



Real Estate Newsletter – Herbst 2012

Herzlich Willkommen zur Herbstausgabe unseres Real Estate Newsletters, der Expo-Ausgabe, die wiederum aktuelle rechtliche Fragen rund um die Immobilie und ihre Finanzierung aufgreift.

In seinem Gastbeitrag beleuchtet Herr Gerd A. Hille, Vorsitzender der Geschäftsführung der LBBW Immobilien Management GmbH, das Thema "Green Buildings – Nachhaltigkeit als Erfolgsfaktor in der Immobilienbranche". Er verdeutlicht, dass „Green Buildings“ bereits in naher Zukunft zum Standard in der Immobilienbranche gehören werden. Investoren wie auch Entwickler, die sich diesem Trend verschließen, müssen in Zukunft damit rechnen, dass Gebäude, die keine Nachhaltigkeitskriterien erfüllen, sowohl schwerer

zu vermieten sind als auch im Exit geringere Preise erzielen werden.

Lars Thiessen und Gerold Jaeger beschäftigen sich mit den möglichen rechtlichen Auswirkungen eines Austritts eines Mitgliedstaats aus der Europäischen Währungsunion und der daraus folgenden Währungsumstellung auf die Immobilienwirtschaft. Obgleich zu hoffen ist, dass solche Turbulenzen ausbleiben, ist aus rechtlicher Sicht in mancher Hinsicht zur Vorsicht geraten und die Eignung der Vertragsdokumentation für den Fall der Fälle rechtzeitig zu prüfen.

Mit einem ebenfalls aktuellen Thema, der "Immobilienbewertung im Umbruch – Wertermittlung durch Wirtschaftsprüfer" befassen sich Jutta Aichele von der PVW GmbH

und Christian Keilich. Sie arbeiten heraus, dass der Umstand, dass das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW) die Wirtschaftsprüfer zukünftig in deutlich größerem Umfang als bisher zu eigenen Bewertungen von Immobilien anhält, große Veränderungen mit sich bringen dürfte. Einige Stimmen stellen dazu fest, dass IDW erschließe seinen Mitgliedern mit dieser Initiative ein neues Geschäftsfeld.

Vereinzelte Stimmen aus der juristischen Literatur sind der Anlass für Ulrich Flège, sich mit der Wirksamkeit der Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern in vorformulierten Mietverträgen – einem bislang unbestritten und üblichen Sicherungs-

mittel im gewerblichen Mietrecht – auseinanderzusetzen.

Gerne möchten wir diese Themen mit Ihnen auf der Expo besprechen. Bei Drinks und Cocktails in der Anna-Bar am Dienstag, den 09.10.2012 ab 22 Uhr werden wir diese Themen und andere gerne vertiefen.

Viel Spaß und Interesse bei der Lektüre.

Christian Trenkel Gerold Jaeger

Green Buildings – Nachhaltigkeit als Erfolgsfaktor in der Immobilienbranche

Immobilien sind – so eine Studie der Europäischen Kommission – für rund 40 Prozent des aktuellen Energiebedarfs verantwortlich und verursachen 35 Prozent aller Emissionen. Alarmierende Zahlen, die das immense ökologische Potenzial respektive Einsparpotenzial im Immobiliensektor aufzeigen und die Notwendigkeit unterstreichen, bei künftigen Immobilienprojekten vermehrt nachhaltige Kriterien zugrunde zu legen.

Dabei stammt der Begriff der Nachhaltigkeit ursprünglich aus der Forstwirtschaft. Der sächsische Adlige Carl von Carlowitz hatte bereits 1713 erkannt, dass ein Wald nur dauerhaft gesund bleiben kann, wenn nicht mehr Holz eingeschlagen wird als nachwächst. Heute hat diese Betrachtungsweise alle Lebensbereiche erobert und beschreibt eine Entwicklung, die den Bedürfnissen der heutigen Generationen gerecht wird, ohne die Möglichkeiten künftiger Generationen einzuschränken oder zu gefährden.

In der Immobilienwirtschaft bedeutet nachhaltiges Bauen, Gebäude so zu errichten, umzubauen oder zu betrei-

ben, dass sie ökonomisch, ökologisch, soziokulturell und städtebaulich gleichermaßen zukunftsfähig sind. Ziel ist es, das Gebäude über den gesamten Lebenszyklus zu optimieren, um sowohl den Energie- und Ressourcenverbrauch wie auch Umweltbelastungen zu reduzieren, die Gesamtwirtschaftlichkeit zu verbessern sowie soziokulturelle Aspekte zu integrieren.

Mittlerweile ist das Thema Nachhaltigkeit in vielen Unternehmen als wichtiger Wettbewerbsfaktor identifiziert. Um hier mess- und vor allem vergleichbare Indices bei der Beurteilung der Gebäudequalität zu erhalten, steht den Unternehmen eine Vielzahl von Zertifikaten zur Verfügung. Neben den internationalen Zertifizierungssystemen LEED und BREEAM haben sich in Deutschland in den letzten Jahren DGNB-Zertifikate etabliert, die von der 2007 gegründeten Deutschen Gesellschaft für Nachhaltiges Bauen verliehen werden.

Neben der Funktion als Nachweis, kommt Zertifikaten auch eine erhebliche Bedeutung als Treiber für die Werthaltigkeit von Gebäuden zu, zeigen sie doch neue Möglichkeiten der Bewertung beziehungsweise des Benchmarking auf. Es ist also davon auszugehen, dass sich der Anteil zertifizierter Gebäude in den nächsten Jahren erheblich erhöhen wird, was letztlich zu einer eigenen Asset Klasse „Green Buildings“ führen wird.

Dafür spricht auch, dass Immobilienentwickler schon heute eine kontinuierlich steigende Nachfrage nach nachhaltigen Gebäuden, neudeutsch „Green Buildings“, erleben, ein Großteil der Investoren und Mieter ihre Miet- und Kaufentscheidungen - auch aus Imagegründen - also zunehmend an anspruchsvolleren Nachhaltigkeitskriterien ausrichten. Ein hoher Energieverbrauch oder CO₂-Ausstoß

EXPO Real 2012

Clifford Chance EXPO Cocktails

Datum: Dienstag, 9. Oktober 2012, ab 22:00 Uhr

**Ort: anna bar
Schützenstraße 1, 80335 München**

Wenn Sie teilnehmen möchten, senden Sie bitte eine E-Mail an expococktails@cliffordchance.com. Bei Fragen steht Ihnen das Clifford Chance Events Team unter der Telefonnummer +49 69 7199 2163 gerne zur Verfügung.



werden dann schnell zu Ausschlusskriterien – nicht zertifizierte Gebäude sind aus unserer Sicht bereits heute nur noch mit mehr oder minder hohen Abschlägen veräußerbar – und dieser Trend wird sich in der Zukunft verstärken.

Bei Kreditinstituten, Versicherungen und Ratingagenturen wirkt sich schon aktuell eine Zertifizierung auf Konditionen und Tarife aus. Fonds stoßen Objekte, die nicht mehr energetisch

sanierbar sind, ab und nehmen nur noch Objekte auf, die gewisse Nachhaltigkeitskriterien erfüllen. Denn eine nachhaltige Bauweise beziehungsweise ein zertifiziertes Gebäude sichern – nicht zuletzt aufgrund niedrigerer Betriebs- und Instandhaltungskosten sowie einer längeren Lebensdauer – eine langfristige Vermietbarkeit, führen zu einer höheren Mieterbindung und besitzen ein besseres Nachvermietungspotenzial. Faktoren, die wiederum zu höheren Verkaufserlösen führen, da Mieter hier – aufgrund niedrigerer Betriebskosten – eher in der Lage sind, höhere Kaltmieten zu bezahlen.

All dies zeigt, dass Investitionen in nachhaltige Gebäude nicht nur ökologisch sinnvoll, sondern auch ökonomisch angesagt sind, bieten sie langfristig doch einen klaren Wettbewerbsvorteil. Langfristig, also nachhaltig agierende Unternehmen verhalten sich durch Investitionen in nachhaltige Gebäude also nicht nur ökologisch, sondern auch ökonomisch und damit soziokulturell verantwortungsvoll.

Die LBBW Immobilien Management GmbH bekennt sich zum Nachhaltigen Bauen. Es ist ihr erklärtes Ziel, grundsätzlich alle investiven Bauprojekte (Gewerbe- sowie Wohnbauten) nach den Richtlinien der Deutschen Gesellschaft für Nachhaltiges Bauen „DGNB“ oder dem internationalen Bewertungssystem „LEED“ zertifizieren zu lassen.

Als aktuelles Beispiel sei hier das Wohnbauprojekt Urban Green in der Bahnstadt Heidelberg genannt, für das eine Zertifizierung nach DGNB vorgesehen ist. Das geplante Gebäude-

wicklung eines ganzen Stadtquartiers, bestehend aus Einzelhandels-, Büro- sowie Wohnflächen, dass sich selbst bei hochkomplexen Baumaßnahmen – in diesem Fall die Kombination aus denkmalgeschützten historischen Gebäuden und Neubauten – Lösungen finden lassen, die eine Zertifizierung möglich machen. So wird im Falle der Hofstatt für die Bereiche Retail und Office eine LEED-Zertifizierung angestrebt.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich „Green Buildings“ bereits in naher Zukunft zum Standard in der Immobilienbranche entwickeln werden. Investoren wie auch Entwickler, die sich heute dieser Entwicklung verschließen, müssen in Zukunft damit rechnen, dass Gebäude, die keine Nachhaltigkeitskriterien erfüllen, sowohl schwerer zu vermieten als auch zu veräußern sind.

Ihr Ansprechpartner:

- Gerd A. Hille, Vorsitzender der Geschäftsführung, LBBW Immobilien Management GmbH

Publikationshinweis

In Kürze erscheint unser Handbuch **"Green-Building"** im RICHARD BOORBERG VERLAG (ISBN 978-3-415-04909-3)

Kurz zum Inhalt:

Green Building-Zertifikat? Nicht nur ganz im Sinne der Energiewende, sondern bei neuen und neuwertigen Immobilien inzwischen *state of the art* und damit ein Muss! Ohne Zertifikat drohen Wertabschläge, zumindest ein höheres (Nach-)Vermietungsrisiko. Dieses Handbuch schafft Transparenz: Was leistet ein Green Building Zertifikat, was nicht? Wer haftet wem gegenüber bei Fehlerhaftigkeit bzw. Unvollständigkeit? Wie wirken sich Nachhaltigkeitsaspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus? Darüber hinaus bietet das Handbuch praktische Vorschläge, wie Green Building-Anforderungen in den Verträgen „rund um die Immobilie“ (z.B. in „grünen“ Miet- und Bauverträgen) abgehandelt werden und welche Rolle sie in der Immobilien-transaktion spielen sollten. Zahlreiche Praxistipps erfahrener Immobilienanwälte, die steuerliche Themen und Finanzierungsaspekte nicht auslassen, sowie Hinweise und Ausblicke auf anstehende Gesetzesvorhaben machen dieses Handbuch zu einer wertvollen täglichen Arbeitshilfe für Juristen und Immobilienmanager.

deensemble, das aus 118 Eigentums-/Mietwohnungen sowie 6 kleineren Laden-/Gewerbeeinheiten besteht, wird – Stand heute – nach seiner Fertigstellung das einzige Wohnungsprojekt in der Bahnstadt sein, das zertifiziert ist. Wobei die Bahnstadt selbst – so viel sei hier noch anzumerken – nach ihrer Fertigstellung eine der weltweit größten Passivhaussiedlungen sein wird.

Des Weiteren zeigt die LBBW Immobilien Management GmbH mit der „Hofstatt“ in München, also der Ent-

Austritt eines Mitglieds aus der Europäischen-Währungsunion – Mögliche Auswirkungen einer Währungsumstellung auf die Immobilienwirtschaft aus rechtlicher Sicht

In Anbetracht der aktuellen Lage auf den internationalen Finanzmärkten

und insbesondere der derzeit bestehenden Diskussion über den Euro-Raum stellt sich die Frage, welche Auswirkungen ein Austritt eines Mitgliedstaats aus der Euro-Währungsunion auf aktuell bestehende Dauerschuldverhältnisse hätte. Konkret geht es dabei um die möglichen Folgen einer Währungsumstellung (Redenominierung) für das Immobilienrecht und dort insbesondere für Finanzierungs- und Kaufverträge sowie Miet- bzw. Pachtverhältnisse.

I. Szenarien

Im Hinblick auf die Zukunft des Euros sind im Wesentlichen drei Szenarien denkbar, namentlich (i) der Fortbestand des Euro-Währungsraums in der jetzigen Form, (ii) die Abschaffung des Euros oder (iii) der Austritt eines oder mehrerer Mitgliedstaaten (einvernehmlich oder einseitig erklärt) aus der Euro-Währungsunion.

Die Abschaffung des Euros und die Rückkehr aller Euro-Mitgliedstaaten zu ihrer nationalen Währung ist ein eher unwahrscheinliches Szenario, weil jedenfalls die Euro-Mitgliedstaaten, die bereits in den vergangenen vierzig Jahren eine kohärente Währungspolitik betrieben haben (Beschluss über den Aufbau einer Währungsunion auf dem Gipfel von Den Haag im Jahr 1969, Gründung des Europäischen Wechselkursverbands im Jahr 1972), dies vermutlich auch in der Zukunft so handhaben wollen. Weiterhin darf nicht vergessen werden, dass die Zeit vor Schaffung der Währungsunion aufgrund der den gemeinsamen Binnenmarkt behindernden, nicht nur unerheblichen Wechselkursschwankungen eine Situation darstellte, die alles andere als optimal empfunden wurde. Der Fortbestand des Euros in seiner jetzigen Form ist trotz der vielen negativen Meldungen nach wie

vor das wahrscheinlichste Szenario. Aufgrund des Marktdrucks beschloss der Europäische Rat am 9. Dezember 2011, die Währungsunion durch eine Fiskalunion zu ergänzen. Gegenstand dieses Beitrags ist das dritte Szenario, somit der Austritt eines oder mehrerer EU-Mitgliedstaaten aus der Währungsunion bei gleichzeitiger Wiedereinführung nationaler Währungen in den betroffenen EU-Mitgliedstaaten. Im Rahmen dieses Szenarios sind neben der unmittelbaren Einführung der nationalen Währung auch Mischmodelle in der Diskussion, die das Ziel haben, den unmittelbaren Effekt einer Währungsumstellung auf die Wirtschaft abzumildern. Diese Mischmodelle sehen beispielsweise die zeitweilige Einführung einer Doppelwährung bzw. eines dualen Währungssystems vor, sodass der Euro und die neue nationale Währung für einen begrenzten Zeitraum gleichzeitig gelten würden.

II. Möglichkeiten einer Währungsumstellung in einem Euro-Mitgliedstaat

Hinsichtlich der juristischen Ausgestaltung einer Währungsumstellung in einem Euro-Mitgliedstaat bei gleichzeitigem Austritt aus der Euro-Währungsunion gibt es dem Grunde nach zwei Szenarien, namentlich den einvernehmlichen Austritt und den einseitig erklärten Austritt. Derzeit sehen die Europäischen Verträge den Fall des Austritts eines Mitgliedstaats aus der Währungsunion bei gleichzeitiger Fortführung der Mitgliedschaft in der Europäischen Union nicht vor. Zur Aufnahme einer Austrittsklausel in die Europäischen Verträge bestehen im Wesentlichen zwei Wege, namentlich (i) das ordentliche Vertragsänderungsverfahren und (ii) das vereinfachte Vertragsänderungsverfahren, welches bei Änderungen im Wäh-

rungsbereich ebenfalls zur Verfügung steht.

Der Weg des Austritts eines Mitgliedstaats aus der Euro-Währungsunion bestimmt in erheblicher Weise die Rechtsfolgen, die der Austritt nach sich zieht. Dies gilt in besonderer Weise auch für den einseitig erklärten Austritt aus der Euro-Währungsunion, der der Sache nach eine Vertragsverletzung der Europäischen Verträge durch den austretenden Mitgliedstaat darstellen würde. Sollte der Austritt eines Mitgliedstaats aus der Euro-Währungsunion unumgänglich sein, ist davon auszugehen, dass der Wille und das Interesse aller politischen Akteure dahin gehen wird, mögliche Schäden so gering wie möglich zu halten. Dies würde nur in einem geordneten Austritt der Fall sein können.

III. Rahmenbedingungen und gesamtwirtschaftliche Folgen einer Währungsumstellung

Für die Beurteilung der Frage, welche rechtlichen Auswirkungen ein Austritt eines Mitgliedstaats aus der Euro-Währungsunion für die Rechtsverhältnisse in einer Immobilientransaktionsstruktur nach sich ziehen würde, spielen neben der Währungsumstellung an sich und der damit einhergehenden staatlichen Festsetzung des Umtauschkurses auch flankierende Maßnahmen eine Rolle, die ein austretender Mitgliedstaat während der Umstellungsphase ergreifen könnte. In diesem Zusammenhang wäre eine Devisenbewirtschaftung zu nennen, die als Maßnahmen unter anderem Devisenverkehrskontrollen (somit die Kontrolle des Handels mit Fremdwährungen) und Kapitalverkehrskontrollen (somit Eingriffe des austretenden Euro-Mitgliedstaats in die Grundfreiheit des Kapitalverkehrs in der Form der Begrenzung oder Unterbindung des grenzüberschreitenden Kapital-

flusses) beinhalten könnten. Außerhalb des austretenden Mitgliedstaats befindliche Gläubiger wären dann vom Kapitalfluss einschließlich der Kapitalerträge ganz oder jedenfalls teilweise abgeschnitten. Ihnen verbliebe allenfalls die Möglichkeit, das Kapital im austretenden Mitgliedstaat zu dort herrschenden Bedingungen zu reinvestieren. Kapitalverkehrskontrollen sind in der Regel nicht nur kurzfristiger Natur. Im Fall Islands zum Beispiel sind diese seit der dortigen Bankenkrise vom Herbst 2008 in Kraft. Die Einführung von Kapitalverkehrskontrollen wäre im Übrigen nicht unbedingt ein Verstoß gegen geltendes Recht. Weder gegen das Prinzip der Freiheit des Kapitalverkehrs entsprechend Art. 63 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union noch gegen vergleichbare Prinzipien des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens GATT würde zwingend verstoßen werden, da beide Regelwerke Ausnahmenvorschriften vorsehen, damit eine Regierung zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung die erforderlichen Maßnahmen durchführen kann.

Neben Kapitalverkehrskontrollen sind weitere flankierende Maßnahmen möglich, so unter anderem Änderungen des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts. So ist beispielsweise denkbar, dass eine Zwangsvollstreckung nach dem Austritt aus der Euro-Währungsunion nur noch in der neuen lokalen Währung zu einem staatlich vorgegebenen Wechselkurs möglich sein wird. Weiterhin sind die wirtschaftlichen Folgen einer Währungsumstellung zu berücksichtigen, die mittelbare Auswirkungen auf rechtliche Fragen haben können. Dies trifft jedenfalls auf eine zu erwartende Abwertung der neuen, an die Stelle des Euro tretenden Währung zu, was

in grenzüberschreitenden Fällen zu einem Kaufkraftverlust führen würde.

IV. Fallkonstellationen

Entscheidend für die Auswirkungen einer Währungsumstellung auf eine Immobilientransaktionsstruktur und die damit zusammenhängenden Verträge ist zunächst einmal der grenzüberschreitende Sachverhalt. Weitestgehend unproblematisch ist der Fall, in dem alle Vertragsparteien ihren Sitz im die Währung umstellenden Euro-Mitgliedstaat haben, es sei denn, bestimmte Vertragsklauseln verhindern den Übergang auf die neue Währung, was eine wirtschaftliche Asymmetrie innerhalb der Immobilientransaktionsstruktur zur Folge hätte. Die im Hinblick auf eine Währungsumstellung eigentlich problematische Konstellation ist hingegen die, in der die Immobilientransaktionsstruktur grenzüberschreitend aufgesetzt wurde und der Sitz von Vertragsparteien in dem die Währung umstellenden Euro-Mitgliedstaat ist oder sonstige rechtliche Bezüge zu diesem Mitgliedstaat bestehen.

V. Rechtliche Auswirkungen einer Währungsumstellung

Der Austritt eines Mitgliedstaats aus der Euro-Zone und die entsprechende Einführung einer neuen Währung im Recht dieses Staates kann Auswirkungen auf die Funktionsweise von Rechtsnormen und entsprechend auf deren Rechtsfolgen haben. Dies sei beispielhaft an den Themenkreisen Realsicherheiten, Aufrechnung sowie Mietverträge, die zumeist die Basis des Cash Flows einer Immobilieninvestition sind, gezeigt:

1. Realsicherheiten – Grundpfandrechte

Die Dokumentation von Realsicherheiten unterliegt regelmäßig dem Recht des Ortes der Belegenheit der

Immobilie. Daher ist es nicht unwahrscheinlich, dass Realsicherheiten von einer Redenominierung erfasst werden, sofern die belastete Immobilie ihre Belegenheit im austretenden Mitgliedstaat hat. Das gilt auch dann, wenn das Grundverhältnis dem Recht eines anderen als dem des austretenden Mitgliedstaats unterliegt. Wenn die Inanspruchnahme der Realsicherheit durch einen Gläubiger der Höhe nach begrenzt ist, besteht die Möglichkeit, dass dieser Gläubiger bei der Verwertung der Realsicherheit nach der Redenominierung und einer Abwertung der neuen Währung einen geringeren Anteil am wirtschaftlichen Wert der Realsicherheit erhält.

2. Aufrechnung

Bei wechselseitigen Zahlungsansprüchen kann die Umstellung der Währung Auswirkungen auf die Möglichkeit von Vertragsparteien haben, die Aufrechnung zu erklären. Dies wäre dann der Fall, wenn es im anzuwendenden Recht bei der Feststellung der Voraussetzungen einer Aufrechnung bzw. des Vorhandenseins einer sogenannten Aufrechnungslage auf die Voraussetzung der "Gleichartigkeit" von Forderung und Gegenforderung ankommt und die Währungsumstellung dazu führt, dass eine solche Gleichartigkeit nicht mehr gegeben ist.

3. Auswirkungen auf Mietverträge

Sofern sich nach entsprechender Vertragsauslegung (siehe hierzu unter Ziffern VI. und VII. unten) ergibt, dass die Währung der geschuldeten Zahlung in die neu eingeführte Währung umgewandelt werden muss, ist für Mietverträge folgendes zu erwarten:

(a) Miete und Nebenkosten

Da der Gesetzgeber im Fall einer Währungsumstellung voraussichtlich keine Übergangszeit vorsehen würde, könnte der Schuldner Mietzahlungen

in einem solchen Szenario allein in der Neuwährung erfüllen.

Auch Nebenkosten wären grundsätzlich in der Neuwährung zu berechnen. Die Vereinbarung einer Umlage von Nebenkosten oder entsprechender Vorauszahlungen bliebe in der Form bestehen, wie sie in Altverträgen geschlossen wurde. Werden diese Altverträge entweder nach entsprechender Vertragsauslegung oder im gegenseitigen Einvernehmen im Wege einer Vertragsänderung in die Neuwährung geändert, umfasst dies auch die Nebenkostenvereinbarungen.

(b) Mieterhöhungen

Erfolgte eine Mieterhöhung, wird auch dies in der Neuwährung erfolgen. Wird in der Mieterhöhungserklärung etwa auf einen Mietspiegel Bezug genommen, der die Werte in Euro enthält, so wird zu regeln sein, dass diese Werte in die Neuwährung umzurechnen sind und anschließend der Erklärung zugrunde gelegt werden können. Mietspiegel behielten auch nach der Umstellung ihre Gültigkeit, müssen aber – wie seiner Zeit bei der Einführung des Euros – auf die neue Währung umgerechnet werden. Werden Vergleichsmieten herangezogen, so sind diese in die Währungseinheit umzurechnen, in der die Mieterhöhungserklärung zu ergehen hat. Bei Staffelmietverträgen wird die Miete gleichfalls in der Neuwährung zu leisten sein. Ähnliches wäre zu erwarten bei Preisklauseln, d.h. Mietanpassungen aufgrund von inflationsschützenden Wertsicherungsmechanismen. Es könnte hier unter Umständen aber zu Rundungen aufgrund der Umstellung der Indizes kommen.

(c) Mietkaution

Sollte ein Mietvertrag auf die neue Währung umgestellt werden, wird auch das Kautionskonto automatisch umgestellt. Die Konditionen, zu denen

das Konto geführt wird, blieben voraussichtlich gleich. Die Rückzahlung würde in der Währung erfolgen, in der der zugrundeliegende Vertrag denominiert ist. Für die Geltendmachung einer Bankbürgschaft gilt das Gesagte ebenfalls entsprechend.

VI. Prüfungsschritte bei einer Währungsumstellung

Im Fall einer Währungsumstellung in einem Euro-Mitgliedstaat ist die Kernfrage, ob auf Euro lautende Zahlungsverpflichtungen in Verträgen mit Bezug zu diesem Euro-Mitgliedstaat weiterhin in Euro zu leisten sind oder aber in der neu eingeführten Währung. Die Prüfung kann in folgenden Schritten erfolgen:

- Zuerst ist zu ermitteln, welches Gericht für die Entscheidung von Streitigkeiten aus dem jeweiligen Vertrag mit grenzüberschreitendem Bezug zuständig ist, da die Beantwortung der weiteren Fragen durch die Gerichte verschiedener Jurisdiktionen entsprechend den Besonderheiten des (lokalen) Internationalen Privatrechts und des sich daraus ergebenden anwendbaren materiellen Rechts unterschiedlich ausfallen kann. Dabei ist zu bedenken, dass ein Gericht im die Währung umstellenden Land in anderer Weise an die nationalen Währungsgesetze gebunden ist, als ein Gericht in einem Drittland, welches die Frage des anzuwendenden materiellen Rechts allein nach Grundsätzen des Internationalen Privatrechts entscheiden wird.
- Im nächsten Schritt ist die Frage zu prüfen, welches materielle Recht bzw. Vertragsstatut (*lex causae*) Anwendung findet. Mit der Bestimmung des Vertragsstatuts ergeben sich auch die Grund-

sätze, die für die Auslegung des Vertrags gelten.

- Nachdem das Vertragsstatut ermittelt wurde, können anhand der anzuwendenden Auslegungsgrundsätze diejenigen Begriffsdefinitionen und Vertragsklauseln ausgelegt werden, die die Währung bezeichnen und bestimmen, in der eine geschuldete Zahlung zu leisten ist. An dieser Stelle im Prüfungsaufbau entscheidet sich, ob die Währung der geschuldeten Zahlung Euro bleibt, oder aber in die neu eingeführte Währung umgewandelt werden muss.

Aus der Bestimmung der Währung folgt, welches Recht zur Regelung aller mit der Währung zusammenhängenden Fragen (*lex monetae* bzw. Währungsstatut) von den Parteien gewählt wurde. Das Währungsstatut kann sich dabei vom Vertragsstatut unterscheiden.

- Sollte die geschuldete Zahlung nicht in Euro sondern in der neu eingeführten Währung zu leisten sein, ist weiterhin zu prüfen, ob den Vertragsparteien hieraus Gestaltungsrechte erwachsen, wie beispielsweise Rücktrittsrechte, Anspruch auf Vertragsanpassung oder Sonderkündigungsrechte. Diese Fragen richten sich wieder nach dem Vertragsstatut.

VII. Eignung einer bestehenden Vertragsdokumentation - Vertragliche Gestaltung

Die Eignung einer bestehenden Vertragsdokumentation sowie die vertragliche Gestaltung neuer Verträge soll für den Fall der Währungsumstellung in einem Euro-Mitgliedstaat im weiteren in Einzelaspekten untersucht werden. Vorab ist es wichtig, sich vor Augen zu führen, dass eine Beurteilung der Vertragsdokumentation an-

hand des aktuellen Rechts eines potenziell aus dem Euro austretenden Mitgliedstaats wahrscheinlich nicht abschließend ist, weil die bereits angesprochenen flankierenden Maßnahmen, insbesondere Änderungen im Zivilrecht und im Zivilprozessrecht, antizipiert und entsprechend hinzuge-dacht werden müssen. Grundsätzlich wird der Gesetzgeber eines aus wirtschaftlichen Gründen aus dem Euro austretenden Mitgliedstaats zumindest in der Versuchung sein, die möglicherweise schwerwiegenden Folgen eines solchen Schritts für die lokale Wirtschaft (und mittelbar für den zentralen Aspekt des Steueraufkommens) durch Gesetzesänderungen abzumildern.

1. Gerichtsstandvereinbarung

Die vertraglich vereinbarte Wahl des zuständigen staatlichen Gerichts bestimmt entsprechend des allgemeinen Grundsatzes der *lex fori* mittelbar auch die Wahl des anwendbaren Zivilprozessrechts. Das lokale Gericht ist dabei an das jeweils geltende Recht gebunden, welches sich bei der Währungsumstellung ändern kann. Vor diesem Hintergrund kommt der Wahl des zuständigen Gerichts eine entsprechend große Bedeutung zu.

Als Alternative zur Wahl eines Gerichts aus einem Euro-Mitgliedstaat mit potentiell hohem Austrittsrisiko können die Vertragsparteien durch eine Schiedsklausel die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbaren.

Nicht beeinflusst werden kann die Wahl des Vollstreckungsgerichts und des anwendbaren Zwangsvollstreckungsrechts, da diese beiden Aspekte durch den Ort bestimmt werden, an dem der Schuldner seinen Sitz hat. Gleiches gilt für Klagen aus dinglichen Rechten in Bezug auf die Immobilie und aus Miet- und Pachtverhältnissen. In diesen Fällen be-

steht entsprechend der Brüssel I Verordnung / EuGVVO (Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen) grundsätzlich eine ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte des EU-Mitgliedstaats, in dem die Immobilie belegen ist.

2. Anwendbares materielles Recht

In den Ländern, in denen die Rom I Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht) gilt (dazu gehören alle Länder der Euro-Zone), besteht auch bei Immobilienverträgen der Grundsatz der freien Rechtswahl. Insofern ergeben sich im Hinblick auf Immobilien, anders als beim Sachenrecht, hinsichtlich der schuldrechtlichen Bestimmungen keine Besonderheiten. Bei der Wahl des Vertragsstatuts und des Währungsstatuts haben die Vertragsparteien somit die Möglichkeit, Eingriffen des Gesetzgebers des aus dem Euro austretenden Mitgliedstaats auszuweichen, indem als anwendbares Recht bewusst das Recht entweder eines Staates gewählt wird, dessen Austritt aus dem Euro quasi ausgeschlossen ist, oder das Recht eines Drittstaats gewählt wird, der nicht an der Währungsunion teilnimmt.

3. Änderung der vertraglichen Zahlungsbestimmungen

Die zentrale Frage im Zusammenhang mit einem Euro-Austritt ist, ob sich die Währungsumstellung bei bestehenden Verträgen auf die auf Euro lautende Vertragswährung auswirkt.

Anknüpfend an die vorstehend unter Ziffer VI. oben abstrakt dargestellten

Prüfungsschritte bei einer Währungsumstellung kommt man, nachdem man das zuständige Gericht und das Vertragsstatut einschließlich der geltenden Auslegungsgrundsätze bestimmt hat, zur Auslegung der Begriffsdefinitionen und Vertragsklauseln, die die Währung bezeichnen und bestimmen. Die Bezeichnung der Währung der geschuldeten Zahlung lautet entsprechend der Thematik dieses Artikels auf Euro. Mit der Bezeichnung der Währung auf Euro ist die Währung, in der die geschuldete Zahlung insbesondere in den grenzüberschreitenden Fällen nach erfolgter Währungsumstellung zu leisten ist, jedoch noch nicht bestimmt. Die Bestimmung muss vielmehr, soweit sie nicht bereits in zulässiger Weise per Gesetz vorgenommen wurde, durch Auslegung erfolgen. Die Auslegung kann dabei zwei verschiedene Ergebnisse haben:

- Wenn die Vertragswährung "Euro" beispielsweise als die Währung der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion entsprechend Art. 127 bis 144 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEU-Vertrag) definiert wird, käme die Auslegung zum Ergebnis, dass der Euro nicht als die geltende Währung des austretenden Euro-Mitgliedstaats, sondern als die "Gemeinschaftswährung" zu sehen ist. In einem solchen Fall wäre die Währungsumstellung in einem Mitgliedstaat mit Bezug zur geschuldeten Zahlung unbeachtlich. Die Zahlung müsste auch nach der Umstellung in Euro erfolgen.
- Andererseits ist denkbar, dass das Auslegungsergebnis besagt, dass die Zahlung in der Währung geschuldet ist, die in einem bestimmten Land (hier des austretenden Euro-Mitgliedstaats) am

Tag der Fälligkeit gesetzliches Zahlungsmittel ist. Nach erfolgter Währungsumstellung wäre folglich die Vertragswährung von Euro auf die neue nationale Währung des austretenden Euro-Mitgliedstaats umzustellen, somit eine sogenannte Redenominierung vorzunehmen. Die Zahlung müsste dementsprechend in der neuen Währung erfolgen. Aus der Bestimmung der neuen nationalen Währung des austretenden Euro-Mitgliedstaats als Währung der geschuldeten Zahlung folgt, dass zur Regelung aller mit der Währung zusammenhängenden Fragen das Währungsstatut bzw. die *lex monetae* des austretenden Euro-Mitgliedstaats das maßgebliche Recht ist.

Die Verträge, in denen, was nicht selten der Fall sein wird, keine eindeutige Definition der Vertragswährung erfolgt, sind schwieriger zu beurteilen. In solchen Fällen muss im Rahmen der Auslegung der tatsächliche Wille der Vertragsparteien anhand von sonstigen Umständen und Anhaltspunkten ergründet oder ein hypothetischer Parteiwille ermittelt werden. Wenn im Rahmen der Auslegung selbst ein hypothetischer Parteiwille nicht ermittelt werden kann, greifen entsprechend dem geltenden Vertragsstatut gegebenenfalls gesetzliche Vermutungsregeln.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass bei der Gestaltung neuer Verträge sinnvollerweise eine eindeutige Definition der gewünschten Währung vorgenommen werden sollte.

4. Zahlungsort

Für die Frage, ob eine Schuld einer Redenominierung unterliegt, kann im Rahmen der Auslegung der die Vertragswährung bestimmenden Definiti-

onen und Klauseln auch der vereinbarte oder der gesetzliche Zahlungsort eine Rolle spielen. Wenn die jeweilige Rechtsordnung und die Umstände des Sachverhalts dies zulassen, empfiehlt sich aus der Sicht eines Gläubigers eine einer Redenominierung entgegenwirkende Regelung des Zahlungsorts.

5. Personalsicherheiten

Was die Personalsicherheiten betrifft, wäre es aus Gläubigerperspektive grundsätzlich vorzugswürdig, dass der Garantiegeber seinen Sitz in einem anderen Land als der Hauptschuldner hat. Wenn die Vertragsdokumentation gleichzeitig eine unmittelbare Inanspruchnahme des Garantiegebers vorsieht, hätte dies den Vorteil, dass sich die Gläubiger bei entsprechender vertraglicher Gestaltung im Fall einer Währungsumstellung im Land des Sitzes des Hauptschuldners gleich an den Garantiegeber wenden und Zahlung in Euro verlangen können. Auf diese Weise könnten viele Schwierigkeiten vermieden werden, denen Gläubiger ansonsten im Rahmen eines Ausscheidens eines Mitgliedstaats aus der Euro-Zone ausgesetzt sein könnten.

6. Werterhaltung

Bei den auf Geldzahlung gerichteten Leistungspflichten muss für Gläubiger das Ziel der vertraglichen Gestaltung auf die Werterhaltung der Forderungen gerichtet sein. Das gilt sowohl im Hinblick auf eine Währungsumstellung als auch im Hinblick auf das Thema Inflation, was durch Werterhaltungs- und Inflationsabsicherungsklauseln erreicht werden kann.

7. Rücktrittsrechte oder Sonderkündigungsrechte

Eine Währungsumstellung sollte – falls denn noch möglich – in die Material Adverse Change-Klausel ("MAC-

Klausel") aufgenommen werden. MAC-Klauseln enthalten typischerweise Listen von relevanten Ereignissen, die aus Sicht der Vertragsparteien eine Änderung der Geschäftsgrundlage darstellen. Als Rechtsfolge gewährt eine MAC-Klausel regelmäßig ein Gestaltungsrecht in der Form eines Sonderkündigungsrechts oder eines Rücktrittsrechts.

VIII. Fazit

Die Parteien müssen sich darüber im Klaren sein, dass sie die gewünschte geschuldete Währung vereinbart haben. Bei zukünftig zu schließenden Verträgen empfiehlt sich, den Fall einer Währungsumstellung, der bisher oftmals unberücksichtigt blieb, zu regeln.

Ihre Ansprechpartner:

- Dr. Gerold Jaeger, Counsel, Real Estate, Clifford Chance
- Lars Thiessen, Maître en droit, Senior Associate, Banking & Capital Markets, Clifford Chance

Immobilienbewertung im Umbruch - Wertermittlung durch Wirtschaftsprüfer

Gewerbliche Immobilieneigentümer müssen ihre Immobilien immer wieder bewerten oder bewerten lassen, beispielsweise bei An- oder Verkauf, der Finanzierung, für steuer- oder versicherungsrechtliche Zwecke. Bisher ist das Geschäft der Wertermittlung die Domäne entsprechend ausgebildeter, teilweise öffentlich bestellter Sachverständiger und großer Immobilienberatungsgesellschaften. Diese ermitteln Werte entweder nach ertragsorientierten Verfahren, vergleichenden Verfahren oder nach dem Sachwert und stützen sich dabei neben den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen ergänzend auf besondere Stan-

dards ihrer Berufs- und Interessenverbände (z.B. RICS).

Die Lufthoheit der etablierten Bewerter ist allerdings in Gefahr. Weitgehend unbemerkt von der Immobilienwelt diskutiert das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW) bereits seit 2008 die Aufstellung eines eigenen Standards zur Immobilienbewertung. Hintergrund der Initiative ist, dass Wirtschaftsprüfer schon immer, insbesondere im Zusammenhang mit der Rechnungslegung nach HGB oder IFRS Immobilien zu bewerten oder die vorgelegten Bewertungen Dritter zu beurteilen hatten. Wenn die Bewertung eines Dritten vorliegt, beschränken sich Wirtschaftsprüfer dabei zumeist auf eine Plausibilitätsprüfung, stellen also in der Regel für die Prüfung etwa von Jahresabschlüssen keine eigene Bewertung auf. Mehr kann von einem Wirtschaftsprüfer in vielen Fällen mangels eigener Orts- und Sachkunde auch gar nicht erwartet werden. Anders liegen die Dinge, soweit es um die Bewertung von Immobilienunternehmen geht. Insoweit kann sich der Wirtschaftsprüfer auf die "Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen S1" stützen, die bereits seit 1983 (anfangs unter anderem Namen) bestehen und derzeit in der Fassung von 2008 angewendet werden. Kein IDW-Standard, eben auch nicht der IDW S1, befasst sich aber mit der Bewertung der Immobilie selbst. Das genau soll sich jetzt ändern.

Bei der 53. IDW Arbeitstagung im Januar 2012 hatte der Verband den "Diskussionsstand über die Grundsätze der Immobilienbewertung" vorgestellt. Am 13. April 2012 haben der Fachausschuss für Unternehmensbewertung und Betriebswirtschaft (FAUB) sowie der Immobilienwirtschaftliche Fachausschuss (IFA) des

IDW den "*Entwurf eines IDW Standards: Grundsätze zur Bewertung von Immobilien (IDW ES 10)*" verabschiedet. Der IDW ES 10 legt die Grundsätze dar, nach denen Wirtschaftsprüfer Immobilien bewerten oder vorgelegte Immobilienbewertungen beurteilen.

Der Entwurf enthält einigen Sprengstoff für den Markt der Immobilienbewertung. Das gilt weniger inhaltlich, da auch der IDW die anerkannten Bewertungsmethoden (Ertragswert, Vergleichswert, Sachwert) nicht in Abrede stellt und die dazu aufgestellten gesetzlichen und untergesetzlichen Normen in Bezug nimmt. Indes ergeben sich aus den Vorschlägen des IDW in Einzelfällen fragwürdige Ergebnisse, etwa dann, wenn bei der Bewertung einer Ein-Objekt-Gesellschaft nach IDW S1 ein anderer Wert heraus kommt, als bei der Bewertung dieses einzigen Objekts selbst nach dem neuen IDW-Standard. Derartige Unebenheiten wird der IDW wohl noch glätten.

Brisant für den Markt ist vielmehr der Umstand, dass der IDW diesen Standard überhaupt ernsthaft diskutiert und damit die Wirtschaftsprüfer zukünftig in deutlich größerem Umfang als bisher zu eigenen Bewertungen anhält. Böse Zungen behaupten, der IDW erschließe seinen Mitgliedern mit dieser Initiative ein neues Geschäftsfeld. Das mag sein, aber vor allem entsteht für die Wirtschaftsprüfer die Notwendigkeit, geeignete sach- und ortskundige Ressourcen aufzubauen, die in der Lage sind, den Standard zur Durchführung zukünftig vermehrt eigener Bewertungen zu erfüllen.

Die Wirtschaftsprüfer treten damit in ernsthafte Konkurrenz zu den etablierten Bewertern. Jeder Immobilienunternehmer wird sich fragen, ob er überhaupt noch ein Wertgutachten

von einem Anderen anfordern soll, wenn der Wirtschaftsprüfer im Zusammenhang mit der Rechnungslegung zum Jahresende ohnehin ein eigenes Gutachten fertigen wird – "dann doch lieber gleich zum Wirtschaftsprüfer", wird er sich denken. Banken, die im Zusammenhang mit Immobiliendarlehen Wertgutachten benötigen, werden ebenfalls dazu tendieren, sich der Wirtschaftsprüfer statt der bisher tätigen Bewertungsunternehmen zu bedienen – und zwar schon aus Compliance-Gründen, weil die Haftpflichtversicherungen jedenfalls der großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften im Zweifel höhere Summen abdecken, als die Versicherungen der bisher etablierten Bewerter.

Es bleibt abzuwarten, wie und wann sich der neue IDW-Standard tatsächlich durchsetzen wird. Klar ist aber wohl jetzt schon, dass der Markt der Immobilienbewertung sich dann erheblich verändern wird.

Ihre Ansprechpartner:

- Jutta Aichele WP StB, Geschäftsführerin der PVW GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft
- Dr. Christian Keilich, Partner, Real Estate, Clifford Chance

Die (Un-)Wirksamkeit der Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern in vorformulierten Mietverträgen

Grundsätzlich erkennt der BGH Bürgschaften auf erstes Anfordern als mögliches Sicherungsmittel an. Im Licht der Rechtsprechung des für Baurecht zuständigen VII. Senats des BGH, der Bürgschaften auf erstes Anfordern in AGBs für unwirksam

ansieht, stellt sich jedoch die Frage, ob diese Rechtsprechung auch auf Mietsicherheiten übertragen werden muss. Eine diesbezügliche Entscheidung des für Mietsachen zuständigen Senates liegt noch nicht vor. In vereinzelten obergerichtlichen Entscheidungen wird die Wirksamkeit von Bürgschaften auf erstes Anfordern als Mietsicherheit zwar bejaht. Gleichwohl bleibt das Risiko, dass sich der BGH dieser Ansicht nicht anschließt, mit der Folge, dass Mieter die Stellung einer Bürgschaft verweigern bzw. solche Bürgschaften zurückfordern könnten, mithin zahllose Mietverhältnisse unbesichert wären.

Ein marktübliches Sicherungsmittel in gewerblichen Mietverträgen

Im Gewerberaummietrecht hat sich die Bankbürgschaft als das häufigste Sicherungsmittel im Markt gegenüber Barkautionen durchgesetzt. Mieter bevorzugen die Bürgschaft gegenüber Barkautionen wegen der geringeren Bindung von liquiden Mittel, wohingegen Vermieter wegen des geringeren Verwaltungsaufwands und der einfacheren Übertragbarkeit ebenfalls regelmäßig eine Bankbürgschaft bevorzugen. Insofern ist davon auszugehen, dass hunderte Millionen Euro Mietsforderungen durch Bürgschaften auf erstes Anfordern gesichert sind.

Wesen der Bürgschaft auf erstes Anfordern

Die Bürgschaft auf erstes Anfordern ist gesetzlich nicht geregelt und ist ein Sicherungsinstrument, welches durch die Bedürfnisse nach einer schnell zu realisierenden Sicherheit im Markt erschaffen wurde. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern dient dazu, dem Gläubiger zügig liquide Mittel zu verschaffen, ohne dass eine langwierige Klärung der streitigen materiell-rechtlichen Fragen zum gesicherten

Anspruch voranzugehen hat. Die Verpflichtung zur Auszahlung der Bürgschaft ist deshalb allein an die in der Bürgschaftserklärung genannten Voraussetzungen geknüpft. Der Bürge muss zahlen, sobald die vertraglichen Anforderungsvoraussetzungen erfüllt sind, also auf erstes Anfordern. Der Gläubiger braucht die gesicherte Forderung nicht einmal schlüssig darzulegen. Zum Nachweis eines Anspruchs aus der Bürgschaft *auf erstes Anfordern* reicht es vielmehr aus, wenn er das erklärt, was als Voraussetzung der Zahlung auf erstes Anfordern in der Bürgschaft niedergelegt ist; alle Streitfragen tatsächlicher und rechtlicher Art, welche die Begründetheit der Hauptforderung betreffen, bleiben grundsätzlich der Klärung im Rückforderungsprozess des Bürgen oder des Schuldners überlassen. Es gilt also insoweit der Grundsatz *"Erst zahlen, dann prozessieren"*. Die Klausel "auf erstes Anfordern" führt daher praktisch zu einem "Bardepot", auf das der Gläubiger jederzeit zugreifen kann, weil der Bürge auf Verlangen des Begünstigten die geforderte Summe sofort zahlen muss und Einwendungen gegen die materielle Berechtigung der Ansprüche des Begünstigten erst nach Zahlung durch Rückforderungsklage aus § 812 BGB geltend machen kann. Das Recht des Gläubigers, sofortige Zahlung verlangen zu können, ohne seine materielle Berechtigung darlegen und beweisen zu müssen, findet erst im Falle eines evidenten Missbrauchs seine Schranken.

Rechtsprechung des BGH zur Bürgschaft auf erstes Anfordern

Die Bürgschaft auf erstes Anfordern wurde durch den BGH bereits im Jahr 1979 als Sicherungsmittel anerkannt und bestätigt, sofern ein Kreditinstitut Bürge ist (wovon im Folgenden stets ausgegangen wird). Zur Sicherung

einer Verbindlichkeit aus Individualverträgen, die nicht der AGB Klauselkontrolle unterliegen, ist die (Bank)Bürgschaft auf erstes Anfordern daher seit Jahrzehnten marktüblich.

Insofern setzte sich die Bürgschaft auf erstes Anfordern auch in Bauverträgen durch, sowohl als Gewährleistungsbürgschaft als auch als Vertragserfüllungsbürgschaft. Allerdings sind seit 1997 eine Reihe von BGH-Entscheidungen ergangen, die zunächst die Gewährleistungs- und im Folgenden auch die Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Bauverträgen als unwirksam befanden, weil sie den Auftragnehmer unangemessen benachteiligten (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). Diese unangemessen Benachteiligung resultiert nach Ansicht des BGH daraus, dass sich bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern verglichen mit einer normalen selbstschuldnerischen Bürgschaft das Insolvenzrisiko und das Liquiditätsrisiko einseitig zulasten des Schuldners verschiebe. Denn durch das Wesen der Bürgschaft auf erstes Anfordern sei der Begünstigte stets in der Lage, sich zulasten des Schuldners liquide Mittel zu beschaffen. Da der Schuldner unmittelbar einem Rückforderungsanspruch des Bürgen ausgesetzt werde, finde eine Verschiebung von Liquidität zugunsten des Gläubigers und zulasten des Schuldners statt. Dies könne unabhängig davon geschehen, ob der gesicherte Anspruch tatsächlich besteht. Damit werde dem Schuldner nicht nur Liquidität entzogen, er trage zudem auch das Ausfallrisiko, sollte der Gläubiger Insolvenz anmelden. Aus diesem doppelten Risiko und dem nicht vorhandenen Schutz vor unberechtigter Inanspruchnahme folgert der BGH die unangemessene

Benachteiligung, da dem Schuldner auch kein angemessener Ausgleich für diese Risiken gewährt werde.

Übertragbarkeit auf Mietverträge?

Auf den ersten Blick scheinen die Argumente des BGH auch auf Mietverträge anwendbar. Denn letztendlich führt die Bürgschaft auf erstes Anfordern auch im Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter zur einer (möglichen) Verschiebung von Liquidität und damit zu einer Verlagerung des Insolvenzrisikos. Folglich wird in Teilen der juristischen Literatur auch die Auffassung vertreten, dass die formularvertragliche Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern auch in Mietverträgen aus genannten Gründen unwirksam sei.

Sofern ersichtlich hat sich dieser Auffassung jedoch bislang keine obergerichtliche Entscheidung angeschlossen. Vielmehr gehen die (wenigen) zu dieser Fragestellung bislang veröffentlichten Urteile sowie die vorherrschende Meinung in der Literatur davon aus, dass die Verpflichtung zur Übergabe einer Bürgschaft auf erstes Anfordern in AGB Mietverträgen wirksam vereinbart werden kann. Ein entscheidendes Argument ist, dass gegenüber dem Bauvertrag, dessen gesetzliche Regelungen des BGB keinerlei Sicherheiten vorsehen, das Mietrecht des BGB für den Mietvertrag in § 551 BGB zum einen Sicherheiten erwähne und zum anderen die Barkautions als das typische Sicherungsmittel ansehe. Damit läge bei einer Mietsicherheit im Gegensatz zum Werkvertragsrecht keine Abweichung von der gesetzlichen Regelung vor, was den Beurteilungsrahmen für eine Unangemessenheit ändere. Die Bürgschaft ersetze zudem regelmäßig nur die Auszahlung einer (zweifelsfrei wirksam zu vereinbarenden) Barkautions an den Vermieter, eine

Verschiebung von Liquidität finde daher ohnehin bereits bei Anwendung des Gesetzes statt. Zudem trage der Mieter im Falle einer Barkautions ebenfalls von Anfang an das Risiko einer später eintretenden Zahlungsunfähigkeit des Vermieters, sollte dieser die Bürgschaft (unberechtigt) in Anspruch nehmen. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern sei damit einer Barkautions gleichzustellen. Da diese aber im Gesetz bereits vorgesehen sei, erfolge keine Verlagerung des Risikos gegenüber dem Gesetz und es könne keine unangemessene Benachteiligung vorliegen. Diese Argumentation leuchtet ein und ist allein sachgerecht.

Rechtsfolge der Unwirksamkeit der formularvertraglichen Klausel

Trotz der für eine Wirksamkeit sprechenden Argumente stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen sich ergäben, sollte der BGH die Verpflichtung zur Übergabe einer Bürgschaft auf erstes Anfordern in AGB Mietverträgen für unwirksam erklären. Angelehnt an die ersten Entscheidungen des BGH zur Gewährleistungsbürgschaft müsste wohl davon auszugehen sein, dass die betroffenen Mieter die geleisteten Sicherheiten zurückfordern können und regelmäßig nicht zur Übergabe einer anderen Sicherheit verpflichtet sind, da wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion die Verpflichtung ganz entfällt. Jedoch ist zu beachten, dass der BGH in einem Urteil aus dem Jahr 2002 zur Vertragserfüllungsbürgschaft dem Umstand Rechnung getragen hat, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern ein bis dahin gebräuchliches Sicherungsmittel war, das umfangreichen Einsatz gefunden hatte. Und um nicht nachträglich durch den ersatzlosen Wegfall dieser Sicherung unbillige Ergebnisse zu erzielen, wurde entschieden, dass bis zum Bekanntwer-

den dieser Entscheidung geschlossene Verträge, die eine in AGB unwirksame Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern enthielten, dahingehend auszulegen seien, dass an deren Stelle im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung jeweils eine selbstschuldnerische Bürgschaft tritt. Obwohl diese Ergebnis faktisch eine geltungserhaltende Reduktion darstellt, die eigentlich bei AGB-widrigen Klauseln verboten ist, wird es hingenommen, um Rechtssicherheit für "Altverträge" zu schaffen. Nur für nach Bekanntwerden des Urteils geschlossene Verträge soll diese Auslegungsmöglichkeit nicht mehr gelten. Nimmt man dieses Urteil zum Maßstab würden als Mietsicherheit begebene Bürgschaften auf erstes Anfordern in selbstschuldnerische Bürgschaften in "Altfällen" umgedeutet. Jedoch lässt sich nicht prognostizieren, ob der für Mietsachen zuständige Senat der Auffassung seiner Kollegen vom Baurechtssenat folgt, sollte er künftig zur Ansicht gelangen, als Mietsicherheit gestellte Bürgschaften auf erstes Anfordern seien in AGB unwirksam.

Was also tun?

Soweit der Abschluss eines Mietvertrages ansteht, besteht der sichere Weg darin, individuell zwischen dem Interesse an einer im Verhältnis zu normalen Bankbürgschaften einfach durchzusetzenden Sicherheit und dem Risiko einer eventuellen Unwirksamkeit abzuwägen und die rechtlichen Alternativen genau zu prüfen. So könnte zum Beispiel vertraglich geregelt werden, dass dem Mieter ein echtes Wahlrecht zwischen einer Barkautions und einer Bürgschaft auf erstes Anfordern eingeräumt wird. Bei sorgsamer Formulierung dürfte ein solches Wahlrecht in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Bauverträgen dazu führen, dass eine Klausel nicht

für unangemessen beurteilt wird - denn wenn dem Mieter die Wahl bleibt, ein gesetzlich ausdrücklich vorgesehenes Mittel zu wählen, kann dieses Mittel nicht als unangemessen einzustufen sein.

Wer risikofreudiger ist, lässt sich davon leiten, dass bereits einige

Obergerichte die Verpflichtung zur Stellung der Bürgschaft auf erstes Anfordern in Kenntnis der Rechtsprechung des BGH zu Bürgschaften in Bauverträgen für wirksam gehalten haben. Erfreulich wäre, wenn in naher Zukunft der BGH Gelegenheit hätte, die Frage explizit zu klären, damit für alle Beteiligten Rechtssicherheit

einkehrt.

Ihr Ansprechpartner:

- Dr. Ulrich Flege, Counsel, Real Estate, Clifford Chance

Autoren



Gerd A. Hille
Vorsitzender der Geschäftsführung
LBBW Immobilien
Management GmbH
<http://www.lbbw-immobilien.de/>



Dr. Gerold Jaeger
Counsel, Real Estate
Clifford Chance
E: gerold.jaeger@cliffordchance.com



Lars Thiessen, Maître en droit
Senior Associate, Banking & Capital
Markets
Clifford Chance
E: lars.thiessen@cliffordchance.com



Jutta Aichele, WP StB
Geschäftsführerin
PVW GmbH
E: jutta.aichele@pvw.de



Dr. Christian Keilich
Partner, Real Estate
Clifford Chance
E: christian.keilich@cliffordchance.com



Dr. Ulrich Flege
Counsel, Real Estate
Clifford Chance
E: ulrich.flege@cliffordchance.com

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 die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

Clifford Chance, Mainzer Landstraße 46, 60325 Frankfurt am Main
© Clifford Chance 2012
Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·
Sitz: Frankfurt am Main - AG Frankfurt am Main PR 1000
Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: <http://www.cliffordchance.com/german-regulatory>

www.cliffordchance.com

*Clifford Chance hat eine Kooperationsvereinbarung mit Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riad.