CLIFFORD
CHANCE

Frühling
Mai 2011

Real Estate Newsletter

Herzlich Willkommen zur Frühsommerausgabe unseres Real Estate Newsletters, mit dem wir wieder aktuelle Themen rund um die Immobilie und ihre Finanzierung aufgreifen.

Aus wirtschaftlicher Sicht beleuchten Herr Martin Lemke, Geschäftsführer der PATRIZIA Investmentmanagement GmbH und Vorsitzender der FIEC Fachgruppe Housing (Verband der Europäischen Bauwirtschaft) sowie Frau Julia Schöne, Leiterin der Brüsseler Geschäftsstelle des BFW Bundesverband Freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen e.V. in ihrem Gastbeitrag die Auswirkungen der Entwicklungstendenzen und Vorgaben der EU im Hinblick auf Immobilien und den Klimaschutz unter dem Titel „Immobilien als Schlüsselfaktor einer nachhaltigen EU-Energiepolitik“.

Dr. Gerold Jaeger und Henning Aufderhaar setzen sich mit dem Entwurf eines Mietrechtsmodernisierungsgesetzes über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln aus dem Herbst 2010 auseinander. Der bislang nicht formal in den Bundestag eingebrachte Entwurf ist bei zahlreichen Interessengruppen auf heftige Kritik gestoßen. Ob diese Kritik berechtigt ist und wo insbesondere aus Sicht des Klimaschutzes Verbesserungsbedarf insbesondere im Hinblick auf das Gewerberaummietrecht besteht, zeigen die Autoren in ihrem Beitrag auf.

Mit der anhaltenden Tendenz zur Erhöhung der Grunderwerbsteuersätze durch die Bundesländer, denen diese Kompetenz im Zuge einer Änderung des Grundgesetzes im Jahr 2006 eingeräumt wurde, befassen sich Thorsten Sauerhering und Dr. Dominik Engl. Sie zeigen Varianten der Transaktions-

Inhalt

Einleitung	**1**
Immobilien als Schlüsselfaktor einer nachhaltigen EU-Energiepolitik	**2**
Überblick zum Entwurf eines Mietrechtsänderungsgesetzes (insbesondere im Hinblick auf energetische Modernisierungen)	**3**
Erhöhung der Grunderwerbsteuer – Steuerstrukturierungen immer wichtiger für die Rendite	**6**
Zulässigkeit sog. "Befriedigungsabreden" zwischen Darlehensnehmer und Darlehensgeber – Begrenzung der Verwertung von Immobilien außerhalb der Zwangsversteigerung	**8**

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:

Henning Aufderhaar, LL.M (Stellenbosch)
T: +49 69 7199 1377

Dr. Dominik Engl
T: +49 69 7199 1632

Dr. Gerold M. Jaeger
T: +49 69 7199 1539

Thorsten Sauerhering
T: +49 69 7199 1709

Alexandra Schlicht
T: +49 89 21632 8160

Christian Trenkel
T: +49 89 21632 8314

Die E-Mail-Adresse lautet:
vorname.nachname@cliffordchance.com

Clifford Chance
Mainzer Landstraße 46
60325 Frankfurt am Main

Clifford Chance
Theresienstraße 4-6,
80333 München

www.cliffordchance.com

strukturierung auf, mit der Investoren aus den Steuererhöhungen resultierende Nachteile minimieren können. Diese Tendenzen lassen insbesondere einen Sharedeal, d.h. den Erwerb der Anteile an einer Zweckgesellschaft, die eine oder mehrere Immobilien hält, wirtschaftlicher und vorteilhafter gegenüber dem Direkterwerb, dem sogenannten Asset Deal, werden.

Schließlich beschäftigen sich Christian Trenkel und Alexandra Schlicht mit sogenannten Befriedigungsabreden zwischen Darlehensnehmer und Darlehensgeber zur Begrenzung der Verwertung von Immobilien außerhalb der Zwangsversteigerung. Die gesetzlichen Regelungen beschränken Alternativen zur Zwangsversteigerung erheblich.

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

Mit den besten Grüßen

Christian Trenkel Gerold M. Jaeger

Immobilien als Schlüsselfaktor einer nachhaltigen EU-Energiepolitik

Die energiepolitische Diskussion hat in den letzten Jahren auf nationaler wie europäischer Ebene eine enorme Beschleunigung erfahren. Durch die Reaktorkatastrophe in Fukushima ist diese Diskussion aufgrund der schrecklichen Ereignisse und eines bevölkerungsseits geforderten Handlungszwangs beschleunigt worden. Im Mittelpunkt steht, zumindest in der europäischen Debatte, nicht der Ausstieg aus der Atomenergie, sondern die verstärkte Nutzung erneuerbarer Energien und eine Senkung des Primärenergieverbrauchs, um langfristig einen Ausstieg aus der Atomenergie realisieren zu können. Das Ziel, CO_2-Emissionen zu senken steht zwar unbestritten auf der Agenda, ist jedoch in den letzten Wochen etwas in den Hintergrund gerückt. Um die Ziele, eine Senkung des CO_2-Ausstoßes um 20 % bis 2020 und einen step by step-Ausstieg aus „schlechten" Energieträgern zu erreichen, ist die Senkung des Primärenergieverbrauchs unabdinglich und muss vermutlich noch ambitionierter angegangen werden als bislang. Eine entscheidende Rolle nimmt hier der Gebäudesektor ein, da dieser nach Angaben der Kommission für einen primären Energieverbrauch von 40 % verantwortlich ist. Mit der Überarbeitung der Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, welche im Mai 2010 verabschiedet wurde, sind energetische Anforderungen an den Neubau von Gebäuden reguliert worden bzw. ebenso größere Renovierungen[1] in den Anwendungsbereich der Richtlinie aufgenommen worden. Die größte Herausforderung ist nun, den Gebäudebestand an die energetischen Anforderungen heranzuführen. So hat der Energiekommissar Günther Oettinger bereits in seiner Energiestrategie 2020 dem Gebäudesektor eine bedeutende Rolle zugeschrieben und eine separate Strategie für den Gebäudebestand angekündigt. Der sogenannte Energieeffizienzplan wurde am 8. März 2011 vom Energiekommissar vorgestellt. Der Energieeffizienzplan ist die eigentlich in 2009 erwartete Überarbeitung des Aktionsplans Energieeffizienz aus dem Jahr 2006. Diese wurde jedoch aufgrund des Führungswechsels in der Kommission zurückgestellt und ist nun auf Wunsch Oettingers in die Energiestrategie 2020 integriert worden. Schon in der Energiestrategie 2020 hat die Schaffung eines energieeffizienten Europas Priorität Nummer eins. Im Energieeffizienzplan wird die Rolle des Gebäudesektors diesbezüglich präzisiert. Die Schlüsselrolle übernimmt nun für die nächsten Jahre der Gebäudebestand der öffentlichen Hand. Die Kommission wird rechtskräftige Instrumente vorschlagen, um in den Mitgliedstaaten eine Steigerung der Sanierungsrate auf 3 %[2] der öffentlichen Gebäude zu erreichen. Die derzeitige Sanierungsquote im europäischen Durchschnitt liegt bei ca. 1,5 %. Einen Sanierungszwang für Gebäude in privater Hand möchte die Europäische Kommission nicht durchsetzen, da sie zunächst die gesetzliche Implementierung auf nationaler Ebene und Etablierung der bisherigen Regulierungen im Markt abwarten möchte und weil dies natürlich kritische Eingriffe in das Eigentumsrecht mit sich bringen würde. Hinderlich für die Sanierung privater Wohnungsbestände dürfte jedoch eine Ausweitung der Öko-Design-Richtlinie auf Bauteile wie Fenster, Boiler, Warmwasserbereiter, Klima- und Lüftungsanlagen sein. Wie mit jeder Verschärfung der Anforderungen an energetische Sanierungsmaßnahmen wird auch diese zu einem Anstieg der Baukosten führen. Energetische Sanierungsmaßnahmen sind dann unter den neuen Rahmenbedingungen mitunter nicht mehr wirtschaftlich. Dies wiederum birgt dann das Risiko, dass Maßnahmen gar nicht erst durchgeführt werden, weil es sich schlicht nicht rechnet. Die Nachhaltigkeit einer Immobilie wird schließlich für den privaten Investor nicht allein dadurch bestimmt, wie zukunftsfähig der bauliche Zustand einer Immobilie ist, sondern wie sie langfristig am Markt vermietbar ist. Dafür ist selbstverständlich der bauliche Zustand von großer Bedeutung, die Nachfrage nach entsprechendem Wohnraum jedoch maßgeblich.

Um eine flächendeckende Sanierungstätigkeit auch für den privaten Gebäudebestand zu realisieren, setzt die Europäische Union auf eine stärkere Schaffung von Anreizen. Hierzu gehört nach den Plänen im Energieeffizienzplan nicht nur die Beseitigung rechtlicher Hindernisse (Investor-Nutzer-Dilemma), sondern auch eine effiziente und zielgerichtete Förderung von Sanierungsmaßnahmen. Die Fördermaßnahmen der deutschen Bundesregierung über das KfW CO_2-Gebäudesanierungsprogramm gelten bei den europäi-

[1] Renovierungen gelten als „größere Renovierungen", wenn

a) die Gesamtkosten der Renovierung der Gebäudehülle oder der gebäudetechnischen Systeme 25 % des Gebäudewerts — den Wert des Grundstücks, auf dem das Gebäude errichtet wurde, nicht mitgerechnet — übersteigen oder

b) mehr als 25 % der Oberfläche der Gebäudehülle einer Renovierung unterzogen werden.

[2] 3 % der Gebäudefläche

© Clifford Chance, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors · Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000 · Mai 2011

schen Experten und Nachbarn als beispielhaft. Gleichwohl ermöglicht auch die Europäische Union, Strukturfondsgelder für den Gebäudebestand zu nutzen. Strukturfonds sind Finanzierungsinstrumente der Europäischen Regionalpolitik und dienen dem wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt in der EU. Sie sollen auch ärmeren Regionen helfen, die Anforderungen des gemeinsamen Binnenmarktes bewältigen zu können. In der Förderperiode 2007-2013 gibt es drei Strukturfondsinstrumente. Den Europäischen Fonds für Regionale Entwicklung (EFRE) zur Finanzierung regionalpolitischer Strukturbeihilfen, den Europäischen Sozialfonds (ESF) zur Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts sowie den Kohäsionsfonds für Interventionen im Bereich Umwelt und transeuropäische Verkehrsnetze Im Rahmen des Konjunkturprogramms der Europäischen Union wurden mit der Änderung der Strukturfondsverordnung (397/2009 (EC)) im Mai 2009 vier % der Gelder aus dem EFRE für die energetische Gebäudesanierung auch für die EU-15 Mitgliedstaaten freigegeben. In Frankreich und Großbritannien sind bereits rund 70 % des einsetzbaren EFRE-Budgets in Projekte zur energetischen Gebäudesanierung umgewidmet worden. In Deutschland registrieren die Bundesländer dieses neue Förderpotenzial mit einem Beschluss der Bauministerkonferenz, der sich gegen eine Umwidmung der Gelder ausspricht. Stärkere Bedeutung wird zukünftig die Förderung über revolvierende Fonds erfahren. Erste Erfahrungen sammelte die Europäische Kommission zusammen mit der Europäischen Investitionsbank bei der Entwicklung von JESSICA Fonds (Joint European Support for Sustainable Investments in City Areas). Über revolvierende Fonds kann die Wirksamkeit der Mittel aus den Strukturfonds über zusätzliche Mittel aus dem öffentlichen und privaten Sektor vergrößert und somit eine Hebelwirkung herbeigeführt werden. Dieses Modell erprobt die Kommission gerade auch für Maßnahmen und Projekte zur Steigerung der Energieeffizienz. In einem neuen Fonds werden nicht genutzte Mittel aus dem EU-Konjunkturprogramm in Höhe von 146 Mio. € bereitgestellt. Begünstigte sind dann die öffentliche Hand bzw. private Akteure, die im Auftrag dieser handeln. Dieses Modell könnte ein Pilotprojekt für einen neuen, speziellen Energieeffizienzfonds sein. So hat die Kommission in ihrem Energieeffizienzplan angekündigt, dass im Rahmen der Haushaltsdebatte im Sommer 2011 ein neues Förderinstrument zur energetischen Sanierung des europäischen Gebäudebestands vorgestellt werden soll.

Nicht nur die Sanierung von Gebäuden wird durch steigende Anforderungen teurer, natürlich auch der Neubau von Immobilien. Dies wird zusätzlich durch eine steigende Finanzmarktregulierung potenziert. So werden vor allem für große Projektentwicklungen die Anforderungen aus Basel III zu einer Verteuerung von Krediten führen und für den Selbstnutzer der kürzlich vorgestellte Richtlinienvorschlag zu Wohnimmobilienkreditverträgen. Hier schlägt die Kommission eine Vereinfachung der, vor allem in Deutschland zur Langfristfinanzierung üblichen, Vorfälligkeitsentschädigung vor. Dies bedeutet eine Minderung der Planungssicherheiten von Banken und wird letztlich dazu führen, dass dieses „neue“ Risiko über höhere Kreditzinsen refinanziert werden müsste. Der Weg ins Eigenheim wird dadurch schwieriger, energiepolitische Ziele mangels neuer hochwertiger Gebäude später oder gar nicht erreicht und auch eine bauliche Anpassung des Gebäudebestands an zukünftige Wohnbedürfnisse unnötig erschwert.

Die Schlüsselfunktion des Immobiliensektors für die Erreichung der energiepolitischen Ziele schlägt sich in vielen Initiativen der Europäischen Union nieder. Mangelhaft ist jedoch derzeit noch die Querschnittsbetrachtung weiterer politischer Initiativen und Regulierungsvorhaben. Besonders im Bereich der Finanzmarktregulierung wird deutlich, dass Immobilieninvestments immer mehr mit spekulativen Aktienanlagen gleichgesetzt und Langfristinvestments diskriminiert werden. Gerade dies hat aber im deutschen Immobilienmarkt entscheidend zu einer gesunden Stabilität beigetragen. Die Nachhaltigkeit eines Gebäudes, ob ökologisch, ökonomisch oder sozial, kann nicht als isoliertes System betrachtet werden, sondern kann nur optimiert werden, wenn alle anderen Rahmenbedingungen ein nachhaltiges Wirtschaften ermöglichen.

Ihre Ansprechpartner:

Martin Lemke
Geschäftsführer
PATRIZIA Investment-management GmbH
martin.lemke@patrizia.ag

Julia Schöne
Leiterin der BFW Geschäftsstelle Brüssel
julia.schoene@bfw-bund.de

Überblick zum Entwurf eines Mietrechtsänderungsgesetzes (insbesondere im Hinblick auf energetische Modernisierungen)

Einleitung

Das Bundesjustizministerium hat im Oktober 2010 einen Gesetzesentwurf über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln, das sog. Mietrechtsänderungsgesetz vorgelegt. Der Gesetzesentwurf wurde bislang aber noch nicht in den Bundestag eingebracht.

In seinem Kernbereich dient der Gesetzesentwurf der Umsetzung des Koalitionsvertrages, nach dem die Hürden im Mietrecht für eine energetische Modernisie-

© Clifford Chance, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors · Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000 · Mai 2011

rung zum gemeinsamen Vorteil von Eigentümern und Mietern gesenkt werden sollen. Letztendlich dient der Gesetzesentwurf aber wohl vor allem dem Versuch, die in dem Energiekonzept vom 28. September 2010 formulierten ambitionierten Klimaschutzziele der Bundesregierung zu erreichen.

Darüber hinaus enthält der Gesetzesentwurf Regelungen zur beschleunigten Räumung von Mietwohnungen bei Zahlungsverzug und zur Unterbindung des sog. "Münchener Modells."

Modernisierungsmaßnahmen

Bereits seit dem Jahr 2001 können Vermieter die Kosten für bauliche Maßnahmen, die der nachhaltigen Einsparung von Energie oder Wasser dienen, auf Mieter teilweise umlegen.

Mit der angedachten Neuregelung sollen Mieter aber auch dann an den Kosten der Modernisierungsmaßnahmen beteiligt werden können, wenn sie gemessen an der verbrauchten Energie keinen finanziellen Vorteil haben. Voraussetzung für die diesbezügliche Erhöhung der jährlichen Miete um bis zu elf Prozent der für die Wohnung aufgewendeten Modernisierungskosten ist aber, dass es sich um eine energetische Modernisierung handelt, zu der der Vermieter rechtlich verpflichtet ist.

Das Gesetz definiert die energetische Modernisierung als eine Maßnahme, durch die nachhaltig der Wasserverbrauch vermindert wird oder durch die nachhaltig Primär- oder Endenergie effizienter genutzt oder das Klima auf sonstige Weise geschützt wird. Mit dieser Regelung sollen alle Maßnahmen umfasst werden, die zur Verbesserung der Energieeffzienz und zum Klimaschutz beitragen. Der Tatbestand ist diesbezüglich bewusst offen formuliert, um auch künftige neue Technologien, die eine effizientere Nutzung von Energie ermöglichen oder dem Klimaschutz dienen, von der Legaldefinition einer energetischen Modernisierung zu erfassen.

Damit der tatsächliche Nachweis der Energieeffizienz einer Maßnahme den Gesetzeszweck nicht unterhöhlt, sollen die formalen Hürden hierfür reduziert werden. Dem Vermieter soll es deshalb sowohl bei der vorgeschriebenen Modernisierungsankündigung als auch beim Mieterhöhungsverlangen möglich sein, auf anerkannte Pauschalwerte zu verweisen. Was konkret anerkannte Pauschalwerte sind, regelt der Gesetzesentwurf jedoch nicht. Inwieweit sich dadurch wirklich Vereinfachungen einstellen hängt somit von der Umsetzung in der Praxis ab.

Vorbehaltlose Duldungspflicht des Mieters

Der Gesetzesentwurf zielt darauf ab, dem Mieter eine Duldungspflicht für Maßnahmen aufzuerlegen, die zur Instandhaltung oder zur Instandsetzung der Mietsache erforderlich sind. Mit dieser bewährten Regelung soll dem Vermieter die Möglichkeit gegeben werden, seine Erhaltungs- und Gewährleistungspflicht zu erfüllen. Der Mieter ist dabei zu einem aktiven Mitwirken nicht verpflichtet. Er hat den für die Erhaltungsmaßnahme erforderlichen Zugang zur Mietsache zu gewähren und gegebenenfalls auch die Umstellung von Gegenständen in der Mietsache bis hin zum vorübergehenden Auszug aus der Mietsache auf Kosten des Vermieters hinzunehmen.

Der Gesetzesentwurf sieht zwei Tatbestände vor, bei denen der Mieter energetische Modernisierungsmaßnahmen vorbehaltlos zu dulden hat.

Danach wären erstens solche energetischen Modernisierungsmaßnahmen vom Mieter zu dulden, zu denen der Vermieter rechtlich verpflichtet ist. Dies wurde vom Grundsatz her auch schon bisher von der Literatur und Rechtsprechung so gesehen, durch die ausdrückliche Kodifizierung wird jedoch eine größere Klarheit für den Rechtsanwender geschaffen. Neu ist hierbei, dass aufgrund der nicht abschließenden Legaldefinition des Begriffes "Modernisierungsmaßnahme" auch ausdrücklich energetische Modernisierungsmaßnahmen umfasst sein sollen. Für Beeinträchtigungen aufgrund einer energetischen Modernisierung, zu der der Vermieter rechtlich verpflichtet ist, sieht der Gesetzesentwurf ferner einen Ausschluss des Minderungsrechts des Mieters vor.

In diesem Zusammenhang stellt sich indes die Frage, wann überhaupt von einer rechtlich verpflichtenden energetischen Modernisierungsmaßnahme auszugehen ist. Nach derzeitiger Gesetzeslage dürfte der Anwendungsbereich begrenzt sein. Zwar sind mit der aktuellen Energieeinsparverordnung die Anforderungen an Wärmeschutz und Heiztechnik deutlich verschärft worden. Eine rechtliche Verpflichtung für einen Eigentümer einer Bestandsimmobilie zur Durchführung energetischer Modernisierungen findet sich darin jedoch nur in begrenztem Umfang, etwa zur energetischen Verbesserung von Dach und Fassade in Fällen eines grundlegenden Umbaus einer Immobilie, bei dem mehr als zehn Prozent der Gebäudesubstanz betroffen sind.

Insgesamt dürften daher die derzeitigen gesetzlichen Möglichkeiten einer Verpflichtung von Eigentümern von Bestandsimmobilien zur Durchführung energetischer Modernisierungen kaum ausreichend sein, um die von der Bundesregierung in ihrem Energiekonzept dargestellten ambitionierten Zielvorgaben zu erreichen.

Die zweite Fallgruppe vorbehaltlos zu duldender energetischer Modernisierungsmaßnahmen betrifft freiwillige energetische Modernisierungen des Vermieters, bei denen der Vermieter von einer Mieterhöhung zur Beteiligung an den dafür anfallenden Kosten absieht. Grundsätzlich sind nämlich bei Wohnimmobilien Mieterhöhungen nach Modernisierungen in Höhe von jährlich elf Prozent der für die Wohnung aufgewendeten Kosten gesetzlich erlaubt. Der Vermieter hat in einem solchen Fall einer freiwillig durchgeführten energetischen Modernisierung lediglich noch die Möglichkeit, die Miete bis auf das Niveau der ortsüblichen Vergleichsmiete anzuheben. Zu beachten ist auch, dass diese Duldungspflicht bezüglich freiwilliger Modernisierungsmaßnahmen nur im Rahmen energetischer Modernisie-

© Clifford Chance, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·
Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000 · Mai 2011

rungen besteht und nicht auch für sonstige Modernisierungen. Die Variante einer gemischten Modernisierungsmaßnahme behandelt der Gesetzesentwurf nicht, so dass sich hier Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben dürften.

Der Gesetzesentwurf sieht für Beeinträchtigungen durch freiwillig durchgeführte energetische Modernisierungen auch keinen Ausschluss des Minderungsrechts des Mieters vor. Eine Minderung für Beeinträchtigungen durch freiwillig durchgeführte energetische Modernisierungen ist, wie bei anderen freiwilligen Modernisierungen auch, nach bestehender und durch den Gesetzesentwurf nicht veränderter Rechtslage nur dann eingeschränkt bzw. ausgeschlossen, wenn die Tauglichkeit zum Mietgebrauch durch die Modernisierungsmaßnahme nur unerheblich gemindert ist.

Ob mit diesen doch erheblichen Einschränkungen für Immobilieneigentümer das investitionsfreundliche Umfeld geschaffen wird, das zur Erreichung der ambitionierten Klimaschutzziele der Bundesregierung notwendig wäre, erscheint fraglich. Durch den Ausschluss der Mieterhöhungsmöglichkeit und bislang fehlender rechtlicher Verpflichtungen verbleibt zunächst einmal die gesamte kostenintensive Last einer energetischen Modernisierungsmaßnahme beim Vermieter. Ob sich vor diesem Hintergrund für den Eigentümer von Bestandsimmobilien ausreichende Anreize für die Durchführung energetischer Modernisierungen bieten, darf angezweifelt werden. Sofern kein Verkauf der Immobilie oder eine Neuvermietung anstehen, bei denen sich der Eigentümer anhand der energetischen Modernisierung einen höheren Verkaufspreis bzw. eine höhere Miete verspricht, werden vermutlich viele Eigentümer vor derartigen Investitionen zurückschrecken.

Einem Interview mit der Bundesjustizministerin Sabine Leutheuser-Schnarrenberger (FDP) in der Financial Times Deutschland vom 15.04.2011 konnte entnommen werden, dass es von Seiten der Bundesregierung nicht beabsichtigt sei, die Modernisierungsmieterhöhung über die jährliche Grenze von elf Prozent der Investitionskosten zu erhöhen. Ob in der endgültigen Gesetzesvorlage die Möglichkeit einer Modernisierungsmieterhöhung aber zumindest auch noch auf den Fall freiwillig durchgeführter energetischer Modernisierungen erstreckt, muss abgewartet werden. Dies wäre, wenn auch nur in abgestufter Form, zur Schaffung wirklicher Investitionsanreize durchaus wünschenswert.

Übrige Duldungspflichten des Mieters

Bei allen anderen Modernisierungsmaßnahmen, wie etwa einer freiwilligen energetischen Modernisierung ohne den Verzicht auf die Mieterhöhungsmöglichkeit, kann der Mieter wie bisher Härtegründe geltend machen. Härtegründe bestehen wie bisher insbesondere bei Maßnahmen, die für den Mieter, seine Familie oder einen anderen Angehörigen seines Haushalts eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters und anderer Mieter in dem Gebäude nicht zu rechtfertigen ist. Dabei sind insbesondere die vorzunehmenden Arbeiten, die baulichen Folgen, vorausgegangene Aufwendungen des Mieters und die zu erwartende Mieterhöhung zu berücksichtigen. Als Rückausnahme liegt eine Härte dann nicht vor, wenn die zu erwartende Mieterhöhung lediglich Folge einer Versetzung der Mietsache in einen allgemein üblichen Zustand ist.

Nach dem Gesetzesentwurf sollen bei der Härtefallabwägung allerdings nunmehr auch die Belange der Energieeffizienz und des Klimaschutzes berücksichtigt werden. Wie dies in der Praxis genau von Statten gehen soll, beantwortet der Gesetzesentwurf indes nicht. Zur Schaffung eines investitionsfreundlichen Umfeldes wären insofern detaillierte Regelungen und ein höheres Maß an Rechtssicherheit für den Vermieter wünschenswert.

Darüber hinaus stellt der Gesetzesentwurf klar, dass die Mietparteien Vereinbarungen über bestimmte Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen treffen können. Ob eine solche Klarstellung in dem auf Privatautonomie beruhenden BGB tatsächlich notwendig ist, soll unbeantwortet bleiben.

Obliegenheiten des Vermieters

Laut dem Gesetzeswortlaut hat der Vermieter dem Mieter Erhaltungsmaßnahmen rechtzeitig anzukündigen, es sei denn sie sind mit einer unerheblichen Einwirkung auf die Mietsache verbunden. Die bedeutet, dass Erhaltungsmaßnahmen mit Ausnahme von Notmaßnahmen vom Vermieter derart anzukündigen sind, dass sich der Mieter auf die Maßnahme einstellen kann.

Weitreichender ist demgegenüber die Ankündigungspflicht von Modernisierungsmaßnahmen. Diese sind mittels einer sogenannten Modernisierungsankündigung mindestens drei Monate vor ihrem Beginn in Textform anzukündigen. Für die Wahrung der Frist kommt es auf den Zugang der Modernisierungsankündigung beim Mieter an. Die Ankündigung muss Art und Umfang der Modernisierungsmaßnahme sowie Angaben über den Beginn und die voraussichtliche Dauer enthalten.

Rechte des Mieters

Sofern durch eine energetischen Modernisierung Beeinträchtigungen des Mietgebrauchs entstehen, soll eine Mietminderung gesetzlich ausgeschlossen werden. Dies gilt aber nur dann, wenn der Vermieter zur diesbezüglichen Modernisierung rechtlich verpflichtet gewesen ist und die Maßnahme ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Demnach ist der Vermieter gehalten, die rechtlich verpflichtende Baumaßnahme zügig und schonend für den Mieter abzuwickeln. Für den nicht selten eintretenden Fall, dass die rechtlich verpflichtende und ordnungsgemäß durchgeführte Maßnahme mit Erhaltungs- oder mit anderen Modernisierungsmaßnahmen verbunden ist, beruft sich die Begründung des Gesetzesentwurfs für den Fall des Minderungsausschlusses darauf, abzugrenzen, welche Beeinträchtigungen auf die jeweiligen Maßnahmen entfallen. Im Streitfall solle das Gericht die Anteile nach

© Clifford Chance, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·
Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000 · Mai 2011

freier Überzeugung schätzen und auf diese Weise festlegen, welche Beeinträchtigungen zu einer Minderung führen und welche ohne Mietminderung hinzunehmen sind. Es ist insofern zu befürchten, dass Streitfälle wegen der in der Praxis zweifelsohne auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Bestimmung der Mietminderung und damit letztlich eine Rechtsunsicherheit für den investitionsfreudigen Vermieter vorprogrammiert sind.

Das bereits nach geltender Rechtslage bestehende Sonderkündigungsrecht des Mieters nach Ankündigung einer Modernisierung wird durch den Gesetzesentwurf ebenfalls aufgegriffen. Neu ist hierbei die Möglichkeit der Präklusion für die Berücksichtigung von Umständen, die eine besondere Härte begründen. Die dementsprechende Bestimmung will den Mieter anhalten, seine Härteumstände rechtzeitig mitzuteilen, damit der Vermieter sich auf diese Umstände einstellen kann und er auf diese Weise für die Durchführung der Modernisierungsmaßnahmen Planungssicherheit erhält. Dafür gilt die gleiche ein- bzw. im günstigsten Fall sogar fast zwei-Monats-Frist wie für die Erklärung der außerordentlichen Kündigung. Diese Frist beginnt jedoch nur zu laufen, wenn der Vermieter die Modernisierungsmaßnahme ordnungsgemäß in Textform ankündigt.

Auswirkungen auf das gewerbliche Mietrecht

Von den geplanten Änderungen sind gewerbliche Mietverhältnisse nur ansatzweise betroffen. Zwar sieht der Gesetzesentwurf auch für gewerbliche Mieter Duldungspflichten für die Durchführung einer energetischen Modernisierung vor, eine Möglichkeit zur Mieterhöhung nach Durchführung einer energetischen Modernisierung fehlt indes völlig. Eine solche wäre für den Vermieter einer Gewerbeimmobilie demnach nur indirekt über eine Änderungskündigung möglich, was jedoch bei - und dies dürfte der Regelfall sein - den zumeist mit fester Laufzeit abgeschlossenen Gewerbemietverhältnissen auch nicht möglich ist. Auch ist ebenfalls das Recht des Mieters zur Mietminderung nur für solche energetischen Modernisierungen ausgeschlossen, zu denen der Vermieter rechtlich verpflichtet ist, was nach derzeitiger Rechtslage nur in den seltensten Fällen gegeben sein wird. Sofern also im Mietvertrag kein entsprechender Minderungsausschluss vereinbart wird, wäre ein Mieter von Gewerberäumen während der Durchführung freiwilliger energetischer Modernisierungen bei nicht nur unerheblicher Beeinträchtigung zur Minderung der Miete berechtigt. Insbesondere Vermieter, die wegen einer laufenden Finanzierung auf einen stetigen Cash-Flow aus den Mieterträgen angewiesen sind, dürfte dies vor Probleme stellen.

Im gewerblich genutzten Bereich dürften daher die Anreize für viele Eigentümer zur Durchführung von energetischen Modernisierungen noch geringer sein. Ob die Regelungen des Gesetzesentwurfes also ausreichend sind, um die energetische Modernisierung von Bestandsimmobilien in Deutschland nachhaltig voranzutreiben, erscheint fraglich.

Weitere Regelungen des Gesetzesentwurfs

Ein zweiter Bereich der geplanten Mietrechtsnovelle kodifiziert die bislang lediglich in der Rechtsprechungspraxis anerkannte sogenannte "Berliner Räumung". Danach kann der Vermieter die Zwangsvollstreckung auf die Herausgabe der Wohnung beschränken, wenn er an sämtlichen in den Räumen befindlichen Gegenständen sein Vermieterpfandrecht geltend macht.

Mit der gleichsam geplanten Möglichkeit des Vermieters den Mietvertrag fristlos zu kündigen, wenn die Kaution nicht, verspätet oder nur teilweise gezahlt wird, soll dem Mietnomadentum vorgebeugt werden.

Des Weiteren ist es Ziel der Reform die Umgehung des Kündigungsschutzes bei der Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen zu unterbinden. Nach der diesbezüglich geplanten Regelung kann sich der Mieter bei einer Umwandlung auch dann auf den besonderen Mieterschutz mit längeren Kündigungsfristen berufen, wenn eine GbR oder Miteigentümergemeinschaft nach dem Erwerb zunächst formal auf die Umwandlung in Wohneigentum verzichtet und stattdessen Eigenbedarf für einen Gesellschafter oder Miteigentümer anmeldet.

Zur Vertiefung wird auf den detaillierten Aufsatz der Autoren in der Zeitschrift für Immobilienrecht (ZfIR), Heft 5/6, 2011, S. 169 – 182 verwiesen.

Ihre Ansprechpartner:

Dr. Gerold M. Jaeger
Counsel
Real Estate

gerold.jaeger@
cliffordchance.com

Henning Aufderhaar, LL.M. (Stellenbosch)
Associate
Real Estate

henning.aufderhaar@
cliffordchance.com

Erhöhung der Grunderwerbsteuer – Steuerstrukturierungen immer wichtiger für die Rendite

Einführung Grunderwerbsteuer

Mit dem Inkrafttreten des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) im Jahre 1983 wurde die Grunderwerbsteuer als Bundesrecht bundeseinheitlich geregelt. Die Grunderwerbsteuer erfasst und besteuert die Übertragung von Grundstücken und gleichgestellten Rechten. Die Bemessungsgrundlage ist regelmäßig die Gegenleis-

© Clifford Chance, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors · Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000 · Mai 2011

tung für das Grundstück, d.h. der Kaufpreis aber auch sämtliche daneben gewährte (Gegen-) Leistungen.

Entwicklung der Grunderwerbsteuersätze

Der Steuersatz betrug zunächst bundeseinheitlich 2%. Mit dem Jahressteuergesetz 1997 wurde der Steuersatz auf 3,5% erhöht. Dabei blieb es bis zur Föderalismusreform im Sommer des Jahres 2006. Im Rahmen dieser Reform wurde jedoch das Grundgesetz geändert und den Bundesländern das Recht eingeräumt, den jeweiligen Grunderwerbsteuersatz für ihr Gebiet festzulegen. Als erstes Bundesland hat Berlin (zum 1. Januar 2007) von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und den Grunderwerbsteuersatz von 3,5% auf 4,5% erhöht. Dies entspricht einer Steuererhöhung von rd. 29% (!). Zum 1. Januar 2009 hat dann Hamburg als zweites Bundesland – und wiederum ein Stadtstaat – seinen Grunderwerbsteuersatz ebenfalls auf 4,5% erhöht. Im Laufe der Jahre 2010 und 2011 kamen weitere Bundesländer – nunmehr auch Flächenstaaten – hinzu, die ihre Grunderwerbsteuersätze auf bis zu 5,0% (Erhöhung um rd. 43% (!!)) erhöht haben. Hauptgrund für die Erhöhung ist die Hoffnung eines positiven Effekts auf die jeweiligen Haushalte der Bundesländer.

Überblick über die aktuellen Steuersätze der Bundesländer

Mittlerweile haben 9 der 16 Bundesländer bereits eine Erhöhung vorgenommen oder zumindest beschlossen. Die nachfolgende Tabelle zeigt den aktuellen Stand:

Bundesland	Steuersatz	Steuersatz gültig ab	Erhöhung in % (rd.)
Bayern	3,5%	N/A	N/A
Baden-Württemberg	3,5%	N/A	N/A
Berlin	4,5%	1.1.2007	+29%
Brandenburg	5,0%	1.1.2011	+43%
Bremen	4,5%	1.1.2011	+29%
Hamburg	4,5%	1.1.2007	+29%
Hessen	3,5%	N/A	N/A
Mecklenburg-Vorpommern	3,5%	N/A	N/A
Niedersachsen	4,5%	1.1.2011	+29%
Nordrhein-Westfalen	3,5%	N/A	N/A
Rheinland-Pfalz	3,5%	N/A	N/A
Saarland	4,0%	1.1.2011	+14%
Sachsen	3,5%	N/A	N/A
Sachsen-Anhalt	4,5%	1.3.2010	+29%
Schleswig-Holstein	5,0%	**1.1.2012**	+43%
Thüringen	**5,0%**	**7.4.2011**	**+43%**

Hatten die anderen Bundesländer bisher einen "runden" Stichtag (1.1. bzw. 1.3.) gewählt und so eine gewisse Übergangsfrist gewährt, hat Thüringen zuletzt seinen Grunderwerbsteuersatz kurzfristig und ohne Übergangsregelung mit sofortiger Wirkung erhöht. Manch ein Immobilienerwerber dürfte daher noch eine Überraschung erleben, sobald die Grunderwerbsteuer festgesetzt und dann die geplante Summe von 3,5% doch übersteigt. Neben der negativen Auswirkung auf die Rendite, muss die jeweilige Liquidität zusätzlich bereit gestellt werden – ggf. ohne dass die Möglichkeit bestand, diese einzuplanen.

Beispiel zur Auswirkung der Grunderwerbsteuer auf die Anschaffungskosten und die Mietrendite

Beispiel zur Auswirkung der Grunderwerbsteuer auf Rendite und Liquidität:

Der Immobilieninvestor I erwirbt ein Gewerbeobjekt mit Mieteinnahmen von 5,0 Mio. Euro p.a. zu einem Kaufpreis von 50 Mio. Euro. Bei einem (bisherigen) Steuersatz von 3,5% würde die Grunderwerbsteuer 1,75 Mio. Euro betragen. Bei einem erhöhten Grunderwerbsteuersatz von 5,0% (z.B. Brandenburg oder Schleswig-Holstein) beträgt die Grunderwerbsteuer 2,5 Mio. Euro (+750.000 Euro).

Die Mietrendite ohne Grunderwerbsteuer entspricht in diesem Fall 10,0% (5,0 / 50). Bezieht man die (bisherige Grunderwerbsteuer von 3,5% ein, reduziert sich die Mietrendite auf rd. 9,66% (5,0 / (50 + 1,75)). Bei einem auf 5,0% (erhöhten) Grunderwerbsteuersatz würde die Mietrenditerendite auf rd. 9,52% sinken (5,0 / (50 + 2,5)).

Die Grunderwerbsteuer gehört aus steuerlicher Sicht zu den Anschaffungsnebenkosten der Immobilie (Grund und Boden sowie Gebäude), sodass sie für ertragsteuerliche Zwecke (Einkommen- oder Körperschaftsteuer und ggf. Gewerbesteuer) nicht sofort steuerlich abzugsfähig ist, sondern nur über die Abschreibung des Gebäudeteils steuerlich geltend gemacht werden kann. Der Anteil der auf Grund und Boden entfällt, kann sich erst im Rahmen der Veräußerung (über einen erhöhten Buchwert) auswirken.

Umso stärker die Grunderwerbsteuersätze angehoben werden, umso mehr verstärken sich die nachteiligen Effekte (Liquiditätsbelastung, Erlös- und Renditeschmälerungen) aus der Grunderwerbsteuer.

Transaktionsstrukturierung gewinnt immer mehr an Bedeutung

Die Strukturierung von Immobilieninvestitionen hat in den letzten Jahren immer mehr an Bedeutung gewonnen. Hintergrund dafür ist, dass sich dadurch verschiedene gewünschte wirtschaftliche aber auch steuerliche Effekte abbilden lassen, die mit einem direkten Erwerb der Immobilie (Asset Deal) oft nicht erreicht werden können. Diese Strukturierungen können auch Auswirkungen auf die Grunderwerbsteuer haben, sodass diese immer häufiger in Betracht gezogen werden dürften, um die aus den Steuererhöhungen resultierenden, immer stärker werdenden Nachteile zu reduzieren.

© Clifford Chance, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors · Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000 · Mai 2011

Dieser (Neben-) Effekt lässt solche Strukturierungen beim Anstieg der Steuersätze immer wirtschaftlicher und vorteilhafter gegenüber dem Direkterwerb (Asset Deal) werden.

Von besonderer Bedeutung sind hierbei sog. Share Deals anstelle des klassischen Asset Deals. Beim Share Deal werden – ggf. gestückelt – nicht die Immobilie selbst, sondern die Anteile an der Gesellschaft, die die Immobilie hält, verkauft werden. Zwar werden Immobilientransaktionen in der Form von Share Deals grundsätzlich auch von der Grunderwerbsteuer erfasst, allerdings nicht in allen Fällen und insbesondere dann nicht, wenn bestimmte Beteiligungsgrenzen (95%-Grenzen) nicht überschritten bzw. Beteiligungsdauern nicht unterschritten werden (5-Jahres Grenzen).

Ggf. erhöhte Kosten und Risiken für derartige Strukturen werden regelmäßig bereits bei einem (bisherigen) Grunderwerbsteuersatz von 3,5% mehr als überkompensiert – insbesondere bei größeren Transaktionsvolumina.

Diese Strukturierungen – je nach Situation des Verkäufers oder des Käufers – (i) beschränken sich entweder auf einen klassischen Share Deal (anstelle eines Asset Deals), (ii) erfordern ggf. eine Restrukturierung beim Verkäufer vor dem Verkauf oder (iii) ggf. das Aufsetzten einer grunderwerbsteueroptimierten Ankaufsstruktur bei dem Verkäufer.

Ausblick

Fast für jedes Bundesland, das seinen Grunderwerbsteuersatz noch nicht erhöht hat, gab oder gibt es immer wieder Gerüchte über eine möglicherweise anstehende Erhöhung des Steuersatzes – insbesondere vor Haushaltsdebatten.

Nach der zweiten Welle der (Flächen-) Bundesländer im Jahre 2010, werden nach den letzten Landtagswahlen mittlerweile in einigen Länder verstärkt politische Diskussionen über eine Erhöhung der Grunderwerbsteuersätze geführt. Insbesondere in Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz scheint eine Erhöhung der Steuersätze ernsthaft diskutiert bzw. beabsichtigt zu werden und dürfte wohl kurzfristig umgesetzt werden. Mittelfristig dürfte wohl zu erwarten sein, dass fast alle Länder ihre Grunderwerbsteuersätze erhöhen werden.

Grunderwerbsteueroptimierte Gestaltungen werden damit immer mehr an Bedeutung gewinnen, da die etwaigen Kosten für eine derartige Strukturierung die Nachteile der Grunderwerbsteuer bei weitem kompensieren dürften – insbesondere vor dem Hintergrund der Steuersatzerhöhungen und bei größeren Transaktionsvolumina. Das Grunderwerbsteuergesetz ermöglicht insbesondere bei Share Deals Gestaltungsspielräume zur teilweisen oder vollumfänglichen Reduzierung der Grunderwerbsteuer.

Ihre Ansprechpartner:

Thorsten Sauerhering
Tax
Partner

thorsten.sauerhering@
cliffordchance.com

Dr. Dominik Engl
Tax
Associate

dominik.engl@
cliffordchance.com

Zulässigkeit sog. "Befriedigungsabreden" zwischen Darlehensnehmer und Darlehensgeber – Begrenzung der Verwertung von Immobilien außerhalb der Zwangsversteigerung

Notleidende Immobilienfinanzierungen haben ein neues Interesse an Optionen für die Auflösung von Darlehensverhältnissen und Alternativen zur Zwangsvollstreckung von Grundpfandrechten ausgelöst. Der Gesetzgeber hat allerdings die Zwangsvollstreckung als einzigen und ausschließlichen Weg zur Befriedigung aus einem Grundpfandrecht vorgeschrieben. Flexiblen Gestaltungen setzen die §§ 1149, 1229 BGB daher eine Grenze, selbst wenn solche zwischen Darlehensgeber, Darlehensnehmer und Sicherheitengeber einvernehmlich vereinbart werden.

Der gesetzliche Rahmen für Befriedigungsabreden

Unzulässig sind gemäß § 1149 BGB Vereinbarungen des Darlehensnehmers mit dem Gläubiger, die darauf abzielen, bei Nichtbefriedigung der Forderung das Grundstück an den Gläubiger zu übereignen (sog. "Verfallabrede") oder es in anderer Weise als nach § 1147 BGB zu veräußern (sog. "Veräußerungsabrede"). § 1147 BGB schreibt dem Grundpfandrechtsgläubiger die Zwangsvollstreckung als ausschließlichen Weg zur Befriedigung aus der Hypothek vor.

Die *Verfallabrede* erfasst sowohl den unmittelbaren Erwerb durch die Darlehensgeber selbst oder durch ein verbundenes Unternehmen als auch die Veräußerung an Dritte, sofern dies im Interesse des Gläubigers geschehen soll. Unter die *Veräußerungsabrede* fallen Vereinbarungen, die dem Gläubiger das Recht zum außergerichtlichen Privatverkauf oder zu einer bestimmten Veräußerungsart (außer der Zwangsvollstreckung) einräumen sowie auch die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht zur Grundstücksveräußerung.

© Clifford Chance, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·
Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000 · Mai 2011

Entscheidend für die Unzulässigkeit solcher Abreden ist laut Gesetz der Zeitpunkt, an dem sie getroffen werden: Unwirksam ist die Abrede nur dann, wenn sie vor Fälligkeit der gesicherten Forderung vorgenommen wurde. Man geht davon aus, dass der Kreditnehmer in der Vorstellung, die Abwicklung werde ordnungsgemäß ablaufen, solche Vereinbarungen leichtfertig eingehen könnte. Abgestellt wird bei der Grundschuld dabei nicht auf die Fälligkeit des dinglichen Rechts, die bei Grundschulden in der Vergangenheit formularmäßig meist für sofort vereinbart wurde. Entscheidend ist vielmehr die Fälligkeit des gesicherten Hauptanspruches, der Forderung aus dem gesicherten Darlehensvertrag.

§ 1229 BGB ist die Parallel-Vorschrift zu § 1149 BGB für Pfandrechte an beweglichen Sachen. Obwohl beide Vorschriften denselben Regelungszweck verfolgen, sind sie unterschiedlich formuliert. Gemäß § 1149 BGB darf die Abrede nicht "zum Zwecke der Befriedigung" geschlossen werden; in § 1229 BGB steht die Verknüpfung der Abrede mit der Nichtleistung im Vordergrund: soll die Vereinbarung wirken, falls der Gläubiger "nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird", ist diese nichtig. Trotz unterschiedlichen Wortlauts werden beide Vorschriften in der Praxis nahezu identisch ausgelegt.

Die Auslegung der gesetzlichen Vorschriften und ihre Bedeutung in der Praxis

Weitgehend Einigkeit besteht in Literatur und Rechtsprechung trotz der unterschiedlichen Formulierungen darüber, dass §§ 1149 und 1229 BGB sachlich gleich zu behandeln sind und dass die in § 1229 BGB vorausgesetzte Verknüpfung der Vereinbarung mit der "Nichtleistung trotz Fälligkeit" auch bei § 1149 BGB zu prüfen ist (siehe dazu BayObLG DNotZ 1993, 386 (388) m.w.N.; BGH NJW 2003, 1041 (1042); BayObLG NJW-RR 1997, 590 f.; Staudinger/Wolfsteiner (2009), § 1149 Rz. 9). Kriterien für die Unzulässigkeit einer Abrede zwischen Darlehensnehmer und (Sicherheiten-/Darlehens-) Gläubiger sind also neben ihrem konkreten Inhalt und dem Abrede-Zeitpunkt der mit ihr verfolgte Zweck, den Gläubiger zu befriedigen sowie die unmittelbare Verknüpfung dieser Abrede mit der Nichtleistung bei Fälligkeit.

Soweit das Kreditgeschäft und eine Verfall- bzw. Veräußerungsabrede in einem kausalen Zusammenhang stehen, ist das Kriterium "zum Zwecke der Befriedigung" bereits erfüllt. Nur wenn in der Abrede eine entsprechende Verpflichtung des Schuldners unabhängig von der Zahlung am Fälligkeitstag getroffen wird, ist § 1149 BGB nach den oben genannten Kriterien nicht einschlägig und die Verpflichtung hat rechtswirksam Bestand (vgl. RGZ 130, 227 (229); BayObLG RPfleger 1993, 58 f.). Die Frage, ob die Vereinbarung tatsächlich an die Nichtzahlung bei Fälligkeit geknüpft ist, wird daher in der Praxis oftmals ausschlaggebend für die Beurteilung der Wirksamkeit sein. An diese Verknüpfung werden in der Literatur jedoch unterschiedliche Anforderungen gestellt: Während die herrschende Meinung dieses Merkmal rein nach dem konkreten Wortlaut der Vereinbarung prüft, stellen andere Stimmen den wirtschaftlichen Zweck der jeweiligen Vereinbarung in den Vordergrund und gelangen im Ergebnis viel eher zu einem Verstoß gegen § 1149 BGB.

In der Rechtsprechung wird § 1149 BGB ebenfalls eng am Wortlaut ausgelegt. Eine Verknüpfung muss also nach dem Wortlaut der Abrede ausdrücklich beabsichtigt sein. Trotz zugegebenermaßen ähnlicher Interessenlage wenden Gerichte die Vorschrift nicht einmal entsprechend für solche Fälle an, in denen eine Drei-Parteien-Konstellation gegeben ist, d.h. in denen Forderungsgläubiger und Sicherungsnehmer nicht identisch sind (Vgl. BGHZ 105, 140 (143); BGHZ 130, 101 ff.; BGH NJW 1995, 2635 ff.; BayObLG NJW-RR 1997, 590 f.; BayObLG ZfIR 1997, 32 ff.; BGH WM 2003, 157 ff.; BGH NJW 2003, 1041 ff.). Dies bedeutet in der Praxis, dass eine inhaltsgleiche Verfall- oder Veräußerungsrede vor einem Gericht Bestand haben durfte, wenn der Gläubiger nicht zugleich Sicherungsnehmer ist, sondern das Grundpfandrecht zu Gunsten eines (ihn refinanzierenden) Dritten eingetragen wurde.

Das kontroverse Kriterium der Verknüpfung soll nachfolgend an 2 Fallbeispielen erläutert werden.

Fallbeispiel A:

Ein deutsches Immobilienportfolio hat einen erheblichen Wertverlust zu verzeichnen. Aufgrund laufender Mieteinnahmen ist zwar die ordnungsgemäße Durchführung des grundschuldgesicherten Darlehens für die Restlaufzeit gesichert. Die Investoren möchten sich allerdings aus dem deutschen Geschäft zurückziehen und vereinbaren mit dem Gläubiger die Übertragung des Immobilieneigentums gegen Befreiung von der Darlehensrestschuld. Ein grobes Missverhältnis der Werte ist nicht gegeben, § 138 BGB also nicht einschlägig.

Lösung nach Gesetzeswortlaut

Der Anwendungsbereich des § 1149 1. Alt. BGB ist über § 1192 Abs. 1 BGB grundsätzlich eröffnet. Ob § 1149 BGB vorliegend tatsächlich einschlägig ist, hängt also davon ab, ob die gesicherte Forderung dem Kreditnehmer gegenüber fällig gestellt wurde oder nicht. Im Falle eines Immobiliendarlehens setzt dies in der Regel die Kündigung des Darlehens voraus oder zumindest das Auslaufen einer Festzinsperiode ohne Fortsetzungsangebot. In vielen Fällen, in denen Darlehensgeber und Darlehensnehmer gemeinsam eine Beendigung der Finanzierung bei Übertragung der Immobilien erwägen, wird die Möglichkeit einer Kündigung des Darlehens noch nicht gegeben oder aber eine Kündigung gerade nicht gewollt sein. Eine Kündigung des Darlehens wird oft die Insolvenz des Darlehensnehmers auslösen.

Der geschilderte Fall ist zeitlich vor einer solchen Fälligkeit angesiedelt. Die Wirksamkeit der Übertragungsverpflichtung ist demnach an § 1149 BGB zu messen: Die Übertragung der Grundstücke dient der Restschuldbefreiung und damit auch der Befriedigung des Gläubigers. Eine Verknüpfung mit der Nichtleistung trotz Fälligkeit der Darlehensforderungen ist allerdings

© Clifford Chance, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·
Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000 · Mai 2011

nicht (ausdrücklich) gegeben. Nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur kann die geschilderte Verpflichtung - gemessen an § 1149 BGB - folglich wirksam eingegangen werden.

Gegenargumente aus der Literatur

Anders beurteilen dies Stimmen in der Literatur (wie beispielhaft Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 Rz. 9f. oder MüKoBGB/Eickmann, § 1149 Rz. 8), die solche Abreden unabhängig vom Wortlaut der Vereinbarung nach ihrem wirtschaftlichen Zweck beurteilen wollen. Demnach kann eine im äußeren und zeitlichen Zusammenhang mit der Bestellung einer dinglichen Sicherheit getroffene Abrede nach der Lebenserfahrung nur den wirtschaftlichen Zweck haben, den Gläubiger im Hinblick auf seinen Anspruch zu sichern. Dies ist auch hier der Fall. Eine Nichtleistung bei Fälligkeit ist möglicherweise zu befürchten. Nach dem Ende der Laufzeit des Darlehens könnten die Investoren im oben geschilderten Szenario Probleme beim Ablösen der Restschuld haben. Entweder, weil sie wegen der eingetretenen Wertminderung keinen neuen Kredit in ausreichender Höhe bekommen oder weil beim Verkauf der Immobilien nicht der benötigte Erlös erzielt wurde. Einem solchen Szenario soll mit der geschilderten Abrede vorgegriffen werden. Vom wirtschaftlichen Gesamtzweck her betrachtet, wäre die Abrede aufgrund der geschilderten Verflechtung unwirksam.

Ergebnis

Solange durch die Abrede nicht eine zwingende Zwangsvollstreckung umgangen würde, sondern ein Stadium besteht, das nicht zwangsläufig zur Durchführung einer Zwangsvollstreckung führt, muss die in Beispiel A beschriebene Gestaltungsmöglichkeit den Parteien also grundsätzlich offen stehen. Die Gestaltungsfreiheit der Parteien hat Vorrang vor einem in der Zukunft möglichen Verwertungsverfahren, da § 1149 BGB den Eigentümer gerade auch vor einer zu starken Einschränkung seiner Handlungsfreiheit schützen soll (so auch BayObLG DNotZ 1993, 386 ff.). Allerdings führen die in der Literatur vertretenen Auffassungen zu einem erheblichen Risiko – solange also keine ausdrückliche gerichtliche Klärung vorliegt, kann das Risiko der Unwirksamkeit der Vereinbarung nicht sicher ausgeschlossen werden.

Fallbeispiel B:

Ein ausländisches Kreditinstitut besteht während Vertragsverhandlungen auf einer Verkaufsvollmacht zu Gunsten des Grundpfandrechtsgläubigers durch den Darlehensschuldner. Kann eine solche inhaltlich wirksam bestellt werden?

Unterschiedliche Lösungsansätze (Gesetzeswortlaut versus Praxis der Bundesnotarkammer)

Auch eine Verkaufsvollmacht stellt nach überwiegender Ansicht eine nach § 1149 BGB unzulässige Befriedigungsabrede dar. Unterstellt man, dass die Vollmacht unwiderruflich ausgestaltet wird und der Schuldner zeitlich beliebig, d.h. unabhängig von der Zahlung bei Fälligkeit, von der Verkaufsvollmacht Gebrauch machen könnte, müsste eine solche Vollmacht nach den bisherigen Ausführungen (unabhängig von einzuhaltenden Formvorschriften) gemessen an § 1149 BGB inhaltlich möglich sein. Denn zusätzlich zum Inhalt und Zeitpunkt der Abrede ist auch die Verknüpfung mit der Nichtleistung bei Fälligkeit Tatbestandsvoraussetzung für die Nichtigkeit. Die Bundesnotarkammer lehnt jedoch in ihrem Rundschreiben Nr. 7/2008 ohne weitere Begründung und ohne inhaltliche Differenzierung die Wirksamkeit einer Verkaufsvollmacht bei Vereinbarung vor Fälligkeit wegen Verstoß gegen § 1149 BGB grundsätzlich ab. Es ist nicht ersichtlich, warum bei der Verkaufsvollmacht andere Wirksamkeitsvoraussetzungen gelten sollen als bei anderen Befriedigungsabreden. Allerdings wird über die Voraussetzungen, die in der Sicherungsabrede für den Gebrauch der Vollmacht vereinbart sind, meistens eine Verknüpfung mit der Nichtleistung bei Fälligkeit hergestellt. Und dann sind auch die Voraussetzungen für eine Unwirksamkeit wieder zu bejahen.

Sonstige Wirksamkeitshindernisse

Rechtsprechung zu diesem Punkt liegt bisher nicht vor und es bleibt also offen, ob Gerichte hier der Literaturmeinung folgen oder zu einem anderen Ergebnis kommen würden. Eine Unwirksamkeit kann sich gleichwohl aus einer AGB-Kontrolle gemäß §§ 305, 307 ff. BGB oder aus § 138 BGB ergeben. Es besteht die Möglichkeit, dass der Kreditnehmer aus einer wirtschaftlichen Zwangslage heraus gehandelt hat, die durch den Gläubiger sittenwidrig "ausgebeutet" wurde.

Ergebnis

Gestaltet man die Vollmacht als Sicherungsmittel für den Fall der Nichtzahlung, stößt man jedenfalls an die Grenzen des § 1149 BGB, ohne auf § 138 BGB zurückgreifen zu müssen. Eine Verkaufsvollmacht kann wohl nach deutschem Recht zumindest vor Fälligkeit der gesicherten Forderung nicht wirksam bestellt werden (vgl. dazu MüKoBGB/Eickmann, § 1149 BGB Rz. 10; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 Rz. 14; Rundschreiben Nr. 7/2008 der Bundesnotarkammer). § 1149 BGB ist zwingend i.S.d. Art. 34 EGBGB und kann durch Rechtswahl auch nicht umgangen werden.

Anders nach (teilweisem) Fälligwerden, wo zumindest nach § 1149 BGB das Ausstellen einer Verkaufsvollmacht grundsätzlich möglich ist. Hier sind aber wiederum andere gesetzliche Grenzen zu beachten, die sich gegebenenfalls aus einer AGB-Kontrolle und aus § 138 BGB ergeben.

© Clifford Chance, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·
Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000 · Mai 2011

Fazit

Bei der Vereinbarung einvernehmlicher Lösungen zur Verwertung von Immobiliensicherheiten sind die Schranken von § 1149 BGB zu beachten. Die teilweise in der Literatur vertretene wirtschaftliche Betrachtungsweise führt dazu, dass solche Abreden nahezu immer problematisch wären: Dieses Verständnis überspannt die Anforderungen und engt den Handlungsspielraum der Beteiligten ohne Grund ein. Vor den Gerichten allerdings haben solche Abreden unter engen Voraussetzungen Bestand.

Ihre Ansprechpartner:

Christian Trenkel
Real Estate
Partner

christian.trenkel@
cliffordchance.com

Alexandra Schlicht
Real Estate
Associate

alexandra.schlicht@
cliffordchance.com

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

Weitere Informationen zur Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft, u.a. auch im Hinblick auf die erforderlichen Angaben gem. §§ 2,3 DL-InfoV, finden Sie unter:

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ 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 · Mai 2011