance with Sec 313 German Civil Code. In its decision of May 23, 2014, the BGH was required to decide whether and under what circumstances an unforeseen and legally permitted change of use of a property encumbered with a hereditary building right was grounds for such disappearance of the basis of the contract and thus for a claim for adjustment of the agreed ground rent.

HEAD NOTE

The legally permitted use of the underlying property when the contract was concluded is generally an essential circumstance in determining the equivalence of the performance and remuneration of a hereditary building right contract; as such it may be regarded as a basis of the contract in the meaning of Sec 313 German Civil Code.

If the contractually permitted use of the underlying property complies with public zoning law (“dynamic referral”), an increase in the permitted use does not generally lead to a failure of equivalence nor, therefore, to a disappearance of the basis of the contract. By way of exception, the case is different where the extent of the use of the building increases to a level not expected by one of the parties.

SACHVERHALT

Der Entscheidung des BGH lag ein Erbbaurechtsvertrag aus dem Jahr 1964 zugrunde. Mit jenem Vertrag bestellte die Grundstückseigentümerin zugunsten der Beklagten ein Erbbaurecht an einem 104 m² großen, im Innenstadtbereich einer Großstadt gelegenen Grundstück mit einer Laufzeit von 50 Jahren bis zum 31. Dezember 2014. Im Vertrag war u. a. bestimmt, dass die Beklagte berechtigt ist, das auf dem Grundstück vorhandene Haus abbrechen zu lassen und durch ein neues Gebäude zu ersetzen, wobei für dessen Gestaltung ausschließlich die baurechtlichen Vorschriften verbindlich sein sollten.

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gab es für das Gebiet keinen Bebauungsplan. Das Erbbaugrundstück war mit einem Gebäude mit zwei Obergeschossen und einem Dachgeschoss bebaut. Ein kurze Zeit später von der Stadt beschlossener Bebauungsplan sah eine bauliche Nutzbarkeit des Grundstücks mit einer Geschossflächenzahl von 3,0 vor.

Im Jahr 2008 beschloss die Stadt einen auf das Vorhaben der Beklagten – einen Neubau auf mehreren Grundstücken unter Einbeziehung des Erbbaugrundstücks – bezogenen Bebauungsplan, der die Geschossflächenzahl nicht mehr begrenzte und lediglich eine maximale Firsthöhe von 22,5 m vorsah. Die Beklagte errichtete daraufhin den geplanten Neubau mit zwei Tief- und fünf Obergeschossen.

Die Parteien verhandelten in der folgenden Zeit erfolglos über eine Anpassung des Erbbauzinses. Die Grundstückseigentümerin erhob daraufhin u. a. Klage auf Zahlung eines erhöhten Erbbauzinses. Die Klage blieb jedoch sowohl in erster als auch in zweiter Instanz ohne Erfolg. Mit der vom BGH zugelassenen Revision verfolgen die Kläger als Erben der zwischenzeitlich verstorbenen Grundstückseigentümerin ihre Zahlungsanträge weiter.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Der BGH hat der Revision der Kläger stattgegeben. Er hat das angefochtene Berufungsurteil aufgehoben und die Sache – mangels Entscheidungsreife – zur erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft einen Anspruch auf Zahlung eines erhöhten

FACTS

The BGH's decision was based on a hereditary building right contract from 1964. Under this contract, the owner of the property granted to the defendant a hereditary building right regarding a property with an area of 104 sq. m located in an inner-city area of a large city; the hereditary building right was granted for 50 years until December 31, 2014. The contract specified, inter alia, that the defendant was entitled to demolish the house then standing on the property and to replace it with a new building, the design of which would solely be required to comply with building regulations.

At the time the contract was concluded, there was no zoning plan for the area. The underlying property contained a building with two upper stories and an attic. A short time later, a zoning plan passed by the city determined that the property may be used by observing a floor-area ratio of 3.0.

In 2008, the city, in connection with the defendant's plans – a new building on several properties, including the underlying property in question – passed a zoning plan which no longer restricted the floor-area ratio and merely stipulated a maximum roof ridge height of 22.5m. The defendant then constructed the planned new building with two basement floors and five upper stories.

The parties negotiated thereafter unsuccessfully over an adjustment of the ground rent. The property owner then took legal action for payment of an increased ground rent. However, the suit was unsuccessful both at first and second instances. In the appeal admitted by the BGH, the plaintiffs, as the heirs of the (in the interim deceased) owner, are continuing their claims for payment.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

The BGH granted the plaintiffs' appeal. It revoked the disputed appeal decision and referred the matter – failing a firm decision – back to the appeal court for renewed consideration. It held that the appeal court had erroneously rejected a claim for payment of increased ground rent on the grounds

Erbbauzinses aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB verneint.

Der BGH führt aus, dass die baurechtlich zulässige Ausnutzung des Erbbaugrundstücks für das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung eines Erbbaurechtsvertrages regelmäßig ein wesentlicher Umstand sei und als solcher Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 Abs. 1 BGB sein könne. Insofern sei zu beachten, dass der Erbbauzins das von dem Erbbauberechtigten zu zahlende Entgelt für die Bestellung des Erbbaurechts sei, dessen wesentlicher Inhalt die Befugnis zur Nutzung des fremden Grundstücks als Baugrund sei. Die Äquivalenz der im Erbbaurechtsvertrag vereinbarten gegenseitigen Leistungen sei dann gegeben, wenn der Erbbauzins dem Wert des Erbbaurechts entspreche, d. h. wenn sich die Höhe des Erbbauzinses an dem Wert der dem Erbbauberechtigten gewährten Nutzungsmöglichkeit ausrichte. Werde dagegen – wie im zu entscheidenden Fall – bei einer Änderung der baulichen Nutzbarkeit des Grundstücks der Erbbauzins nicht angepasst, so trete eine Verschiebung der Werte zwischen dem Erbbaugrundstück und dem Erbbaurecht und somit eine im Rahmen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu berücksichtigende Äquivalenzstörung ein.

Für die Berücksichtigung einer solchen Äquivalenzstörung sei lediglich dann kein Raum, wenn sich damit ein Risiko verwirklicht habe, das nach der vertraglichen Regelung in den Risikobereich einer Partei fiel. In einem solchen Fall müsse sich die Partei, die dieses Risiko nach den vertraglichen Regelungen übernommen habe, an dem Vertrag festhalten lassen. Der BGH stellt fest, dass sich im zu entscheidenden Fall eine solche Risikoübernahme durch die Grundstückseigentümerin daraus ergeben könne, dass die Beklagte auf dem Erbbaugrundstück einen Neubau nach Maßgabe des öffentlichen Baurechts errichten durfte. Bestimme sich das Maß der nach dem Erbbaurechtsvertrag zulässigen baulichen Nutzung nach dem öffentlich-rechtlichen Bauplanungsrecht, berechtigten Erhöhungen des Maßes der baurechtlichen Nutzung des Erbbaugrundstücks den Grundstückseigentümer in der Regel grundsätzlich nicht dazu, eine Anpassung des Erbbauzinses nach der Vorschrift über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu verlangen. Anders verhalte es sich ausnahmsweise nur dann, wenn die Parteien – wie von den Klägern vorgetragen – bei Abschluss des Erbbaurechtsver-

of disappearance of the basis of the contract in accordance with Sec 313 Para 1 German Civil Code.

The BGH states that the legally permitted use of the underlying property was generally an essential circumstance in determining the equivalence of the performance and remuneration of a hereditary building right contract; as such it might be regarded as a basis of the contract in the meaning of Sec 313 Para 1 German Civil Code. In this respect it should be noted that the ground rent was the payment to be made by the lessee in return for the hereditary building right; in turn, the hereditary building right contained the permission to use the non-owned property as a construction site. The mutual performances agreed in the hereditary building right contract were equivalent if the ground rent corresponded to the value of the hereditary building right, i.e. if the ground rent was in alignment with the value to the lessee's potential use of the property. On the other hand, should the ground rent not be adjusted when the use of the property in building terms is changed, as in the case in question, there was a misalignment of the values of the underlying property and the hereditary building right; this entailed a lack of equivalence that must be examined in terms of a disappearance of the basis of the contract.

There was no way of considering such a lack of equivalence if a risk has thereby been realized that under the contract fell within the risk area of one party. In such a case, the party which accepted this risk under the contract should comply with the contract. The BGH establishes that, in the case in question, such an acceptance of risk by the owner of the property could be seen in the defendant's being permitted to erect a new building in accordance with public building law. If the extent of the legally permitted building use of the property under the hereditary building right contract was determined in accordance with public zoning law, increases in the extent of the building use of the underlying property did not generally entitle the owner to request an adjustment of the ground rent under the principle on the disappearance of the basis of the contract. By way of exception, this might not be the case only if the parties – as claimed by the plaintiffs – did not assume when concluding the contract that changes might be made regarding the extent of the permitted use to an extent which was significant for the value of the hereditary building right. This claim was significant, because

trags nicht von Änderungen des Maßes der zulässigen Nutzung in einem für den Wert des Rechts wesentlichen Umfang ausgegangen seien. Dieses Vorbringen sei erheblich, weil nicht schon die Vorhersehbarkeit eines Fortfalls der Geschäftsgrundlage, sondern dessen bewusste Inkaufnahme einen Anspruch auf Anpassung des Vertrages ausschliesse. Das Berufungsgericht habe daher dem unter Beweisantritt gestellten Vortrag der Kläger zu der von den Parteien im Jahr 1964 erwarteten künftigen baulichen Nutzung nachzugehen und unter Berücksichtigung des Beweisergebnisses erneut zu entscheiden.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Mit der dargestellten Entscheidung hat der BGH geklärt, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einer Änderung der baurechtlich zulässigen Nutzung des Erbbaugrundstücks eine Anpassung des Erbbauzinses nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage verlangt werden kann. Zwar dürfte der Anwendungsbereich für eine Anpassung des Erbbauzinses unter Zugrundelegung der Entscheidung eher gering bleiben, da der BGH insofern ausdrücklich festgestellt hat, dass eine Änderung der baulichen Nutzung grundsätzlich nicht zu einer Anpassung des Erbbauzinses berechtigt. Allerdings hat der BGH klar gestellt, dass in Ausnahmefällen eine solche Anpassung des Erbbauzinses dennoch geboten erscheinen kann.

Gelingt dem Grundstückseigentümer daher der Nachweis, dass eine von den Parteien bei Vertragsschluss nicht erwartete, wesentliche Änderung der baulichen Nutzbarkeit des Grundstücks vorliegt, so ist er ausnahmsweise zu einer Anpassung des Erbbauzinses berechtigt. Für den Erbbauberechtigten birgt dies erhebliche finanzielle Risiken, da er einer unter Umständen signifikanten Erhöhung des Erbbauzinses ausgesetzt ist. Zwar würde eine Erhöhung des Erbbauzinses zugleich auch eine Erhöhung der baurechtlich zulässigen Nutzung des Erbbaugrundstücks bedeuten, allerdings wäre die Frage, ob sich der Erbbauberechtigte eine solche Erhöhung der baurechtlichen Nutzung auch unmittelbar zunutze machen könnte. Insbesondere, wenn der Erbbauberechtigte bereits ein Gebäude auf dem Erbbaugrundstück errichtet und im Rahmen eines langfristigen Mietvertrages vermietet haben sollte, könnte sich dies als schwierig erweisen.

It was not the predictability of a disappearance of the basis of the contract but rather its conscious acceptance which excludes a claim for adjustment of the contract. Therefore, the appeal court must examine the plaintiffs' claim submitted as evidence regarding the future building use expected in 1964 and must make a new decision based on consideration of the results of this examination.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

In this decision, the BGH has stated whether and under what requirements an adjustment of the ground rent may be requested on the grounds of a disappearance of the basis of the contract where there has been a change of the legally permitted use of the underlying property. In fact, the scope for an adjustment of the ground rent based on the decision is rather narrow, since the BGH has expressly established that a change of the building use does generally not justify an adjustment of the ground rent. However, the BGH has made it clear that in exceptional cases such an adjustment of the ground rent may be required.

If the owner of the property obtains proof that the parties did not expect significant changes to be made to the building use of the property when the contract was concluded, by way of exception the owner is entitled to an adjustment of the ground rent. This entails significant financial risks for the lessee, since he may be exposed to a significant increase of the ground rent. Although an increase in the ground rent would also entail an increase in the legally permitted use of the underlying property, the question would be whether the lessee would be able to make direct use of the increase in the legal use of the property. In particular, if the lessee has already erected a building on the property and has rented it out on a long-term lease, this could be difficult.

Vor dem Hintergrund der dargestellten Entscheidung ist daher anzuraten, bei Abschluss eines Erbbaurechtsvertrages immer auch ein Augenmerk auf eine etwaige zukünftige Änderung der baulichen Nutzung des Erbbaugrundstücks zu haben. Um rechtliche Streitigkeiten in diesem Zusammenhang zu vermeiden, kann es angezeigt erscheinen, bereits im Rahmen des Erbbaurechtsvertrags ausdrücklich klarzustellen, welche Vertragspartei bei einer gegebenenfalls zukünftigen Änderung der baulichen Nutzung das damit verbundene Risiko tragen soll.

Therefore, against the background of the decision in question, it is advisable when concluding a hereditary building contract to always bear in mind any future change in the building use of the underlying property. In order to avoid legal disputes in this situation, it may be useful to expressly clarify in the hereditary building right contract which contractual party should bear the risk of any future change of the building use.



Gelena Yufa
Associate, Frankfurt
T +49 69 7941 1027
gyufa@mayerbrown.com

Nachweis der Vertretungsmacht eines *director* oder *associate director* einer englischen Ltd. Company durch englischen Notar bei deren Bewilligung zur Löschung einer Grundschuld

Proof of Power of Representation of a Director or Associate Director of an English Limited Company by an English Notary Giving Authorization for the Cancellation of a Land Charge

OLG Nürnberg, Beschluss vom 25. März 2014 – 15 W 381/14 (AG Ansbach)

Nürnberg Higher Regional Court (OLG Nürnberg), Decision of March 25, 2014 – 15 W 381/14 (Ansbach District Court)

LEITSATZ

Die Vertretungsmacht des *director* oder *associate director* einer englischen Limited Company kann gegenüber dem Grundbuchamt durch die Bescheinigung eines englischen Notars nachgewiesen werden, der das Bestehen der Gesellschaft und die Vertretungsmacht nach Einsicht in das englische Handelsregister und die dort befindlichen Unterlagen (Memorandum, Articles of Association und Protokollbuch) bestätigt.

Die Bescheinigung muss nachvollziehbare Angaben zu den tatsächlichen Grundlagen der notariellen Feststellungen enthalten.

SACHVERHALT

Das OLG Nürnberg hat sich im Rahmen einer Beschwerde damit befasst, ob die Voraussetzungen für die Löschung einer Grundschuld, nämlich Nachweis einer Berechtigung, die Grundschuldgläubigerin bei Abgabe der Löschungsbewilligung zu vertreten, ausreichend nachgewiesen sind. Die Grundschuldgläubigerin war eine englische Ltd. Company. Die Löschungsbewilligung war von einer Sonderbevollmächtigten unterschrieben. In Kopie beigelegt waren die beglaubigte Abschrift einer Vollmacht, die von einem *director* und *associate director* der Gesellschaft unterzeichnet war, und eine mit Apostille versehene Erklärung des notary public, in der der

HEAD NOTE

The power of representation of a director or associate director of an English limited company may be proven to the land registry through a certificate provided by an English notary confirming the existence of the company and the power of representation after examination of the English companies register and the documentation contained therein (memorandum, articles of association and minutes).

The certificate must contain full details of the actual bases for the notary's conclusions.

FACTS

The OLG Nürnberg concluded, in the context of a complaint, that the requirements for the cancellation of a land charge, namely, the proof of the right to represent the holder of the land charge in submitting the cancellation instruction, had been sufficiently fulfilled. The holder of the land charge was an English limited company. The consent to cancellation was signed by a person with special authority. Attached to the consent to cancellation was a notarized copy of a power of attorney signed by a director and an associate director of the Company, together with a statement by the notary, with attached apostille, in which the notary confirmed that, based on his examination of the

Notar bestätigte, dass aufgrund der Einsichtnahme der Eintragungen des Gesellschaftsregisters und der Unterlagen der Gesellschaft die Unterzeichner befugt waren, diese Vollmacht zusammen im Namen der Gesellschaft unter Anbringung des Gesellschaftsiegels auszustellen, und dass dieselbe gemäß den entsprechenden Bestimmungen englischen Rechts vollzogen und für die Gesellschaft rechtverbindlich ist. Nach einer Beanstandung des Grundbuchamtes erteilte der die englische Gesellschaft vertretende Notar die Löschungsbewilligung unter Vorlage einer auf ihn ausgestellten Vollmacht, die wiederum von dem jeweiligen *director* und *associate director* unterzeichnet und mit einem vergleichbaren Vertretungsnachweis des englischen *notary public* versehen war. Das Grundbuchamt hielt auch den Nachweis dieser Bevollmächtigung für nicht ausreichend und wies den Eintragungsantrag zurück. Als Begründung führte das Grundbuchamt aus, dass die beiden Zeugnisse des englischen Notars keine Notarzeugnisse im Sinne des § 32 GBO darstellen, weil sich aus dem englischen Register die Vertretungsberechtigung einer private oder public company limited by shares nicht ergebe. Auch die Einsichtnahme in sonstige Unterlagen reiche nach Ansicht des Grundbuchamtes nicht aus, weil die Bestätigung nicht aufgrund der Einsichtnahme in ein Register erfolge. Ein englischer Notar komme als Gutachter für Vertretungsfragen nicht in Betracht, weil er mit einem deutschen Notar nicht vergleichbar sei.

INHALT UND GEGENSTAND DER ENTSCHEIDUNG

Das OLG Nürnberg hielt letztendlich die Voraussetzungen für die Löschung einer Grundschuld für nicht erfüllt, weil die Berechtigung, die Grundschuldgläubigerin bei Abgabe der Löschungsbewilligung zu vertreten, nicht ausreichend nachgewiesen war. Gleichzeitig stellte das Gericht die Voraussetzungen für solchen Vertretungsnachweis fest.

Wird die nach § 19 GBO erforderliche Löschungsbewilligung nicht vom Inhaber des Rechts selbst erklärt, muss die Vertretungsmacht des Erklärenden nach § 29 Abs. 1 S. 1 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden.

NICHTANWENDBARKEIT DES § 32 ABS. 1 S. 1 GBO

§ 32 Abs. 1 S.1 GBO, das den Nachweis der im Register eingetragenen Vertretungsberechtigung sowie

entries in the companies register and the company documentation, the signatories were authorized to exercise this power of attorney jointly on the company's behalf, using the company seal, and that, in accordance with the relevant provisions of English law, this power of attorney was wholly binding on the company. Following an objection by the land registry, the notary representing the English company issued the consent to cancellation, accompanied by a power of attorney granted to him, also signed by the same director and associate director and accompanied by a comparable proof of representation from the English notary public. The land registry also deemed this proof of representation to be insufficient and rejected the entry of application. The land registry's justification for this was that neither piece of proof from the English notary amounted to notarized proof in the meaning of Sec 32 GBO (Land Registration Act), since the English register does not show the power of representation of a private or public company limited by shares. Examination of the other documentation did not, in the land registry's view, suffice, since the confirmation was not based on an examination of a register. An English notary cannot be regarded as an expert in representation issues: he is not comparable to a German notary.

CONTENT AND SUBJECT OF THE DECISION

In conclusion, the OLG Nürnberg deemed that the requirements for cancellation of a land charge had not been met, since the power to represent the holder of the land charge in submitting the consent to cancellation had not been sufficiently proven. At the same time, the court established the requirements for such proof of representation.

If the consent to cancellation required under Sec 19 GBO is not stated by the possessor of the right himself, the declarant's power of representation must be proven, in accordance with Sec 29 Para 1 Clause 1 GBO, by public or publicly certified documents.

NON-APPLICABILITY OF SEC 32 PARA 1 CLAUSE 1 GBO

Sec 29 Para 1 Clause 1 GBO, which admits notarized certificates as proof of the power of representation

das Bestehen juristischer Personen und Gesellschaften durch eine Bescheinigung eines Notars ermöglicht, findet auf ausländische Gesellschaften keine Anwendung. Infolge der Unanwendbarkeit des § 32 GBO ist daher ein urkundlicher Nachweis nach § 29 GBO erforderlich.

AUSLÄNDISCHE NOTARBESCHEINIGUNG GEM. § 29 ABS. 1 GBO

Bescheinigungen ausländischer Notare fallen dann unter § 415 ZPO, wenn sie die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllen. Das ist nämlich dann der Fall, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung einem deutschen Notar gleicht und das von ihr beobachtete Urkundsverfahren dem deutschen gleichwertig ist.

GLEICHSTELLUNG MIT DEM DEUTSCHEN NOTAR (VORBILDUNG, STELLUNG)

Das OLG hielt fest, dass ein englischer *notary public* mit einem deutschen Notar grundsätzlich vergleichbar ist und dass zu seinen Aufgaben grundsätzlich auch die Bestätigung von Tatsachen gehört.

GLEICHWERTIGKEIT DES URKUNDSVERFAHRENS

Das OLG führte ferner aus, dass die von einem englischen *notary public* in diesem Fall ausgestellten Bescheinigungen zwar bestätigten, dass die genannten Personen sie unterzeichnet haben, nicht aber das Weiterbestehen der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Bestätigung und die Vertretungsberechtigung für die Grundschuldgläubigerin.

Da Großbritannien und die Bundesrepublik Vertragsstaaten des Haager Übereinkommens sind, bedurfte die Urkunde zur Bestätigung der Echtheit der Unterschrift, der Eigenschaft, in welcher der Unterzeichner gehandelt hat und gegebenenfalls der Echtheit des Siegels nur einer Apostille der zuständigen Stelle des Ausstellungsstaates. Die Apostille verlieh der Urkunde Beweiskraft aber nur hinsichtlich der Echtheit der Unterschrift sowie der Eigenschaft, in welcher der Unterzeichner der Urkunde gehandelt hat bzw. hinsichtlich der Echtheit des Siegels.

Ob die Urkunde weitergehende Beweiskraft hat, bestimmt sich nach dem Recht des Ausstellungsstaates.

entered in the register, as well as the existence of legal entities and companies, cannot be applied to foreign companies. Due to the inapplicability of Sec 32 GBO, documentary proof in accordance with Sec 29 GBO is required.

FOREIGN NOTARY'S CERTIFICATION UNDER § 29 SECTION 1 GBO

Certificates from foreign notaries fall within the scope of Sec 415 ZPO (Code of Civil Procedure), if they meet the requirements of this regulation. This is the case where the foreign authenticator is equivalent to a German notary in training and rank and the procedure overseen by the authenticator is equivalent to the German procedure.

EQUIVALENCE WITH A GERMAN NOTARY (TRAINING AND RANK)

The OLG concluded that an English notary public is equivalent to a German notary and that the former's job may include the confirmation of facts.

EQUIVALENCE OF AUTHENTICATION PROCEDURE

Furthermore, the OLG stated that the certificates issued in this case by an English notary public confirmed that the named persons had indeed signed them, but not that the company still existed at the time of that confirmation nor that the persons were authorized to represent the holder of the land charge.

Since Great Britain and the Federal Republic of Germany are signatories of the Hague Convention, the authentication required, in order to confirm the authenticity of the signature, the capacity in which the signatory was acting and, where applicable, the authenticity of the seal, only an "apostille" from the competent authority of the issuing state. The apostille validated the authentication but only in terms of the authenticity of the signature and the capacity in which the signatory of the authentication was acting or, if applicable, in terms of the authenticity of the seal.

Whether the authentication has additional validity depends on the law of the issuing state. The entry

Das Eintragungsverfahren und die zu erbringenden Nachweise – und damit auch die Anerkennung der Beweiskraft ausländischer Urkunden – richten sich dabei nach der GBO. Bei den ausländischen Urkunden hat das Registergericht entsprechend zu überprüfen, ob die Urkunde den deutschen verfahrensrechtlichen Anforderungen entspricht.

In der Rechtsprechung wird daher zum Nachweis der Vertretungsberechtigung eine Vertretungsbescheinigung durch einen englischen Notar als geeignet angesehen, die dieser auf Grundlage der Einsicht in das Register, das Memorandum und die Articles of Association sowie das Protokollbuch der Gesellschaft erstellt. Da es sich dabei um eine gutachterliche Äußerung handelt, muss die Bescheinigung die tatsächlichen Grundlagen der notariellen Feststellungen enthalten; ansonsten ist eine Beweiswürdigung durch das Grundbuchamt nicht möglich.

Gerade diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall nicht erfüllt, da die Bescheinigungen keine näheren Angaben zu den konkreten Unterlagen der Gesellschaft enthielten, aus denen eine Aussage über das Bestehen der Gesellschaft und den Bestand der bescheinigten Vertretungsmacht abgeleitet wurde. Eine Prüfung, ob die bescheinigten Tatsachen nachvollziehbar sind, war dem Grundbuchamt daher nicht möglich.

AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Die Fragestellung, welche Anforderungen an einen Vertretungsnachweis einer ausländischen Gesellschaft für grundbuchliche Angelegenheiten zu stellen sind, spielt gerade im internationalen Transaktionsgeschäft (z. B. zu Finanzierungszwecken oder bei Eintragung eines neuen Grundstückseigentümers) eine große Rolle.

Die dargestellte Entscheidung befindet sich im Einklang mit der bisher herrschenden Rechtsprechung der OLGs (OLG Brandenburg MittBayNot 2011, 222; BayOLG FGPrax 2003, 59; OLG Hamm Rpfleger 1995, 153), die besagt, dass auf ausländische juristische Personen und Gesellschaften § 32 GBO, der die Erleichterung der Nachweisführung über die im Register eingetragene Vertretungsberechtigung darstellt, nicht anwendbar ist. Vielmehr soll das Bestehen der ausländischen juristischen Person und Gesellschaft sowie die Vertretungsbefugnis in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden.

procedure and the proof to be produced – and thus the recognition of the validity of foreign authentications – are aligned with the GBO. For foreign authentications, the registry court must examine whether the authentication complies with German legal procedural requirements.

Thus, in case-law, in order to prove the power of representation, a certificate of representation from an English notary is regarded as suitable, since it is based on an examination of the register, the memorandum, the articles of association and the company minutes. Since this is an expert statement, the certificate must contain the actual reasons for the notary's conclusions; if not, the land registry cannot assess the evidence.

In the case in question, these requirements were not met, since the certificates contained no further details on the actual company documentation from which a conclusion could be drawn on the existence of the company and the status of the attested power of representation. Therefore, the land registry was unable to ascertain if the attested facts are comprehensibly documented.

IMPACT ON DAY-TO-DAY BUSINESS

The question of which proof of representation of a foreign company is required for land registry purposes plays a major role in international transactions (e.g. for financing purposes or for the entry of a new property owner).

The decision given in this case is in accordance with current OLG case-law (OLG Brandenburg MittBayNot 2011, 222; BayOLG FGPrax 2003, 59; OLG Hamm Rpfleger 1995, 153), which states that Sec 32 GBO, which makes it easier to substantiate powers of representation entered in the register, does not apply for foreign legal entities and companies. Rather, the existence of the foreign legal entity and company and the power of representation must be proven in the form specified in Sec 29 GBO.

Das Nachweismittel erster Wahl ist ein beglaubigter Auszug aus dem zuständigen Handelsregister, wenn das Register dem deutschen vergleichbar ist. Die Vergleichbarkeit wurde bereits aufgrund der jedenfalls bestehenden Publizitätswirkung für das niederländische Handelsregister bejaht (OLG Hamm, RNotZ 2011, 541). Auch für Italien wurde ein beglaubigter Auszug aus dem italienischen Handelsregister (registro delle imprese) nebst Übersetzung zum Nachweis der Vertretungsverhältnisse einer italienischen GmbH (Società a Responsabilità Limitata, SRL) wegen der vergleichbaren Publizitätsfunktion des italienischen Handelsregisters für ausreichend erachtet (KG Berlin, Rechtspfleger 2013, S. 196-197).

Falls die Vergleichbarkeit des Handelsregisters des jeweiligen Staates mit dem deutschen Handelsregister nicht gegeben ist, müsste das Weiterbestehen der Gesellschaft und die Vertretungsberechtigung der handelnden Personen durch sonstige Urkunden nach § 415 ZPO nachgewiesen werden. Alternativ kommt auch eine Notarbescheinigung eines ausländischen Notars als Vertretungsnachweis in Betracht. Ob eine solche Bescheinigung eines ausländischen Notars ohne Weiteres als gleichwertig mit dem deutschen Urkundsverfahren anerkannt wird, ist jedoch umstritten. Das OLG Hamm ist der Ansicht, dass die Notarbescheinigung nicht ohne Weiteres als gleichwertig anstelle des nach § 29 GBO erforderlichen Primärnachweises anerkannt werden kann, denn ansonsten würde man § 32 GBO umgehen, der eine Sonderregelung für Notarbescheinigungen enthält und ausschließlich auf inländische Handelsgesellschaften beschränkt ist. Als sachliche Rechtfertigung für solche strikte Handhabung nennt das OLG Hamm den zusätzlichen Prüfungsaufwand des Grundbuchamtes, der letztlich auch nicht im Interesse der Verfahrensbeteiligten liegen kann. Bei einer ausländischen Notarbescheinigung müsste das Grundbuchamt nämlich seine Prüfung auf die Grundzüge des Notarrechts des betroffenen Staates erstrecken. Die Bescheinigung eines ausländischen Notars anstelle eines beglaubigten Registerauszugs ist danach als Nachweis im Rahmen des § 29 GBO nicht schlechthin ausgeschlossen, jedoch neigt das OLG Hamm dazu, einen solchen Nachweis nur zuzulassen, wenn die Führung eines primären Nachweises entweder nicht möglich oder doch wenigstens erschwert ist (OLG Hamm, RNotZ 2011, 541).

The preferred proof is a certified extract from the competent companies register, if the register is comparable to the German one. This equivalence has already been confirmed for the Dutch companies register, on the grounds of the existing effect of public disclosure (OLG Hamm, RNotZ 2011, 541). For Italy, a certified extract from the Italian companies register (registro delle imprese), along with a translation, has also been accepted as sufficient proof of representation of an Italian limited company (Società a Responsabilità Limitata, SRL) due to the comparable function of disclosure fulfilled by the Italian companies register (KG Berlin, Rechtspfleger 2013, pp. 196-197).

Should the comparability of the companies register of the state in question with the German companies register not be accepted, the continued existence of the company and the power of representation of the persons involved must be proven using other documentation in accordance with Sec 415 ZPO. Alternatively, a notarized certificate from a foreign notary may also be considered as proof of representation. However, whether such a certificate from a foreign notary will be recognized as equivalent to the German authentication procedure without further ado is disputed. It is the view of the OLG Hamm that the notary's certificate cannot be recognized as equivalent to the primary proof required under Sec 29 GBO without further proof, since otherwise this would circumvent Sec 32 GBO, which contains a special regulation on notaries' certificates and is restricted to German companies only. As material justification for such a strict application, the OLG Hamm cites the land registry's additional expenditure for inspection, which cannot ultimately be in the interest of the parties to the procedure. For a foreign notary's certificate, the land registry would in fact have to perform its inspection on the basic principles of the notarial law of the state in question. Certification by a foreign notary instead of a certified extract of the register is, however, not absolutely ruled out as proof under Sec 29 GBO; nevertheless, the OLG Hamm tends to admit such proof only if the production of primary proof is either impossible or, at least, complicated (OLG Hamm, RNotZ 2011, 541).

In der eben dargestellten Entscheidung hat das OLG Nürnberg jedoch die Notarbescheinigung eines englischen *notary public* in UK zum Nachweis der Vertretungsberechtigung unter bestimmten Voraussetzungen für geeignet befunden, ohne auf die Priorität der Vorlage der eigentlichen Urkunden hinzuweisen. Eine solche Bescheinigung erfüllt nämlich dann die Voraussetzungen einer öffentlichen Urkunde i. S. d. § 415 ZPO, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung einem deutschen Notar entspricht und das von ihr beobachtete Urkundsverfahren dem deutschen gleichwertig ist. Im Einzelnen heißt es, dass ein englischer *notary public* mit einem deutschen Notar vergleichbar ist und dass zu seinen Aufgaben auch die Bestätigung von Tatsachen gehört. Das Fortbestehen der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung und die Vertretungsberechtigung der unterzeichnenden Personen kann aufgrund der Einsicht des Notars in das Register, das Memorandum, Articles of Association sowie das Protokollbuch der Gesellschaft nachgewiesen werden. Die konkreten Schriftstücke müssen dabei konkret bezeichnet werden, damit dem Grundbuchamt eine Prüfungsmöglichkeit eingeräumt wird, ob die bescheinigten Tatsachen nachvollziehbar sind. In der Praxis ist daher für diesen Fall zu empfehlen, dass der englische Notar konkret die einzelnen Unterlagen, aus denen die getroffenen Feststellungen abgeleitet werden, am besten unter Angabe des Datums, benennt.

Bis zur endgültigen Klärung durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung bleibt die Rechtslage jedoch nicht eindeutig klar. Es ist daher durchaus zu empfehlen, in den Ländern, in denen die Vergleichbarkeit des Handelsregisters mit dem deutschen Handelsregister nicht gegeben ist, das Weiterbestehen der Gesellschaft und die Vertretungsberechtigung der handelnden Personen durch sonstige Urkunden bzw. deren beglaubigten Abschriften nach § 415 ZPO nachzuweisen.

In the decision in question, however, the OLG Nürnberg deemed that a certificate from an English notary public in the UK was appropriate proof of power of representation, under specific conditions, without insisting on the need for the source documentation to be submitted. Such a certification meets the requirements of a public authentication in the meaning of Sec 415 ZPO if the foreign authenticator corresponds to a German notary in training and rank and the procedure overseen by the authenticator is equivalent to the German procedure. In particular, an English notary public is comparable to a German notary and one of his tasks is the confirmation of facts. The continued existence of the company at the time of the granting of the power of attorney and power of representation to the signatories can be proven based on the notary's examination of the register, the memorandum, articles of association and company minutes. The actual documents must, therefore, be described in concrete terms in order to allow the land registry the opportunity to inspect whether the certified facts can be documented. In practice, therefore, we recommend in this case that the English notary lists and gives the dates of the individual documents which he has used to form his conclusions.

However, until a final clarification is given by the German highest court, the legal position is not absolutely clear. Furthermore, we recommend that, in countries where the companies register is not comparable to the German companies register, the continued existence of the company and the power of representation of the persons involved should be proven using other documentation or certified copies thereof, in accordance with Sec 415 ZPO.



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

Überblick Grunderwerbsteuersätze

Die folgende Tabelle soll einen Überblick über den derzeitigen Stand (1. Dezember 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 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 (December 1, 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 2014 are marked in bold.

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

* Vgl. Hintergrundinformation der Pressestelle des Ministeriums der Finanzen Brandenburg vom 24. November 2014.

** Vgl. Beschlussprotokoll der 70. Sitzung des Landtags Nordrhein-Westfalen vom 5. November 2014 (PIBPr 16/70).

*** Vgl. Gesetzentwurf der Regierung des Saarlandes für das Haushaltsbegleitgesetz 2015 vom 7. Oktober 2014 (Landtagsdrs. 15/1051).

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

* Pursuant to a background information issued by the press office of the Brandenburg Ministry of Finance of November 24, 2014.

** Pursuant to the decision minutes of the 70th meeting of the North Rhine-Westphalian Landtag of November 5, 2014 (PIBPr 16/70).

*** Pursuant to the bill drafted by the Saarland Government for the legislation accompanying the budget 2015 of October 7, 2014 (Parliamentary Printing Matter 15/1051).

ANNIKA BAUTZ

SENIOR ASSOCIATE, FRANKFURT

Annika Bautz ist Associate im Bereich Immobilienrecht im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Sie berät nationale und internationale Mandanten bei Immobilientransaktionen, Projektentwicklungen sowie sämtlichen Fragen des gewerblichen Mietrechts, Öffentlichen Bau- und Planungsrechts und Vergaberechts.

ANJA GIESEN

SENIOR 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 Immobilienportfolien 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.

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 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.

ANNIKA BAUTZ

SENIOR ASSOCIATE, FRANKFURT

Annika Bautz is an associate in the Frankfurt office of Mayer Brown's Real Estate practice. She advises national and international clients on real estate transactions, project development as well as all issues related to commercial leases, public planning and building law and public procurement law.

ANJA GIESEN

SENIOR ASSOCIATE, DÜSSELDORF

Anja Giesen is an associate in the Düsseldorf office of Mayer Brown's Real Estate practice. 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.

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.

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.

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 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.

