

Real Estate Newsletter



Herzlich Willkommen zur Herbstedition unseres Real Estate Newsletters 2010. Im Focus dieser Ausgabe steht die Nachhaltigkeit in der Immobilienwirtschaft und etwaige Einflüsse auf das Immobilienrecht. Unser Gastbeitrag von Frau Dipl.-Ing. Simone Lakenbrink beschäftigt sich mit den Marktperspektiven rund um das nachhaltige Bauen. "Going Green" oder "Remain Grey"? unter diesem Titel beleuchten Alexandra Schlicht und Bettina Krause Auswirkungen der Green Building-Anforderungen auf das Miet- und Kaufrecht.

Sven Zeller und Anja Breilmann setzen sich unter dem Titel "Offene Immobilienfonds - Was nun Herr Schäuble?" mit dem aktuellen Diskussionsstand auf dem Gebiet des Fondsrechts auseinander, bei dem auch eine teilweise Neuregulierung von offenen Immobilienfonds nach den Vorschriften des Investmentgesetzes heftig diskutiert wird. Christian Trenkel und Martin Barlösius stellen die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshof im Hinblick auf die Möglichkeiten der sofortigen Zwangsvollstreckung bei abgetretenen Grundschulden und die Anforderungen an einen etwaigen Eintritt in den Sicherungsvertrag vor. Last but not least greift Gerold Jaeger einen Evergreen auf – die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Schriftformerfordernis bei Mietverträgen. Hier hat der Bundesgerichtshof erfreulicherweise ein Problem aus der Welt geschafft, nämlich die Frage, ob die verspätete Annahme eines Mietvertrags, der anschließend in Vollzug gesetzt wird, einen Schriftformmangel begründet. Sie tut es nicht – eine erfreuliche Nachricht aus Investorensicht. Es kann also wieder aufwärtsgehen!

Wir wünschen Ihnen viel Freude mit unserem Newsletter. Bitte sprechen Sie uns jederzeit gerne zu allen rechtlichen Fragen rund um die Immobilie an.

Mit den besten Grüßen

Christian Trenkel

Gerold M. Jaeger

Inhalt

Einleitung	1
Marktperspektiven "Nachhaltiges Bauen"	2
"Going Green" oder "Remain Grey"? Auswirkungen der Green Building-Anforderungen auf das Miet- und Kaufrecht	6
Offene Immobilienfonds - Was nun Herr Schäuble? (Update Oktober)	8
Sofortige Zwangsvollstreckung nur bei Eintritt in den Sicherungsvertrag	10
BGH hat entschieden: Die verspätete Annahme eines Mietvertrags, der anschließend in Vollzug gesetzt wird, begründet keinen Schriftformmangel	11

Dieser Newsletter dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance oder an:

[Martin Barlösius](#) +49 89 21632-8378

[Anja Breilmann](#) +49 69 7199-3117

[Dr. Gerold M. Jaeger](#) +49 69 7199-1539

[Bettina Krause](#) +49 89 21632-8373

[Alexandra Schlicht](#) +49 89 21632-8160

[Christian Trenkel](#) +49 89 21632-8314

[Dr. Sven Zeller](#) +49 69 7199-1280

Die E-Mail-Adresse lautet:

vorname.nachname@cliffordchance.com

Clifford Chance
Mainzer Landstraße 46
60325 Frankfurt am Main

Clifford Chance
Königsallee 59
40215 Düsseldorf

Clifford Chance
Theresienstraße 4-6
80333 München

www.cliffordchance.com

Marktperspektiven „Nachhaltiges Bauen“

Trendentwicklung

„GREEN BUILDINGS sind für die Immobilienbranche das, was JEANS für die Modebranche sind“

Einführung

Das Prinzip der Nachhaltigkeit, also der Einklang von Ökologie, Ökonomie und Sozialem, ist als Leitbild zu betrachten, das keine Patentlösung liefert. Nachhaltigkeit ist eine Strategie, die mit zielgerichteten Inhalten im jeweiligen Sektor im Konsens der Beteiligten zu sehen ist. Das Motto „Think global, act local“ macht gerade vor dem Immobiliensektor nicht halt. Gebäude sind zunächst Mittel zum Zweck: Sie dienen dem Schutz des Menschen vor äußeren Einflüssen und müssen dabei in Erwerb und Betrieb bezahlbar sein. Doch ein Großteil der Immobilien wird diesem Anspruch nicht gerecht. Dabei verbringen Menschen die meiste Zeit ihres Lebens in Gebäuden. Sollte dies nicht Motivation genug sein, hohe Ansprüche an Immobilien zu stellen?

Das bedeutet für die Bau- und Immobilienbranche, dass künftig nicht allein Gebäude mit einem sparsamen Energiehaushalt Wertsteigerungen erfahren, sondern in einem immer höherem Maße das Thema Nachhaltigkeit und insbesondere nachhaltiges Bauen/Zertifizierung die Immobilienbewertung beeinflussen wird. Die Unternehmensverantwortung gegenüber Mensch, Umwelt und Gesellschaft wird eine wesentliche Voraussetzung für den wirtschaftlichen Erfolg der Immobilien darstellen.

Marktrelevanz Nachhaltigkeit

Unternehmensstrategie – Responsible Property Investments: Vor dem Hintergrund der ökologischen und sozialen Verantwortung von Unternehmen der Gesellschaft gegenüber nimmt die freiwillige Integration von sozialen und Umweltbelangen in die Unternehmensphilosophie an Bedeutung zu. Im Rahmen der Corporate Social Responsibility (CSR) verpflichten sich Unternehmen soziale, ökologische und ökonomische Mindeststandards einzuhalten. Aufgrund des großen ökologischen und sozialen Fußabdrucks der bebauten Umwelt geraten Investitionsentscheidungen, Nutzung und Management von Immobilien zu einem Bestandteil der CSR-Berichtspflichten (Responsible Property Investments) von nachhaltig wirtschaftenden Unternehmen und bestimmen somit die Investmentstrategie.

So erstaunen auch die Umfrageergebnisse unter Investoren zur Nachhaltigkeit aus dem Jahr 2009 nicht:

- Über 80% der wesentlichen Investoren in Deutschland sind der Meinung, dass Nachhaltigkeitsthemen eine direkte Auswirkung auf den Unternehmenswert haben

- Über 70% der strategischen Investoren sind der Meinung, dass nachhaltig wirtschaftende Unternehmen erfolgreicher sind
- Über 68% der Investoren sind davon überzeugt, dass Nachhaltigkeitsthemen zukünftig eine sehr hohe/hohe Bedeutung in ihren Investitionsentscheidungen haben werden

Die entscheidenden Fragen im Rahmen des Responsible Property Investments werden sein:

- Was macht eine Immobilie zu einer nachhaltigen Immobilie, die ökonomischen Standards entspricht, die Ansprüche der Nutzer erfüllt und über ihren Lebenszyklus der Umwelt nicht schadet; und
- Wie kann diese Nachhaltigkeit messbar gemacht werden?

Antworten können die internationalen Immobilien-Zertifizierungssysteme geben, die neben definierten Qualitäten auch die Bewertung und Messbarkeit, Transparenz und Vergleichbarkeit abbilden.

Zertifizierungssysteme DGNB – LEED

Auf dem deutschen Immobilienmarkt sind zurzeit zwei Zertifizierungssysteme von Bedeutung: das „Deutsche Gütesiegel Nachhaltiges Bauen“ (DGNB) und das amerikanische „Leadership in Energy and Environmental Design“ (LEED). Den Systemen gemein ist das Ziel, Instrumente zur Messung und Bewertung der Immobilienqualität zu entwickeln, die Systeme weichen jedoch je nach Ursprungsland in ihren Inhalten stark voneinander ab:

	DGNB	LEED
Ursprungsland	Deutschland	USA
Organisation	Deutsche Gesellschaft für Nachhaltiges Bauen e.V. www.dgnb.de	U.S. Green Building Council www.usgbc.org/LEED
Gründungsjahr	2007	1998
Bewertungsschwerpunkte	Ökologische Qualität Ökonomische Qualität soziokulturelle/funktionale Qualität Technische Qualität Prozessqualität Standortqualität	Sustainable Sites Energy and Atmosphere Indoor Environmental Quality Water Efficiency Materials and Resources Innovation and Design Process
Auszeichnungen	Gold Silber Bronze	LEED Platinum LEED Gold LEED Silver LEED Certified
Zertifikate	DGNB Vorzertifikat DGNB Zertifikat	post-construction certificate

Der Vergleich zeigt, dass das deutsche System in seinen Anforderungen weit über die Inhalte des amerikanischen Systems hinausgeht. V.a. in der ökonomischen Bewertung stellt LEED geringe Anforderungen. Werden nach DGNB Lebenszykluskosten und die Wertstabilität sehr stark berücksichtigt, spielen nach LEED die Lebenszykluskosten nur eine untergeordnete Rolle.

Zielsetzungen der Zertifizierung

Die Motivationen beim Bauen sind vielfältig und je nach Zielgruppe häufig widersprüchlich. Ziel sollte es sein, Bedürfnisse zu generieren, indem Anreize geschaffen werden sowohl für den „Anbieter“ (Investor/Bauherrn) als auch für die „Nachfrageseite“ (Nutzer).

Investmentziele aus der Sicht der Investoren

- Erhöhte Chancen im internationalen Transaktionsmarkt durch internationale Vergleichbarkeit und Messbarkeit
- Zertifizierung als Marketingeffekt durch die noch geringe Anzahl zertifizierter Immobilien
- Minimierung des Leerstandsrisikos
- Verbesserte Wiedervermietung
- Erschließung neuer Zielgruppen mit CSR-Verpflichtung
- Vermittlung eines positiven Images durch Investitionen in nachhaltige Immobilien

Entwicklungsziele aus Sicht der Projektentwickler und Bauherrn

- Attraktivitätssteigerung des nationalen u. regionalen Markts für Investoren im In- und Ausland durch Transparenz der wesentlichen Produktmerkmale
- Steigerung der Chancen bei Verkauf und Vermietung durch darstellbare Qualitäten
- höhere Renditesicherheit durch die Darstellung der angestrebten Performance
- Zertifizierung als Verhandlungsinstrument bei Mietern, Banken, Behörden
- Qualitätssicherung über die Planungs-, Ausführungs-, Nutzungs- u. Rückbauphase

Nutzungsziele aus Sicht der Käufer und Mieter

- Einsparpotenziale bei variablen Kosten
- Minimierung des Kostenrisikos durch eine hohe Flächeneffizienz und konstruktive Flexibilität
- Mitarbeiterbindung/-gewinnung durch bauliche Darstellung der Unternehmensphilosophie
- Gesteigerte Produktivitätsrate der Mitarbeiter durch den Einsatz schadstoffarmer Materialien
- Hochwertiges Arbeitsumfeld durch hohe Anforderungen an Komfortkriterien

Nutzeffekte und Kosten der Zertifizierung

Die Integration von Nachhaltigkeitsaspekten während der Planung, der Ausführung, bei der Bewirtschaftung sowie dem An- und Verkauf von Immobilien lässt sowohl für die Wertentwicklung der Immobilie sowie auf den Cash-Flow positive Auswirkungen erwarten. Zwar fehlt gegenwärtig noch ein repräsentativer Beleg der Performancesteigerung von Immobilien in Abhängigkeit des Umfangs implementierter Nachhaltigkeitsaspekte. Doch zeigen erste Erfahrungen zertifizierter Immobilien und einzelne Studien v.a. aus dem angelsächsischen Raum die Potenziale des nachhaltigen Bauens deutlich.

Die Nutzeffekte zertifizierter Immobilien sind Ertragseffekte, Verkaufserlöse und Umwelterlöse. Nach Angaben des USGBC aus dem Jahr 2009 weisen nach LEED zertifizierte Immobilien folgende Effekte in den USA auf:

- Höhere Vermietungsstände (3,5%)
- Mieterhöhungen um 3%
- Operative Kosteneinsparungen von 8-9%
- Senkung der Instandhaltungskosten um ca. 13%
- 10% höhere Verkaufserlöse gegenüber konventionellen Büroimmobilien.

Neben den ökonomischen und sozialen Effekten wirken sich die Energieeinsparungen von ca. 26% positiv auf die Nutzerzufriedenheit und die Verringerung der CO₂-Emissionen (33%) positiv auf die Umwelt aus. Den Nutzeffekten gegenüberstehende Mehrkosten in Planung und Ausführung zertifizierter Immobilien belaufen sich je nach Studie auf 1,5-16% bei einer LEED-Zertifizierung.

Übertragbarkeit der Nutzeffekte und Kosten der LEED- auf die DGNB-Zertifizierung

Die benannten Nutzeffekte und Mehrkosten lassen sich zum jetzigen Zeitpunkt aufgrund der noch geringen Anzahl DGNB-zertifizierter Immobilien in Deutschland noch nicht bestätigen. Auch die Übertragung der Erfahrungen des amerikanischen auf den deutschen Markt sollte mit Bedacht erfolgen. Hierzu zwei Beispiele:

Divergierende ökologische Standards, v.a. im Energiesektor: Die bundespolitischen Ziele des Klimaschutzes sind deutlich höher als in anderen Ländern. Regelmäßige Verschärfungen der Energieeinsparverordnung (EnEV), des Erneuerbaren Energien Gesetzes (EEG), die Aussicht auf das Null- bzw. Plus-Energiehaus legen die Messlatte gegenüber anderen europäischen Ländern und v.a. den USA sehr hoch. Daher können die Preiseffekte in Vermietung und Verkauf in den USA höher als in Deutschland eingeschätzt werden.

Sprache und Normsysteme: Jedes Zertifizierungssystem beruht auf den landeseigenen Normen. Dies macht in Deutschland eine Zertifizierung nach LEED problematisch. Zum einen beruhen die amerikanischen ASHRAE-Normen nicht auf der europäischen Normung, aus der die deutschen Normen abgeleitet werden. Zum anderen muss jede Planung und Ausführung in Deutschland zur Baugenehmigung auf deutscher Sprache mit den deutschen Normen, zur Zertifizierung nach LEED ins englische und auf die amerikanische Normung übersetzt werden. Dadurch ergeben sich prozessual Mehrkosten.

Kosten einer DGNB-Zertifizierung

Um jedoch eine grobe Einschätzung der Mehrkosten darzustellen, sei auf erste Auswertungen DGNB-zertifizierter Immobilien hingewiesen, die einen Mehrkostenrange von 2-5% bis hin zu 10% ergaben. Pauschalen Aussagen sollte mit Vorsicht begegnet werden, denn die Mehrkosten sind abhängig von:

- **Ausgangslage/Zielsetzung:** Je höher der bauliche Mehraufwand zwischen einem niedrigen Standard zum Zeitpunkt der Planungsidee und dem der Güte des angestrebten Gütesiegels ist, desto höher sind die Mehrkosten.
- **Projektgröße:** Eine Zertifizierung nach DGNB rechnet sich ab einer Projektgröße von rund 5.000m². Dies ist darauf zurückzuführen, dass je kleiner das Projekt und die darauf abgestimmten Kosten, das Honorar des Auditors / Beraters, welches ungeachtet der Zertifizierungsgüte annähernd gleich hoch ist, einen größeren prozentualen Anteil an den Gesamtkosten einnimmt.
- **Zertifizierungsgüte:** Je höher die angestrebte Zertifizierungsgüte, desto höher können die Planungs- und Baukosten kalkuliert werden. Dies ist zurückzuführen auf den Anspruch, nur durch Übererfüllung gesetzlicher Normen eine zertifizierbare Gebäudeperformance zu erhalten.
- **Zertifizierungszeitpunkt:** Der optimale Entscheidungszeitpunkt liegt noch vor der Beauftragung des Planungsteams. Je später die Entscheidung im Planungsprozess erfolgt, desto geringer ist die Beeinflussbarkeit der Planung in Hinblick auf die Zertifizierungskriterien.

Zwischenfazit: Für DGNB-zertifizierte Projekte in Deutschland zeichnet sich eine klare Marktentwicklung ab!

Zertifizierung nach LEED oder DGNB

Welches System setzt sich international und im deutschen Markt durch? Die Einführung eines internationalen Systems wird von Experten als eher unwahrscheinlich eingestuft. Das Problem besteht in der Anpassung an regionale Besonderheiten des Immobilienstandorts. Durch diese notwendigen Anpassungen wird die Vergleichbarkeit erschwert und hinzu kommt, dass selbst ein regional angepasstes System nicht die Bedürfnisse eines einzelnen lokalen Marktes abbilden kann. Es wird eine Co-Existenz unterschiedlicher internationaler und nationaler Systeme geben.

Die sicherste Option ist zwei Zertifikate, ein nationales und ein internationales, anzustreben. Schlussendlich hängt die Entscheidung davon ab, in welchem Markt die Immobilie platziert werden soll.

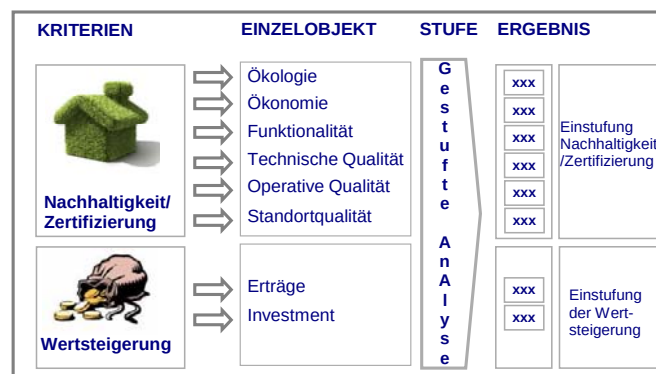
Zielabhängige Entscheidungsmatrix im Portfoliomanagement

Nicht zuletzt wegen des hohen Anteils an Bestandsgebäuden liegt die Zukunft des Bauens im Bestand. Gemäß einer DEGI-Studie sind in Deutschland 60% der Flächen von Gewerbeimmobilien älter als 25 Jahre und nach gesetzlichen Anforderungen energetisch sanierungsbedürftig. Dies entspricht einem Sanierungs- und Modernisierungstau von 38 Mrd. € in den kommenden 5 Jahren.

Ein besonderes Augenmerk soll im Folgenden auf das Portfoliomanagement gelegt werden unter der Zielsetzung der Effizienzsteigerung und Verbesserung der Nachhaltigkeits-Performance des Gesamtportfolios. Der Anspruch, der verfolgt wird, umfasst als oberste Zielsetzung die Erstellung individueller Konzepte ganzheitlicher Nachhaltigkeitsstrategien für Einzelimmobilien und Gesamtportfolios. Darunter lassen sich als folgende Einzelbausteine darstellen:

- Sustainable Technical and Environmental Due Dilligence
- Erstellung von integralen Maßnahmenkatalogen
- Ganzheitliche Immobilien-Nachhaltigkeitsberatung und Projektsteuerung

Die strategische Ausrichtung des Portfoliomanagements hängt zum einen von der Zielsetzung des Portfoliohalters, zum anderen von der Kenntnis über die Qualität der Bausubstanz sowie der technischen Anlagen ab. Zu Beginn eines Portfoliobewertungsprozesses bedarf es der gestuften Analyse der Einzelobjekte. Aus der Analyse lassen sich Aussagen über die Potenziale der Einzelobjekte sowie eventuell anfallende Qualität verbessernde Maßnahmen und deren Wirtschaftlichkeit im Hinblick auf eine Zertifizierung/Wertsteigerung ableiten. Grafisch dargestellt gestaltet sich der Prozess der Portfoliobewertung wie folgt:

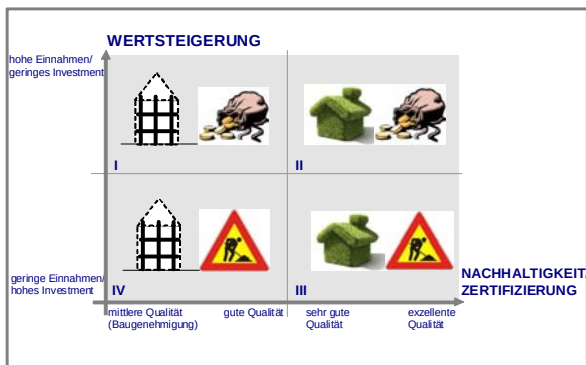


Quelle: eigene Darstellung

Im Ergebnis der Portfoliobewertung können Aussagen zum Wertsteigerungs- und Nachhaltigkeits-/Zertifizierungspotenzial der Einzelimmobilien im Immo-

bilienportfolio getroffen und folgenden Clustern zugeordnet werden:

- Cluster I: Geringes Nachhaltigkeits- und hohes Wertsteigerungspotenzial
- Cluster II: Hohes Nachhaltigkeits- und hohes Wertsteigerungspotenzial
- Cluster III: Hohes Nachhaltigkeits- und geringes Wertsteigerungspotenzial
- Cluster IV: Geringes Nachhaltigkeits- und geringes Wertsteigerungspotenzial



Quelle: eigene Darstellung

Auf der Basis der Einzelobjektbewertung können diejenigen Immobilien identifiziert werden, die eine nachhaltige Aufwertung erfahren sollen. Diese können mit Handlungsempfehlungen für Planungsprozesse inklusive Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen hinterlegt werden. Sie bilden die Entscheidungsgrundlage für den Investor/Bauherrn zur Umsetzung einer Planung zur Effizienzsteigerung und Verbesserung der Nachhaltigkeits-Performance des Gesamtportfolios.

Zwischenfazit: Diese Investitionsentscheidungen lassen sich in die eingangs erwähnte Unternehmensstrategie des Responsible Property Investments im Rahmen der freiwilligen CSR-Verpflichtung integrieren.

Die rechtliche Dimension

Aus den o.g. Zielsetzungen lassen sich in vielfältiger Hinsicht rechtliche Dimensionen ableiten. Diese sind weder abhängig von der Wahl des Zertifizierungssystems noch von einer Neubau- oder Bestandszertifizierung. Exemplarisch werden im Folgenden rechtliche Fragestellungen zu Vertragsverhältnissen und Haftungsfragen aufgeworfen.

Vertragsverhältnisse und Haftungsfragen bei Planung und Errichtung: Grundsätzlich empfiehlt es sich, bei jeder Vertragsvereinbarung für alle Vertragsparteien eine einheitliche Definition des geschuldeten „Green Building“, „Sustainable Building“ oder Nachhaltigkeitszertifikats zum Verständnis aller Parteien zu definieren. Erst aus diesem gemeinsamen Verständnis heraus resultiert die zu fordernde und geschuldete Leistung. Wesentliche rechtliche Fragen ergeben sich des Weiteren für Bauherrn/Auditor/Planer/-ausführende Unternehmen bzgl.:

- definierter Schnittstellen und Abgrenzung der Leistungen aller an der Planung/ Ausführung/ Inbetriebnahme Beteiligten mit aufeinander abgestimmten Vertragsverhältnissen
- Haftungsumfang von Auditor/Planer/Ausführenden
- Mangel der Auditoren-/Planer-/Ausführendenleistung
- Beschaffenheitsvereinbarung und Gewährleistungsansprüche
- Umgang mit Änderungen der Zertifizierungsanforderungen im Laufe des Planungs- und Ausführungsprozesses
- Verjährung von Mängelansprüchen: Liegen zwischen der Abnahme der Planungsleistungen und dem Nicht-Erreichen des angestrebten Zertifikats durch z.B. lange Ausführungszeiten mehrere Jahre, können die Mängelansprüche des Bauherrn gegenüber dem Planern bereits verjährt sein
- Prospekthaftung

Fazit

Mit zunehmendem Maße ist in den letzten Jahren die Marktrelevanz von nachhaltigen Immobilien gestiegen. Dies ist sowohl auf gesetzliche, gesellschaftspolitische und unternehmensstrategische Ursachen zurückzuführen. Gleichwohl hat der internationale Markt durch die Einführung von Zertifizierungssystemen wie LEED Druck auf die deutsche Immobilienwirtschaft ausgelöst, was die erfolgreiche Einführung eines deutschen Zertifizierungssystems ermöglichte.

Trotz von Investorensseite benannter Markteintrittsbarrieren:

- Informationsasymmetrie in Bezug auf die kalkulierten Kosten und Erträge
- fehlendes Wissen/Erfahrungen mit der Zertifizierung
- Nutzer-Investor-Dilemma in Bezug auf Bestandsimmobilien
- rechtliche Fragestellungen

zeichnet sich eine klare Marktentwicklung ab: Die Aufrüstung zu nachhaltigen bzw. zertifizierten Immobilien ist keine Frage der Kosten, sondern vielmehr eine Frage des Bestehens im Markt. In der angespannten Marktsituation werden fast ausschließlich zertifizierte Gebäude nachgefragt. Die Gründe liegen auf der Hand:

Minimierung des Leerstandsrisikos

- hohe Energieeffizienz (größerer Range bei der Netto-Miete bei geringen Nebenkosten)
- größere Instandhaltungszyklen für langlebige Produkte (Minimierung der Nutzungskosten)
- Berücksichtigung der Anforderungen an den Nutzer (Komfort, Drittverwendungsfähigkeit, CSR-Verpflichtung) u.a.

Minimierung des Wertveränderungsrisikos

- durch die Übererfüllung gesetzlicher Anforderungen (z.B. Unterschreitung der zurzeit gültigen EnEV 2009 auf Niveau der EnEV 2012)
- Vermeidung späterer Investments für die Nachrüstung bei Gesetzesverschärfungen
- Imagegewinn der Eigentümer und Nutzer u.a.

Die große Herausforderung der kommenden Jahre liegt im Bestand (Einzelimmobilien und Immobilienportfolios). Diese Herausforderung ist erkannt und erste Strategien zur Verbesserung der wirtschaftlichen Performance von Immobilienportfolios benannt.

Aufgrund der ganzheitlich nachhaltigen Bewertung von Immobilien „Made in Germany“ nach dem Deutschen Gütesiegel und der sich abzeichnenden dynamischen Entwicklungen auf dem Markt wird die eingangs aufgestellte These erweitert und um die Aufforderung ergänzt:

„SUSTAINABLE BUILDINGS werden ein Trend mit langer Anlaufphase gefolgt von einem unaufhaltsamen Siegeszug – Lassen Sie uns gemeinsam daran teilhaben.“

Ihre Ansprechpartnerin:



Dipl.-Ing. Simone Lakenbrink M.Sc.
S.Lakenbrink@du-diederichs.de

"Going Green" oder "Remain Grey"? Auswirkungen der Green Building- Anforderungen auf das Miet- und Kaufrecht

Das Thema "Green Building" ist hochaktuell. Kaum eine Woche vergeht, in der nicht neue Aufsätze oder Veranstaltungen dieses Thema aufgreifen, Marktrelevanz sowie Vor- und Nachteile bestimmter Zertifizierungsmethoden diskutieren und Prognosen des "grünen Trends" für die Immobilienwirtschaft wagen. Immobilieneigentümer und Entwickler werden durch immer strengere gesetzliche Regelungen dazu angehalten, die energetischen Standards ihrer Gebäude zu überprüfen. Wie sehen aktuell die rechtlichen Implikationen der "Green Building Gesetze" für das Miet- und Kaufrecht aus?

Rechtliche Rahmenbedingungen für den Energiehaushalt von Gebäuden finden sich unter anderem in der Energieeinsparverordnung (EnEV) 2009, dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG), dem Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG), aber beispiels-

weise auch in der novellierten Heizkostenverordnung aus dem Jahre 2009 (zusammen die "Green Building Gesetze"). In der EnEV beispielweise finden sich v.a. zwei Regelungsbereiche, die Relevanz für Miet- und Kaufverträge besitzen: Regelungen zur Energieeffizienz von Gebäuden sowie zum Energieausweis.

Nichteinhaltung des laut EnEV geschuldeten Energiestandards im Mietverhältnis

*Mietminderung und gegebenenfalls Schadenersatz,
§§ 535 I S. 2, 536, 536a BGB?*

Eine Mietminderung setzt voraus, dass die Mietsache mit einem Mangel behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert, § 536 Abs. 1 BGB. Grundsätzlich, d.h. ohne abweichende Parteivereinbarung, schuldet ein Vermieter als Beschaffenheit der Mietsache nur diejenigen technischen Standards, die zur Zeit der Errichtung des Gebäudes galten. Erfüllt die Mietsache nicht die energetischen Vorgaben der erst nach Errichtung in Kraft getretenen EnEV, führt dies also nicht dazu, dass die Mietsache mit einem Mangel behaftet ist; die Voraussetzungen einer Mietminderung sind nicht gegeben. Dies setzt jedoch wiederum voraus, dass jedenfalls ein Mindeststandard zeitgemäßen Wohnens bzw. Nutzens eingehalten wird. Einige Stimmen in der Literatur vertreten, ein solcher Mindeststandard sei dynamisch und in Abhängigkeit vom jeweils aktuell laut EnEV geforderten Energiestandard zu ermitteln. Entspricht der Energiestandard nicht den aktuellen Anforderungen, sehen diese Stimmen den zeitgemäßen Mindeststandard nicht eingehalten und nehmen die Mangelhaftigkeit der Mietsache an; derzeit handelt es sich hierbei jedoch um eine Mindermeinung in der Literatur.

Der Bundesgerichtshof hat eine andere Lösung bei Nichteinhaltung des verbindlichen EnEV-Standards angedeutet (vgl. BGH NJW 2008, 142). Im konkreten Fall wurde die Frage aber mangels Relevanz für das Urteil noch nicht endgültig entschieden:

*Schadenersatz bzw. teilweise Nichtleistung wegen
zu hoher Nebenkosten, §§ 280, 241 Abs. 2, 556
Abs. 3 S. 1 BGB?*

Für die Betriebskostenabrechnung im Wohnraummietrecht stellt § 556 Abs. 3 S. 1 BGB das zwingende Wirtschaftlichkeitsgebot auf: Unnötige oder unwirtschaftliche Kosten können nicht auf den Mieter umgelegt werden. Dieses Wirtschaftlichkeitsgebot wird auch im Gewerberaummietrecht angewendet.

Die EnEV formuliert konkrete Modernisierungspflichten für Immobilieneigentümer, z.B. Nachrüst- und Austauschpflichten hinsichtlich bestimmter Heizkessel, Speicherheizungen oder Dämmmaßnahmen. Zwar kann der Mieter nicht unmittelbar die Durchführung solcher konkreten Maßnahmen vom Vermieter einfordern und die EnEV hat nach überwiegender Ansicht keine Drittwirkung im privatrechtlichen Bereich. Allerdings kann man in diesen Modernisierungspflichten eine Konkretisierung des mietrechtlichen Wirtschaftlich-

keitsgebots sehen. Kommt der Vermieter einer zwingenden Modernisierungsverpflichtung nicht nach, die zu einer (spürbaren) Reduzierung der Betriebskosten führen würde, wären die tatsächlich angefallenen Betriebskosten insofern unwirtschaftlich. Der Vermieter verstößt gegen seine mietvertragliche Nebenleistungspflicht (das Wirtschaftlichkeitsgebot) und eine Umlage der entsprechend überhöhten Kosten auf den Mieter ist nicht mehr möglich. Der Mieter kann die geltend gemachten Kosten kürzen bzw. Schadenersatzansprüche gemäß §§ 280, 241 Abs. 2, 556 Abs. 3 S. 1 BGB geltend machen. Bereits bezahlte Nebenkosten könnten vom Mieter in Höhe des Wirtschaftlichkeitsschadens zurückgefordert werden. Dieser Lösungsansatz über das Betriebskostenrecht wurde durch den BGH angedeutet und u.a. in einer Stellungnahme von Kirsten Milger, Richterin am BGH, aufgegriffen (vgl. Milger in NZM 2008, 1ff.).

Gestaltungsmöglichkeiten

Die Gesetzeslage lässt aktuell noch offen, auf welche Art Mieter ihren Vermietern die Nichteinhaltung der zwingenden EnEV-Vorgaben entgegenhalten können. Unstreitig ist heute allerdings bereits, dass das Mietverhältnis von diesen Vorgaben nicht unberührt bleiben kann und dass der Vermieter bei Nichteinhaltung mit Mietminderung oder Schadenersatzansprüchen rechnen muss. Welche Gestaltungsmöglichkeiten bleiben einem Vermieter angesichts dieser Risiken?

Es empfiehlt sich, den energetisch relevanten Zustand des Mietobjekts explizit als vertragsgemäß zu vereinbaren, insbesondere hinsichtlich Alter und Zustand der Heizungsanlage, Gebäudedämmung etc. Ein Mietmangel kann ausgeschlossen werden, wenn die Ist-Beschaffenheit der Mietsache insoweit eindeutig vertraglich fixiert ist.

Denkbar wäre auch ein vertraglicher Ausschluss des Wirtschaftlichkeitsgebots. Dies ist allerdings im Wohnraummietrecht nicht möglich, es handelt sich hier um eine zwingende Norm; im Gewerbemietrecht ist ein solcher Ausschluss möglich. Überdies sollte wiederum eine subjektive Beschaffenheitsvereinbarung getroffen werden, die gegebenenfalls hinter den Anforderungen der EnEV zurückliegt.

Umlage von Modernisierungskosten auf den Mieter

Unternimmt der Vermieter Modernisierungen der Mietsache zur Steigerung der Energieeffizienz, wird dies über § 554 Abs. 2 S.1 i.V.m. § 559 Abs. 1 BGB vom Gesetzgeber insofern unterstützt, als der Mieter grundsätzlich diese Maßnahmen zu dulden hat. Diese Duldungspflicht gilt sowohl für Wohnraum- als auch Gewerbemietverhältnisse. Für Wohnraum wird dem Vermieter zugleich ein gesetzliches Recht auf Mieterhöhung um bis zu 11% der für die Wohnung aufgewandten Kosten eingeräumt. Hierunter fallen jedoch nicht nur Maßnahmen nach Vorgabe der EnEV, sondern grundsätzlich alle Modernisierungsmaßnahmen, die die "Einsparung von Energie" zur Folge haben. Diese gesetzli-

che Grundlage für Mieterhöhungen ist allerdings nicht im Gewerberaummietrecht einschlägig, eine entsprechende Verweisungsnorm fehlt. Es gibt daher verschiedene Möglichkeiten, die Modernisierungskosten im Gewerberaummietrecht umzulegen: beispielsweise über vertraglich vereinbarte Baukostenzuschüsse oder individuelle Mieterhöhungsregeln.

"Wärme-Contracting"

Unter dem Begriff "Wärme-Contracting" verbirgt sich ein Dienstleistungsmodell, bei dem bestimmte Wärmedienstleistungen gegen Entgelt erbracht werden. Mögliche Konstellationen sind: der Vermieter stellt den Eigenbetrieb seiner Heizungsanlage ein, lässt diese von einem Dritten betreiben oder wechselt die Versorgungsart/-Anlage. Können Vermieter die bei der Umstellung in einem laufenden Mietverhältnis neu bzw. zusätzlich entstehenden Kosten ebenfalls auf den Mieter als Nebenkosten umlegen?

Der BGH hat im Jahre 2007 entschieden, dass eine ungekürzte Weiterreichung der laufenden, von Drittversorgern in Rechnung gestellten Kosten durch den Vermieter möglich ist, sofern der Mietvertrag die grundsätzliche Umlegung dieser Kosten vorsieht. Dies ist jedenfalls der Fall, wenn im Mietvertrag auf die derzeit geltende Betriebskostenverordnung (siehe § 2 Nr. 4 Buchstabe c) verwiesen wird. Ein Wärme-Contracting bietet sich für den Vermieter als elegante Lösung an, wenn die ursprüngliche Heizungsanlage nicht mehr den gesetzlichen Mindeststandards an Energieeffizienz genügt. Der Vermieter entspricht dann den gesetzlichen Anforderungen ohne eigene zusätzliche Kosten.

Auswirkungen der EnEV beim Immobilienerwerb

Auch beim Erwerb einer Immobilie können die Auswirkungen der EnEV enorm sein. Wird die Nichteinhaltung nach der EnEV geschuldeter energetischer Standards als Mangel der Immobilie angesehen, kommen die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche (Nacherfüllung, Minderung, Rücktritt, Schadenersatz) zum Tragen. Hier ist zu differenzieren zwischen Neu- und Bestandsbauten:

Neubauten

Bei Neubauten sind die Konsequenzen der EnEV relativ klar: Hier führt die Nichteinhaltung der EnEV-Vorgaben nach der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur zu einem Sachmangel; eine tatsächliche Gebrauchsbeeinträchtigung durch den Mangel ist nicht erforderlich. Ausschlaggebend für die Bewertung der Immobilie, d.h. ob diese den anerkannten Regeln der Technik und den gesetzlichen Bestimmungen entspricht, ist der Abnahmezeitpunkt nach § 640 BGB (BGH NJW-RR 1995, 472f., NJW 1998, 2814f.).

Besonders kritisch für den Bauträger/Unternehmer ist das Szenario, dass Verschärfungen des nach EnEV geschuldeten Energiestandards zwischen Vertragschluss und Abnahme eintreten und bei der Baupla-

nung bzw. –umsetzung nicht berücksichtigt wurden bzw. werden konnten. Das gerade fertiggestellte Gebäude wäre mangelbehaftet, der Bauträger/Unternehmer den Gewährleistungsansprüchen des Erwerbers ausgesetzt. Um dieses Risiko zu minimieren oder ganz auszuschließen, ist eine vertragliche Vereinbarung gefordert.

Bestandsgebäude

Fehlt beim Kauf von Bestandsgebäuden eine Beschaffenheitsvereinbarung, wird die Mangelhaftigkeit danach beurteilt, welche Beschaffenheit für Gebäude einer bestimmten Altersklasse üblich ist und vom Käufer erwartet werden kann, vgl. § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es empfiehlt es sich aus Gründen der Rechtsklarheit, unbedingt eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich der energetischen Standards aufzunehmen; anderenfalls ist einem Rechtsstreit Tür und Tor geöffnet.

Welchen Stellenwert besitzen Energieausweise?

Nach der aktuellen Gesetzeslage ist die Bedeutung des Energieausweises lediglich eine informatorische. Die bloße Vorlage des Energieausweises kann daher nach der ganz herrschenden Meinung auch nicht zur Vereinbarung einer konkreten Beschaffenheit des Miet- bzw. Kaufobjekts führen. Dennoch sollte der Vermieter bzw. Verkäufer seine Haftung für die Angaben im Energieausweis vorsorglich ausschließen. Aus Vermieter-/Verkäufersicht sollte der Energieausweis im Miet-/Kaufvertrag erst gar keine Erwähnung finden und keinesfalls dem Vertrag als Anlage beigelegt werden!

Änderungen aufgrund der neuen EU-Gebäuderichtlinie

Seit Anfang Juli ist die novellierte "Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden" in Kraft. Sie enthält einige Verschärfungen im Vergleich zur alten Richtlinie von 2002. So müssen ab 2021 alle neu errichteten Gebäude als Niedrigstenergiehäuser errichtet werden. Vor allem aber wurden die Bestimmungen zu den Energieausweisen verschärft. Die Richtlinie sieht u.a. vor, dass Mietern bzw. Käufern der Energieausweis nicht nur vorgelegt, sondern auch ausgehändigt werden muss. Außerdem wurde der Satz: "Die Energieausweise dienen lediglich der Information." gestrichen. Die Richtlinie wird in Deutschland voraussichtlich vor allem in der angekündigten EnEV 2012 umgesetzt werden. Fraglich ist jedoch, ob dies nicht zum Anlass genommen wird, auch im Miet- und Kaufrecht Änderungen vorzunehmen, um die Einsparungsziele zu forcieren und die privatrechtliche Wirkung festzuschreiben. Entsprechende Ankündigungen finden sich im Koalitionsvertrag (<http://www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>, S. 28). Dort heißt es zwar, man wolle "weniger auf Zwang setzen" um die Energieeffizienz zu verbessern. Speziell zur Sanierung des Gebäudebestandes wolle man jedoch "Hürden im Mietrecht für eine energetische Sanierung zum gemeinsamen Vorteil von Eigentümern und Mietern" senken.

Die Streichung des Satzes "die Energieausweise dienen lediglich der Information" könnte der Gesetzgeber als Aufforderung verstehen, beispielsweise eine Vermutung für eine Beschaffenheitsvereinbarung in die EnEV 2012 oder in § 5a EnEG zu implantieren. Bei fehlerhaften Ausweisen würden dann dem Mieter bzw. Käufer Gewährleistungsrechte zustehen. Dies muss bei der Vertragsgestaltung berücksichtigt werden.

Weiterhin ist auch die Einführung eines neuen Paragraphen im Mietrecht denkbar, der die energetischen Standards der EnEV für verbindlich erklärt. Wahrscheinlich sind auch Ausweitungen der Duldungspflichten der Mieter bei Modernisierungen; diese sind ebenfalls im Koalitionsvertrag angekündigt.

Fazit

Verschärfte gesetzliche Regelungen für den Energiehaushalt von Gebäuden erhöhen den Handlungsdruck auf Investoren, Projektentwickler und Vermieter. Ein klarer rechtlicher Rahmen ist aber (noch) nicht überall gegeben. Investoren, Projektentwickler und Vermieter sollten daher durch eine differenzierte Vertragsgestaltung größtmögliche Rechtssicherheit schaffen. Denn eines ist klar: Auf die Frage "Going Green" oder "Remain Grey" kann es – jedenfalls für diejenigen, der in Zukunft erfolgreich am Marktgeschehen teilnehmen möchte – nur eine (grüne) Antwort geben.

Ihre Ansprechpartner:



Alexandra Schlicht
Associate
Real Estate
alexandra.schlicht@cliffordchance.com



Bettina Krause
Associate
Real Estate
bettina.krause@cliffordchance.com

Offene Immobilienfonds - Was nun Herr Schäuble?

Am 22. September 2010 hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes¹ ("Regierungsentwurf") vorgestellt. Der Referentenentwurf vom Mai 2010 stammt aus der Feder des Bundesfinanzministeriums ("BMF") unter Führung von Bundesfinanzminister Wolfgang Schäuble.

Der Regierungsentwurf deckt verschiedene derzeit diskutierte Themen im Zusammenhang mit dem Schutz von Anlegern und Kapitalmärkten ab. Insbesondere behandelt der Regierungsentwurf auch eine teilweise Neuregelung der Vorschriften für offene Immobilien-

¹ Der Gesetzentwurf der Bundesregierung ist als Download auf der Internetseite des BMF (www.bundesfinanzministerium.de) erhältlich.

nach dem Investmentgesetz (InvG). Damit reagiert die Bundesregierung auf die Aussetzung der Rücknahme verschiedener Immobilienfonds seit dem Zusammenbruch der Investmentbank Lehman Brothers.

Mindesthaltefristen

Bisher sehen Immobilienfonds eine tägliche Rückgabe vor. Zukünftig wird eine Rückgabe solcher Anteile erst nach Ablauf einer Haltefrist von 24 Monaten möglich sein. Eine Ausnahme soll jedoch für Anleger gelten, die Anteile bis zu einer Höhe von EUR 5.000 je Monat zurückgeben.

Es fallen allerdings Rücknahmeabschläge von 10 % für Rücknahmen nach Ablauf von 24 bis 36 Monaten nach Zeichnung und von 5 % nach Ablauf von 36 bis 48 Monaten nach Zeichnung an.

Bewertung durch Sachverständige

Immobilien, die für Rechnung eines Immobilienfonds gehalten werden, sollen zunächst vor Erwerb, dann auch regelmäßig in bestimmten Intervallen durch Immobiliensachverständige bewertet werden. Allerdings werden die Bewertungsintervalle verkürzt (in Abhängigkeit von der Häufigkeit der Rücknahme); eine Bewertung wird also häufiger als alle 12 Monate erfolgen.

Aussetzung der Rücknahme

Der Regierungsentwurf enthält ein geändertes Verfahren zur Aussetzung der Rücknahme, das in drei Phasen eingeteilt ist:

Phase 1: Aussetzung der Rücknahme für einen Zeitraum von zweimal sechs Monaten – zusammen also ein Jahr; während dieser Zeit soll die Kapitalanlagegesellschaft ("KAG") versuchen, durch die Veräußerung von Immobilien Liquidität zu erzeugen, auch wenn diese Immobilien bisher nicht zur Veräußerung vorgesehen waren.

Phase 2: Aussetzung der Rücknahme für einen Zeitraum von weiteren 12 Monaten; während dieser Zeit muss die KAG Immobilien ggf. mit einem Abschlag von bis zu 10 % im Vergleich zu dem durch die Immobiliensachverständigen festgestellten Wert verkaufen.

Phase 3: Aussetzung der Rücknahme für einen Zeitraum von weiteren 6 Monaten; während dieser Zeit muss die KAG Immobilien ggf. mit einem Abschlag von bis zu 20 % im Vergleich zu dem durch die Immobiliensachverständigen festgestellten Wert verkaufen.

Sofern nach Ende der Phasen 1 bis 3 noch immer keine ausreichende Liquidität zur Verfügung steht, soll die KAG ihr Verwaltungsrecht in Bezug auf den Immobilienfonds verlieren. Die Depotbank ist dann für die Abwicklung des Fonds verantwortlich. Das gilt auch dann, wenn die KAG die Rücknahme von Anteilen binnen fünf Jahren dreimal aussetzt.

Liquidierung eines Immobilienfonds

Der Regierungsentwurf enthält keine Regelungen zur Liquidation eines Immobilienfonds. Die KAG wird daher den Immobilienfonds abwickeln müssen, indem sie die Rücknahme von Anteilen aussetzt und alle Vermögensgegenstände verkauft, die für Rechnung des Fonds gehalten werden.

Mitspracherechte der Anleger

Die Mitspracherechte der Anleger stellen eine weitere interessante Neuerung des Regierungsentwurfs dar. Dieser sieht vor, dass Anleger während einer Aussetzung von Rückgaberechten bei der Veräußerung von Immobilienvermögen gewisse Mitspracherechte ausüben können. So können sie Veräußerungen unter dem durch die Immobiliensachverständigen ermittelten Verkehrswert zustimmen. Praktische Erfahrungen für solche Mitspracherechte fehlen der deutschen regulierten Fondsbranche bisher.

Übergangsfristen

Da der erhebliche Änderungen bevorstehen, die sich auf die Rechte der einzelnen Anleger auswirken, sind längere Übergangsfristen erforderlich. Nach dem Regierungsentwurf müssen Anleger, die ihre Anteile vor in Kraft treten der Gesetzesnovelle erworben haben, die Mindesthaltefrist von 24 Monaten nicht beachten. Im Hinblick auf die Rückgabeabschläge gibt es jedoch keine Übergangsvorschrift (ein Umstand, der von den Verbänden kontrovers diskutiert wird).

Damit die Änderungen überhaupt greifen können, müssen darüber hinaus die Vertragsbedingungen der bereits bestehenden Immobilienfonds angepasst werden. Der Gesetzentwurf könnte hier eine Frist bis Ende 2011 vorsehen.

Gesetzgebungsverfahren

Der Regierungsentwurf muss Bundestag und Bundesrat passieren. Dies ist noch für diesen Winter geplant, so dass die neuen Regelungen damit im Frühjahr 2011 zur Anwendung in Kraft treten könnten.

Ihre Ansprechpartner:



Dr. Sven Zeller
Partner
Banking & Capital Markets

sven.zeller@cliffordchance.com



Anja Breilmann
Associate
Banking & Capital Markets

anja.breilmann@cliffordchance.com

Sofortige Zwangsvollstreckung nur bei Eintritt in den Sicherungsvertrag

Im Clifford Chance Real Estate Newsletter Frühling 2010 sowie einem Real Estate Newsletter - Update hatten wir auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ("BGH") vom 30. März 2010 (Az.: XI ZR 200/09) zu den Anforderungen für das Vorgehen des Erwerbers einer Sicherungsgrundschuld aus der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung hingewiesen. Zwischenzeitlich wurden die Entscheidungsgründe veröffentlicht. Wir möchten nachfolgend die wesentlichen Aussagen und die praktischen Auswirkungen der Entscheidung darstellen:

Eintritt in den Sicherungsvertrag

Der Erwerber einer Sicherungsgrundschuld kann aus der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nur vorgehen, wenn er in den Sicherungsvertrag eintritt.

Die Formulierung des BGH lässt offen, welche Anforderungen an den "Eintritt" in den Sicherungsvertrag zu stellen sind. Zunächst könnte der Eintritt durch eine Vertragsübernahme bewirkt werden, die außer der Beteiligung von altem und neuem Grundschuldgläubiger auch zwingend die Beteiligung des Sicherungsgebers erfordert. Diese Vertragsübernahme wird oft nur schwer durchzuführen sein, etwa weil der Sicherungsgeber die Mitwirkung verweigert. Alternativ könnte ein Schuldbeitritt ohne Beteiligung des Sicherungsgebers ausreichen, etwa in Form eines echten Vertrags zu Gunsten Dritter, d.h. alter und neuer Gläubiger vereinbaren, dass die Sicherungszweckerklärung für den neuen Gläubiger verbindlich sein soll und dass der Sicherungsgeber sich auf diese Vereinbarung berufen und eigene Rechte daraus begleiten kann.

Geltung nur für Altfälle?

Die Regelung in § 1192 Abs. 1 a BGB sollte bei Buchgrundschulden, die nach dem 19.08.2008 bestellt oder erstmalig abgetreten wurden, einen äquivalenten Schutz des Schuldners bieten, sodass die Rechtsprechung des BGH keine Anwendung findet. Briefgrundschulden könnten wegen der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs außerhalb des Grundbuchs abweichend zu beurteilen sein, wenn sie vor 20.08.2008 bestellt wurden und daher den Anforderungen der neuen Rechtsprechung des BGH unterliegen.

Die Entscheidung des BGH bezieht sich auf eine Sicherungsgrundschuld, die im Jahr 1989 erstmals bestellt wurde und noch vor Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes am 19.08.2008 abgetreten wurde. Durch das Risikobegrenzungsgesetz wurde unter anderem § 1192 Abs. 1a BGB eingeführt, wonach Einreden, die aufgrund des Sicherungsvertrags gegenüber dem bisherigen Gläubiger bestehen, auch jedem Erwerber der Grundschuld entgegengesetzt werden können. Für den entschiedenen "Altfall" musste der BGH wegen des

zeitlichen Anwendungsbereichs jedoch nicht auf § 1192 Abs. 1a BGB eingehen.

Da für "Neufälle", also nach dem 19.08.2008 bestellte Sicherungsgrundschulden, Schuldnerschutz durch die Regelungen in § 1192 Abs. 1a BGB sichergestellt ist, kann mit guten Argumenten vertreten werden, dass die vom BGH verlangten weitergehenden Anforderungen für solche Sicherungsgrundschulden nicht anwendbar sind. Entsprechendes könnte für Buchgrundschulden gelten, die zwar vor dem 19.08.2008 bestellt wurden, erstmals jedoch nach diesem Datum abgetreten wurden. In diesen Fällen ist wegen der konstitutiven Wirkung der Eintragung der Abtretung sichergestellt, dass kein gutgläubiger einredefreier Zwischenerwerb der Grundschuld erfolgt ist.

Briefgrundschulden sind demgegenüber wegen der lediglich berichtigenden Wirkung der Eintragung der Abtretung im Grundbuch und der Möglichkeit der Abtretung außerhalb des Grundbuchs abweichend zu beurteilen. Der Schutz des Schuldners bei Briefgrundschulden, die vor dem 20.08.2008 bestellt wurden, ist durch § 1192 Abs. 1a BGB also nicht gewährleistet, da der Notar nicht prüfen kann, ob zwischenzeitlich ein gutgläubiger einredefreier Erwerb stattgefunden hat. Daher scheint es gerechtfertigt, diese Sachverhalte den Anforderungen der neuen Rechtsprechung zu unterwerfen.

Eintritt in den Sicherungsvertrag muss nachgewiesen werden

Bei Umschreibung der Vollstreckungsklausel muss der Eintritt in den Sicherungsvertrag in öffentlich beglaubigter Weise nachgewiesen werden.

Der geforderte Nachweis über den Eintritt in den Sicherungsvertrag ist zu führen mittels öffentlicher bzw. öffentlich beglaubigter Urkunde. Praktisch wird der Nachweis durch notarielle Beglaubigung der Vereinbarung über den Eintritt in den Sicherungsvertrag geführt werden. Dies kann regelmäßig in der Abtretungserklärung erfolgen, die dann von allen beteiligten Parteien in öffentlich beglaubigter Form zu unterzeichnen ist. Bereits erfolgte Grundschuldabtretungen müssen gegebenenfalls unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung durch gesonderte Vereinbarung in öffentlich beglaubigter Form nachgebessert werden.

Vom Forderungskauf mit Grundschuldübertragung abweichende Fälle

Die Anforderungen des BGH sind grundsätzlich auch für Umschuldung bzw. Neuavalutierung relevant.

Die Entscheidung des BGH beschränkt sich auf den Forderungskauf und geht nicht auf Umschuldung bzw. Neuavalutierung ein. Gleichwohl dürften die Anforderungen des BGH entsprechend anwendbar sein. Der Erhalt der treuhänderischen Zweckbindung der Grundschuld wird nicht nur durch Fortschreibung der ursprünglichen Sicherungszweckerklärung erreicht, sondern auch durch den privatautonomen Abschluss einer neuen

Sicherungsvereinbarung unter Beteiligung des Schuldners. Demnach wäre der Neuabschluss eines Sicherungsvertrags ebenfalls in öffentlich beglaubigter Weise nachzuweisen.

Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung auch in AGB

Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in allgemeinen Geschäftsbedingungen ("AGB") stellt keine unangemessene Benachteiligung des Schuldners dar, § 307 Abs. 1 BGB, auch wenn formularmäßig eine freie Abtretbarkeit der Grundschuld vorgesehen ist.

Der BGH bestätigt die gängige Praxis der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in allgemeinen Geschäftsbedingungen. Anderslautenden Tendenzen in Rechtsprechung und Literatur erteilt der BGH damit eine Absage.

Ihre Ansprechpartner:



Christian Trenkel
Partner
Real Estate

christian.trenkel@
cliffordchance.com



Martin Barlösius
Associate
Real Estate

martin.barloesius@
cliffordchance.com

BGH hat entschieden: Die verspätete Annahme eines Mietvertrags, der anschließend in Vollzug gesetzt wird, begründet keinen Schriftformmangel

Kurze Zeit nachdem der BGH durch sein Urteil vom 4. November 2009 zu den Anforderungen an die Einhaltung der Schriftform bei der Vertretung einer Aktiengesellschaft für Aufregung gesorgt hatte, hat er nunmehr in einer aktuellen Entscheidung vom 24. Februar 2010 (XII ZR 120/06) zu einer für die Praxis überaus bedeutsamen Frage Stellung genommen und für Rechtssicherheit gesorgt.

Worum geht es?

Eines der Probleme im Zusammenhang mit der Schriftform von Mietverträgen (§ 550 BGB), die für die größte Unsicherheit bei Immobilieneigentümern und Investoren gesorgt haben, war die Frage, ob ein nicht "rechtzeitig" im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB angenommenes Angebot zum Abschluss eines Mietvertrages, dennoch die Schriftform wahrt, wenn der Vertrag anschließend in Verzug gesetzt wurde. Aus juristischer Sicht führt die

verspätete Annahme des Angebots durch verspätete Gegenzeichnung und Rücksendung der Vertragsurkunde dazu, dass der Mietvertrag nicht wirksam zustande kommt. Wird das Mietverhältnis anschließend in Vollzug gesetzt, kommt der Mietvertrag in diesem Moment konkludent zustande. Hier entzündete sich nun der Streit, ob ein auf diese Weise zustande gekommener Mietvertrag die Schriftform wahrt. Für die Wahrung der Schriftform sprach sich eine vor allem in der Literatur vertretene praxisfreundliche Ansicht aus, weil schließlich eine von beiden Parteien unterzeichnete Vertragsurkunde existiert, die den Inhalt des Mietvertrags schriftlich wiedergibt. Dagegen wandte sich eine unter anderem vom Kammergericht Berlin vertretene formal argumentierende Ansicht, weil der tatsächliche Vertragsschluss hier eben nicht durch schriftliche Erklärungen erfolgt. Für die Immobilienpraxis war allerdings häufig nur schwer nachvollziehbar, warum ein Schriftformmangel vorliegen sollte, obwohl eine von den Parteien unterzeichnete schriftliche Mietvertragsurkunde existierte in der alles niedergelegt war, was die Parteien vereinbart hatten und durchführten.

In seiner Entscheidung vom 24. Februar 2010 – XII ZR 120/06 – hatte sich der BGH mit dieser Problematik zu befassen und erfreulicherweise klar Stellung bezogen.

Das Urteil des BGH

Der BGH hatte in der genannten Entscheidung über das Zustandekommen eines befristeten Mietvertrages zu urteilen. Die Parteien verhandelten im Jahr 1992 über den Abschluss eines Mietvertrages über noch zu errichtende Gewerberäume. Die Mietzeit sollte 15 Jahre betragen. Der Mietvertrag enthielt eine Klausel, wonach die erstunterzeichnende Partei sich einen Monat ab Zugang bei der Gegenpartei an ihr Angebot bindet. Auf Wunsch der Gegenpartei wurde die Frist zur Gegenzeichnung und Übersendung des Mietvertrages in der Folgezeit nochmals verlängert, was jedoch lediglich schriftlich bestätigt wurde. Die Gegenpartei unterzeichnete schließlich den Mietvertrag am letztmöglichen Tag vor Fristablauf. Nach einer gemeinsamen Ortsbegehung wurde das Mietobjekt dann übergeben.

Der BGH kam bei der vorliegenden Konstellation zu dem Ergebnis, dass ein formwirksamer Mietvertrag für die Dauer von 15 Jahren abgeschlossen wurde.

Zunächst stellt der BGH unter Berufung auf seine ältere Rechtsprechung klar, dass es zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB grundsätzlich erforderlich ist, dass sich die für die Einigung notwendigen Vertragsbestandteile (Mietzins, Mietobjekt, Dauer und Parteien) aus der Vertragsurkunde ergeben. Die Annahmefrist und deren Einhaltung gehört jedoch nicht zu diesen, den Vertragsinhalt bestimmenden Bedingungen, sondern betrifft allein das Zustandekommen des Vertrages. Eine Ausdehnung des Schutzes des § 550 BGB bereits auf das Zustandekommen des Vertrages kommt nicht in Betracht, da Sinn und Zweck der Vorschrift vor allem der Schutz künftiger Grundstückserwerber und damit Vermieter ist. Die Verlängerung der Annahmefrist und der

rechtzeitige Zugang unterliegen daher grundsätzlich nicht dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB.

Sodann setzte sich der BGH mit der oben aufgeworfenen Frage auseinander und schloss sich der Ansicht an, wonach die Einhaltung der "äußeren Form" für die Wahrung der Form nach § 550, 126 Abs. 2 BGB genügt. Die Auslegung von § 550 BGB führe unter Berücksichtigung seines Schutzzwecks und seiner Rechtsfolge zu dem Ergebnis, dass § 550 BGB über die Einhaltung der äußeren Form hinaus nicht voraussetzt, dass der Vertrag durch die schriftlich abgegebenen Erklärungen zustande gekommen ist. Vielmehr genüge ein Mietvertrag auch dann der Schriftform des § 550 BGB, wenn er inhaltsgleich mit den in der äußeren Form des § 126 BGB niedergelegten Vertragsbedingungen nur konkludent abgeschlossen worden ist.

Tendenzen / Bewertung

Mit dem Urteil vom 24. Februar 2010 – XII ZR 120/06 klärt der BGH eine immens praxisrelevante Frage. Ohne es ausdrücklich klarzustellen korrigiert er damit einen missverständlichen Leitsatz aus einem Urteil vom 29.4.2009 – XII ZR 142/07, in dem der BGH noch ausführte, im Fall, dass ein formgerechter Mietvertrag mangels rechtzeitiger Annahme zunächst nicht abgeschlossen werde, komme durch eine insoweit formgerechte Nachtragsvereinbarung, die auf die ursprüngliche Urkunde Bezug nimmt, ein insgesamt formwirksamer Mietvertrag zustande. Dieser missverständliche Leitsatz ist durch das Urteil vom 24. Februar 2010 – XII ZR 120/06 – klargestellt.

Praxishinweis

Halter von vermieteten Bestandsimmobilien können nach dem Urteil des BGH vom 24. Februar 2010 von nun an ruhiger schlafen, denn einem in der Vergangenheit häufig verfolgten Begründungsansatz zur vorzeitigen Kündigung eines langfristigen Mietvertrages ist die juristische Grundlage entzogen. Beim Abschluss neuer Mietverträge sollte allerdings auch in Zukunft darauf geachtet werden, dass Angebot und Annahme in kurzer Zeitfolge abgegeben werden. Anderenfalls besteht bis zur Invollzugsetzung des Mietvertrags weiterhin das Risiko, dass sich eine Partei darauf beruft, der Mietvertrag sei nicht wirksam zustande gekommen. Wird das Mietverhältnis allerdings mit dem Inhalt, der in der von beiden Parteien unterzeichneten Vertragsurkunde niedergelegt ist, durchgeführt, kann sich keine Partei mehr auf einen Schriftformmangel wegen nicht rechtzeitiger Annahme berufen.

Ihr Ansprechpartner:



Dr. Gerold M. Jaeger
Associate
Real Estate

gerold.jaeger@
cliffordchance.com

Dieser Newsletter dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall.

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

* Clifford Chance has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm

© Clifford Chance, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·
Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000 · Oktober 2010