

Briefing

+ Banking + Finance + Real Estate + Banking + Finance + Real Es

Oktober 2008

Seite

- 1 Editorial
- 1 Cash-Pooling nach dem MoMiG
- 4 Neue Belastungen für Vermieter durch die neue EnEV 2009?
- 6 Unwirksamkeit von Unterwerfungserklärungen unter die sofortige Zwangsvollstreckung in AGB
- 7 Umsatzsteuer bei Immobilientransaktionen

Editorial

Während die Krise an den internationalen Finanzmärkten eine neue Dimension erreicht hat, schwenkt der Focus der Immobilieninvestoren um vom Immobilienerwerb zum Immobilienmanagement. Auch in Deutschland hat die Kreditkrise Opfer gefunden, und es bleibt abzuwarten in welchem Maße Druck auf der Refinanzierungsseite zu Notverkäufen und einem Preisrückgang auf dem deutschen Immobilienmarkt führt. Am 6. Oktober 2008 wird die Expo Real der Immobilienwelt wieder ihre Türen öffnen, mit einem neuen Rekord von nunmehr 1.750 Ausstellern aus 46 Ländern. Wir würden uns sehr freuen, wenn Sie die Gelegenheit ergreifen und uns auf unserer Drinks-Reception am Dienstag Nachmittag, 7. Oktober, besuchen. Die Einzelheiten entnehmen Sie bitte der diesem Briefing beigefügten Einladung. Aus zahlreichen Ländern kommend, werden Vertreter aus der Banken- und Immobilienwirtschaft ebenso wie eine Reihe von Kollegen aus unseren internationalen Eversheds-Büros an der Drinks-Reception teilnehmen. Die Veranstaltung wird eine gute Gelegenheit zur Herstellung neuer Kontakte und für den Austausch von Gedanken über die neuen Entwicklungen in der Banken- und Immobilienwirtschaft sein.



*Thomas Ziegler
Practice Group
Koordinator*

Wir freuen uns sehr auf Ihr Kommen und verbleiben mit den besten Wünschen

Ihr

Thomas Ziegler

Cash-Pooling nach dem MoMiG

Bank- und Finanzierungsrecht

Nicht zuletzt seit dem sog. Novemberurteil (II ZR 171/01) des BGH vom 24.11.2003 bestand in der Rechtspraxis große Unsicherheit hinsichtlich der (Grenzen der) kapitalerhaltungsrechtlichen Zulässigkeit der bei der Teilnahme einer GmbH an Cash-Pooling Systemen ausgereichten aufsteigenden Darlehen (upstream-loans). Mit Blick auf dieses Urteil erfolgt nun durch das MoMiG eine Erweiterung der zentralen Vorschrift des Kapitalerhaltungsrechts der GmbH (§ 30 Absatz 1 GmbHG), die das ausdrückliche Ziel hat, upstream-loans im Allgemeinen und Cash-Pooling im Besonderen als „im Grundsatz ökonomisch sinnvolle und regelmäßig im Interesse der Konzerntöchter liegende Praxis“ rechtlich abzusichern. In der Literatur wird nun jedoch bereits befürchtet, dass der Blick des Gesetzgebers dabei – wohl aufgrund seines Auslösers –





Dr. Sandra Hofmann,
München

nur in eine Richtung, nämlich auf die mit dem Cash-Pooling verbundenen aufsteigenden Darlehen gerichtet war, der Gegenverkehr (absteigende Darlehen) jedoch übersehen wurde und das Cash-Pooling in einen gesetzgeberischen Unfall mit geringen Überlebenschancen geraten ist.

Im Folgenden sollen die (positiven und negativen) Auswirkungen des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) auf das Cash-Pooling kurz dargestellt werden.

Praxis und rechtliche Grundlagen des Cash-Poolings

Das Cash-Pooling dient der internen Konzernfinanzierung (Cash Management). Es soll die Liquidität im Konzern erhöhen und dabei gleichzeitig die Kreditkosten verringern.

Dies wird erreicht, indem den Konzernunternehmen bei Bedarf konzernintern freie Liquidität zur Verfügung gestellt wird, so dass bestehender Liquiditätsbedarf nicht außerhalb des Konzerns durch Kreditaufnahme bei Dritten gedeckt werden muss.

Beim Cash-Pooling wird deshalb durch die Konzernmutter oder eine hierfür gegründete Betreibergesellschaft bei einer Bank ein Zielkonto (*Cash-Pool-Konto*) eingerichtet, zu dem für die (am Cash-Pooling beteiligten) Tochtergesellschaften Unterkonten (*Zahlungsverkehrskonten*) geführt werden.

Beim sog. realen Cash-Pooling findet meist tagesaktuell ein Ausgleich zwischen dem Ziel- und den Zahlungsverkehrskonten in der Art statt, dass positive wie negative Salden der Zahlungsverkehrskonten zugunsten bzw. zulasten des Zielkontos glattgestellt werden (sog. Zero Balancing). Guthaben werden also von den Zahlungsverkehrskonten abgezogen und dem Zielkonto gutgeschrieben, negative Salden durch Überweisung vom Zielkonto ausgeglichen. Juristisch betrachtet handelt es sich bei den entsprechenden Zahlungsströmen nach ganz h.M. um Darlehen der Tochter an die das Konto führende Mutter und umgekehrt. Die entstehenden Darlehensansprüche werden ebenfalls laufend miteinander verrechnet (sog. *Netting* oder *Clearing*).

Das MoMiG und aufsteigende Darlehen

Mit Blick auf das Cash-Pooling problematisch war bisher der im Falle eines positiven Saldos auf dem Zahlungsverkehrskonto der Tochter stattfindende Liquiditätstransfer von diesem auf das Zielkonto der Mutter. Der Abzug des Guthabens stellte als Darlehen der Tochter an die Mutter nach dieser Rechtsprechung eine verbotene Auszahlung von Stammkapital dar, wenn dadurch eine sog. Unterbilanz herbeigeführt wurde, wenn also das Vermögen der Tochter dadurch unter das Stammkapital sank, wobei der an die Stelle der abgeführten liquiden Mittel tretende (Darlehens-)Rückzahlungsanspruch der Tochter gegen die Mutter bei der Feststellung der Unterbilanz nicht zu berücksichtigen war.

Rechtsfolge einer solchen verbotenen Auszahlung war u.a. die Pflicht der Mutter zur Rückzahlung der empfangenen Mittel, schlimmstenfalls also die Rückzahlungsverpflichtung hinsichtlich der Summe aller erfolgten Abbuchungen vom Zahlungsverkehrskonto der Tochter, selbst wenn von der Mutter bereits Mittel in gleicher (oder darüber hinausgehender) Höhe zum Ausgleich negativer Salden auf dem Zahlungsverkehrskonto an die Tochter geflossen waren.

Das MoMiG, das sich zum Ziel gesetzt hat, das Cash-Pooling rechtlich abzusichern, stellt demgegenüber nun fest, dass Leistungen der Tochter an die Mutter u.a. dann keine verbotene Auszahlung sind, wenn die Leistung durch einen *vollwertigen* Gegenleistungs- bzw. Rückerstattungsanspruch *gedeckt* ist und erreicht damit die Absicherung des Cash-Poolings zumindest im Hinblick auf die im Rahmen des Cash-Poolings ausgereichten upstream-loans.

Das MoMiG und absteigende Darlehen

Weiterhin sind die Auswirkungen der Neuregelungen des MoMiGs mit Blick auf die gleichfalls stattfindenden absteigenden Zahlungsströme zu betrachten. Die im Falle der täglichen Gattstellung des Zahlungsverkehrskonto der Tochter entstehenden Forderungen auf Darlehensrückzahlung (die bei positivem Saldo zugunsten der Tochter, bei negativem Saldo zugunsten der Mutter entstehen) werden regelmäßig miteinander verrechnet.

Gerät die Tochter in eine Krise, so stellt sich die Frage, ob diese Verrechnungen nach den ebenfalls durch das MoMiG geänderten Vorschriften der Insolvenzordnung wirksam sind.

Nach § 96 Absatz 1 Nr. 3 verliert eine erfolgte Verrechnung bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Tochter ihre Wirkung, wenn die Mutter die Möglichkeit der Verrechnung durch eine anfechtbare Handlung erlangt hat.

Die Möglichkeit der Verrechnung ihrer eigenen Darlehensrückzahlungsansprüche mit den Darlehensrückzahlungsansprüchen der Tochter hat die Mutter durch Abzug des Guthabens vom Zahlungsverkehrskonto der Tochter erlangt (denn dadurch ist der Darlehensrückzahlungsanspruch der Tochter entstanden, mit dem schließlich die Verrechnung erfolgt).

Entscheidend ist deshalb, ob dieser Abzug anfechtbar ist. Nach dem durch das MoMiG geänderten § 135 Absatz 1 InsO ist eine Handlung, die in den letzten zehn bzw. im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattgefunden hat, anfechtbar, wenn sie für die Darlehensrückzahlungsansprüche der Mutter Sicherung oder Befriedigung gewährt hat. In der Literatur wird nun vertreten, dass der Abzug des Guthabens vom Zahlungsverkehrskonto keine Befriedigung des Darlehensrückzahlungsanspruchs der Mutter, sondern lediglich eine Sicherung desselben gewährt hat, weil dieser Anspruch der Mutter durch den Abzug nicht erfüllt wird, sondern fortbesteht und erst bei späterer Verrechnung der beiderseitigen Ansprüche erlischt. Die Schaffung der Möglichkeit einer Aufrechnung bewirke dabei jedoch die Sicherung des Anspruchs der Mutter, da eine Erfüllung durch schlichte Verrechnung jederzeit herbeigeführt werden kann. Demzufolge wäre die im Zehnjahreszeitraum erfolgte Abbuchung anfechtbar und die entsprechenden, in diesem Zeitraum im Rahmen des Cash-Poolings erfolgten Verrechnungen per se mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Tochter unwirksam. Der Mutter drohte in der Folge das Verlangen des Insolvenzverwalters, die Summe der abgezogenen und mit Ansprüchen der Mutter verrechneten Guthaben herauszugeben.

Gegen diese Ansicht spricht jedoch die in der Regel ständig stattfindende Verrechnung der bestehenden wechselseitigen Darlehensrückzahlungsansprüche. Denn sieht man in der Schaffung der Möglichkeit einer Verrechnung eine Sicherung des Anspruchs der Mutter, so ist die Ausführung der Verrechnung die Verwertung der gestellten Sicherheit. Durch diese wird aber der Darlehensrückzahlungsanspruch der Mutter befriedigt. Aus Gläubigersicht besteht dann kein Unterschied gegenüber einer Befriedigung der Forderung, die nicht aus der Verwertung einer Sicherheit resultiert, so dass dieser Fall hinsichtlich der Anfechtbarkeit unserer Ansicht nach auch nach den für die Befriedigung der gesicherten Forderung geltenden Grundätzen zu behandeln ist. Die erfolgte Verwertung einer Sicherheit kann demnach nur dann keinen Bestand haben, wenn sie innerhalb eines Jahres vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt ist.

Übertragen auf den Fall des Cash-Poolings bedeutet dies, dass die Verrechnung der wechselseitigen Darlehensrückzahlungsansprüche unserer Ansicht nach (nur) insoweit unwirksam ist, als die Verrechnung in diesem Zeitraum stattgefunden hat.

Abzuwarten bleibt allerdings, wie sich ein Gericht hinsichtlich dieser Fragestellung entscheidet.

Neue Belastungen für Vermieter durch die neue EnEV 2009?



Christoph Müller,
München

Mietrecht / Facility Management

Die Energieeinsparverordnung 2007 (EnEV 2007) ist erst seit einem Jahr (seit dem 1. Oktober 2007) in Kraft (*siehe hierzu auch unseren Beitrag vom Januar 2008*). Die Bundesregierung hat am 8. August 2008 jedoch wieder weitere neue Regelungen zur Energieeinsparung bei Gebäuden beschlossen und an den Bundesrat zur Stellungnahme bzw. Zustimmung weitergeleitet. Die geplanten Änderungen des Energieeinspargesetzes (EnEG), der Energieeinsparverordnung sowie der Heizkostenverordnung (HeizKostVO) sollen bereits zum 1. Januar 2009 in Kraft treten.

In dem Gesetzesentwurf zum EnEG und in der geplanten EnEV 2009 sind zahlreiche zusätzliche Verpflichtungen sowie Verschärfungen der bereits unter der EnEV 2007 bestehenden Pflichten der Gebäudeeigentümer vorgesehen.

A. Geplante Neuerungen

Die geplanten Gesetzes- und Verordnungsänderungen beinhalten unter anderem die folgenden Neuerungen:

- Die Bundesregierung kann zukünftig - mit Zustimmung des Bundesrates - per Verordnung zusätzliche Nachrüstpflichten sowie Außerbetriebnahmepflichten bestimmen, die die Eigentümer unabhängig von geplanten eigenen Maßnahmen oder Vorhaben erfüllen müssen;
- Schrittweise Außerbetriebnahme von Nachtstromspeicherheizungen, die älter als 30 Jahre sind;
- Zusätzliche Nachrüstverpflichtungen (wie z.B. für Dämmung, Heiz- und Klimaanlage);
- Verschärfung der Anforderungen an den Jahresprimärenergiebedarf und die Wärmedämmung energetisch relevanter Gebäudeteile um 30 %;
- Einführung einheitlicher Bußgeldvorschriften.

Darüber hinaus sind derzeit die folgenden Neuerungen vorgesehen:

- Für die Einhaltung der EnEV 2009 sind neben dem jeweiligen Bauherrn nunmehr auch die Personen verantwortlich, die nach den bauordnungsrechtlichen Vorschriften der Länder als Entwurfsverfasser, Unternehmer, Bauleiter oder als deren Vertreter tätig werden, wie z.B. die an der Baumaßnahme beteiligten Handwerker und Architekten;
- Bestätigung der Einhaltung energieeinsparrechtlicher Anforderungen durch private Fachbetriebe, die solche Arbeiten durchgeführt haben, und (gegebenenfalls) Erklärungen des Eigentümers;
- Überwachung der Einhaltung der EnEV durch die Bezirksschornsteinfeger.

B. Konkrete Folgen für Gebäudeeigentümer

1. Änderungen an Bestandsgebäuden

Bei Bestandsimmobilien gelten die verschärften Anforderungen an die Energiebilanz eines Gebäudes gemäß der EnEV 2009 – wie auch bei der bestehenden Regelung der EnEV 2007 – grundsätzlich nicht automatisch, sondern der Eigentümer ist auch weiterhin nur bei Ausführung bestimmter Bau-, Umbau- und Sanierungsarbeiten an bestimmten Bauteilen (wie z.B. an Außenwänden, Fenstern, Außentüren, Decken, Dächern und Dachschrägen sowie an Wänden und Decken, die an unbeheizte Räume, Erdreich und nach unten an Außenluft angrenzen) verpflichtet, die entsprechenden Anforderungen der EnEV 2009 einzuhalten. Die Bundesregierung kann aber nach dem Gesetzesentwurf zum EnEG - mit Zustimmung des Bundesrates – zu-

künftig per Verordnung zusätzliche Nachrüstpflichten sowie Außerbetriebnahmepflichten des Eigentümers bestimmen, die dieser vorhabenunabhängig erfüllen muss, ohne dass es auf ein auslösendes Moment, wie geplante Baumaßnahmen des Eigentümers, ankommt.

2. Neue Heizungen, Klima- und Lüftungsanlagen

Die EnEV 2009 begrenzt die anlagentechnischen Mindestanforderungen nicht mehr nur auf Gas- und Heizkessel, sondern erweitert diese auf alle Wärmeerzeugersysteme (wie z.B. Wärmepumpensysteme). Ausgenommen von dieser Verschärfung sind nur Bestandsgebäude, die den zulässigen Primärenergiebedarfskennwert um mehr als 40 % unterschreiten. Größere Klima- oder raumlufttechnische Anlagen (Klimaanlagen mit einer Nennleistung von mehr als 12 Kilowatt und raumlufttechnische Anlagen mit einem Volumenstrom von mind. 4.000 m³ je Stunde), die neu eingebaut werden, müssen mit einer Einrichtung zur Wärmerückgewinnung versehen werden. Bereits bestehende Anlagen dieser Art müssen mit elektronischen Steuerungseinrichtungen nachgerüstet werden, die den Sollwert für die Be- und Entfeuchtung getrennt regeln können. Für den Fall, dass Klimaanlagen neu eingebaut oder ersetzt werden, wird eine (maßvolle) Dämmpflicht eingeführt.

3. Durchsetzung der EnEV 2009

a) Bußgeld

Die zurzeit bestehenden Regelungen des Bußgeldes sollen harmonisiert werden, wobei die Ausgestaltung und Formulierung der Bußgeldregelung aber erst in dem weiteren Gesetzgebungs- und Ordnungsverfahren erfolgen soll. Nach der derzeit vorgeschlagenen Regelung sind aber zukünftig nur noch vorsätzliche oder grob fahrlässige (bei besonders schwerwiegenden Sorgfaltspflichtverletzungen des Eigentümers) Verstöße gegen die EnEV 2009 bußgeldbewehrt. Dies stellt eine Begrenzung gegenüber der bestehenden Haftungsregelung der EnEV 2007 dar, die ein Bußgeld auch bei Vorliegen von leichter Fahrlässigkeit vorsieht.

b) Überwachung

Künftig sollen die Bezirksschornsteinfegermeister prüfen, ob die Nachrüstverpflichtungen und die Anforderungen beim Einbau einer neuen Anlage eingehalten wurden. Diese Prüfung soll einmalig bei der ersten Feuerstättenschau nach Inkrafttreten der EnEV 2009 durchgeführt werden. Stellt der Bezirksschornsteinfegermeister Verstöße gegen die EnEV 2009 fest, setzt er dem Eigentümer eine Nachfrist zu Beseitigung. Nach deren erfolglosen Ablauf hat er die zuständigen Landesbehörden zu informieren.

C. Möglichkeiten für den Gebäudeeigentümer

Der Eigentümer kann als Vermieter unter gewissen Voraussetzungen den Mieter anteilig an den Modernisierungskosten beteiligen, indem er die Miete erhöht. Da diese Möglichkeit aber der Höhe nach auf 11 % pro Jahr der auf die Mieteinheit entfallenden Modernisierungskosten beschränkt ist, der Vermieter daher in Vorleistung treten muss, bietet sich als Ausweg auch die Übertragung der Energieversorgung auf einen Energiedienstleister („**Energie - Contracting**“) an (siehe hierzu auch unseren Beitrag vom April 2008). Darüber hinaus bestehen verschiedene Förderungsmöglichkeiten der KfW für Modernisierungsmaßnahmen (wie z.B. CO₂-Gebäudesanierungsprogramm, Programm „Wohnraum Modernisieren“, ERP-Energieeffizienzprogramm [Energieeinsparmaßnahmen in kleinen und mittleren Unternehmen]) sowie verschiedene Förderprogramme der einzelnen Länder für die Durchführung energetischer Baumaßnahmen. Unter Umständen können auch verschiedene Fördermöglichkeiten miteinander kombiniert werden. Diese Programme sollen in Zukunft weiter ausgebaut werden. In einem ersten Schritt hat die Bundesregierung im August 2008 für das CO₂-Gebäudesanierungsprogramm wegen der großen Nachfrage zusätzliche Mittel in Höhe von

EUR 500 Millionen bereit gestellt.

D. Konkrete Folgen für den Mieter

Der Mieter eines Bestandsobjektes hat auch zukünftig keinen rechtlichen Anspruch gegenüber dem Vermieter auf Durchführung energetischer Maßnahmen. Maßgeblich für die Bestimmung des vertraglich vereinbarten Zustandes ist allein der bei Errichtung des Gebäudes geltende Stand der Technik. Sofern im Mietvertrag keine konkrete Beschaffenheit des Mietobjektes (etwa „gemäß den Vorgaben der EnEV“) vereinbart wurde, kann der Mieter demnach allenfalls bei Neubauten, die nach Inkrafttreten der EnEV (2007 bzw. 2009) fertig gestellt wurden, die Miete mindern, wenn das Gebäude nicht den energetischen Standards der EnEV (2007 bzw. 2009) genügt. Das ursprünglich im Entwurf der Verordnung zur Änderung der Heizkostenverordnung vorgesehene Kürzungsrecht des Mieters bei überhöhten Heizkosten (infolge der schlechten energetischen Qualität des Gebäudes) ist während der abschließenden Regierungsberatungen zur Änderungsverordnung der HeizKostVO wieder entfallen.

E. Ausblick

Es bleibt abzuwarten, ob der Bundesrat noch Änderungsvorschläge zu der EnEV geplanten 2009 macht. Hiervon wird auch abhängen, ob die EnEV 2009 – wie ursprünglich vorgesehen – zum 1. Januar 2009 in Kraft treten kann. Nach dem in Meseberg von der Bundesregierung beschlossenen Klimaschutzpaket vom Sommer 2007 ist im Jahre 2012 eine weitere Verschärfung der energetischen Anforderungen der Energieeinsparverordnung für Neubauten und für die Modernisierung von Altbauten um 30 % geplant.

Zwangsvollstreckung

Unwirksamkeit von Unterwerfungserklärungen unter die sofortige Zwangsvollstreckung in AGB



Melanie Kersting,
München

Das Landgericht Hamburg hat – in Abweichung von ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) – entschieden, dass eine Erklärung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) unwirksam ist (LG Hamburg vom 09. Juli 2008, Az. 318 T 183/07). Die Entscheidung ist wesentlich von dem Bestreben geprägt, den Gefahren entgegenzuwirken, die daraus resultieren, dass Banken in zunehmenden Maße Darlehen und die damit verbundenen Kreditsicherheiten an Dritte übertragen. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Überlegungen, die der Entscheidung zugrunde liegen, auch in der Rechtsprechung der Obergerichte durchsetzen werden.

In dem vom LG Hamburg entschiedenen Fall hatte der Schuldner zusammen mit einer Grundschuldbestellung eine Erklärung über die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz und wegen der Darlehensforderung in sein gesamtes Vermögen abgegeben. Wie in der Praxis üblich, war auch hier die Grundschuldbestellungsurkunde und die darin enthaltenen Unterwerfungserklärungen als AGB zu qualifizieren, worunter vertragliche Klauseln zu verstehen sind, die für eine Vielzahl (mehr als zwei) von Verträgen vorformuliert wurden und die von einer Partei (dem Verwender) der anderen Partei bei Abschluss der Vertrages gestellt werden. Das Urteil des LG Hamburg hat daher Bedeutung für die allgemeine Bankenpraxis bei der Vergabe von Darlehen.

AGB-Klauseln, die den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen, sind unwirksam. Das LG hat im vorliegenden Fall die Klausel über die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung als eine solche unangemessene Benachteiligung angesehen und deshalb für unwirksam erklärt. Das Gericht wich damit von der ständigen Rechtsprechung des BGH ab, der bislang solche Klauseln nicht beanstandet hat. Der Nachteil des Schuldners, dass sein Gläubiger die Sicherheiten ohne gerichtliche Überprüfung vollstrecken kann, wurde in vielen BGH Entscheidungen (z.B. in BGH IX ZR 11/86), als ge-

rechtfertigt angesehen, da so dem Bedürfnis der Banken nach einer raschen Durchsetzung der Sicherheiten im Falle der Vermögensverschlechterung des Schuldners Rechnung getragen wurde. Nach Ansicht des Gerichts ist diese BGH-Rechtsprechung aber vor dem Hintergrund zu sehen, dass Darlehensübertragungen von Banken an Finanzinvestoren bislang nicht in erheblichem Maße vorgenommen wurden. Das vorgenannte Bedürfnis rechtfertigt nach Ansicht des LG Hamburg nicht mehr die mit der Unterwerfungserklärung verbundene Benachteiligung, wenn Sicherheiten „frei an beliebige Dritte“ abgetreten werden, die nicht an einer langfristigen Geschäftsbeziehung, sondern an einer raschen Durchsetzung der Sicherheiten interessiert seien. Das LG Hamburg befürchtet, dass das Missbrauchspotential im Hinblick auf die Sicherheiten ungleich höher sei, wenn die Sicherheiten von Finanzinvestoren anstelle von Banken gehalten werden, zumal Investoren nicht der Bankenaufsicht unterliegen und es dem Schuldner anstelle des Gläubigers überlassen bleibt, gerichtliche Überprüfung anzustrengen. Zwar sei der Missbrauch von Sicherheiten mit Schadensersatzansprüchen bewehrt, doch seien solche Schadensersatzansprüche gegen Finanzinvestoren schwerer durchsetzbar als gegenüber Banken.

Das Urteil ist aus einer Reihe von Gründen abzulehnen:

Der BGH hat in seinen Entscheidungen bereits dargetan, dass der Schuldner nicht schutzlos gestellt ist. Unterwerfungserklärungen unter die sofortige Zwangsvollstreckung bedürfen der Beurkundung, in deren Rahmen der Schuldner über den Inhalt des zu beurkundenden Dokuments und die damit verbundenen Risiken von dem Notar zu belehren ist. Auch stehen dem Schuldner bei bereits eingeleiteten Vollstreckungsmaßnahmen die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung. Der BGH hat vor allem in seiner Entscheidung vom 18. Dezember 1986 (IX ZR 11/86) ausgeführt, dass das Gesetz die Vollstreckung auf Grundlage von vollstreckbaren notariellen Urkunden ohne vorherige gerichtliche Überprüfung vorsieht und als gleichwertig zu einer Vollstreckung auf Grundlage eines vollstreckbaren Urteils nach gerichtlicher Überprüfung ansieht. Diese Argumente haben ihre Gültigkeit nicht verloren. Auch aus einer neueren Entscheidung des BGH vom 22. Mai 2007 (XI ZR 338/05) kann man schließen, dass der BGH seine diesbezügliche Position wohl nicht überdenken wird, da das Urteil zu einer ähnlichen Thematik zu einer Zeit ergangen ist, zu der dem BGH die zunehmende Bankenpraxis der Darlehensübertragungen bereits bekannt war.

Das Argument des LG Hamburg, dass das Missbrauchspotential erhöht ist, wenn die Sicherheiten an Finanzinvestoren übertragen werden, überzeugt ebenfalls nicht. Banken sind bei Abtretungen von Sicherheiten dazu verpflichtet, sich aus der Sicherungsabrede ergebende Beschränkungen für die Durchsetzung von Sicherheiten, mit zu übertragen, um einem Missbrauch vorzubeugen (BGH vom 04. Juli 1986, V ZR 238/84). Bei einer Zuwiderhandlung gegen diese Pflicht wird die Bank gegenüber dem Schuldner schadensersatzpflichtig. Die Bundesnotarkammer ist sogar der Ansicht, dass der Schadensersatz den Schaden des Schuldners abdeckt, der durch eine ungerechtfertigte Durchsetzung der Sicherheiten durch einen Investor entsteht, an den die Bank die Sicherheiten abgetreten hat (Rundschreiben vom 28. August 2008). In jedem Fall hätte der Schuldner einen Schadensersatzanspruch gegen einen Investor, der missbräuchlich Sicherheiten in Anspruch nimmt. Ferner ist der Schuldner aufgrund der Neuregelungen durch das sogenannte Risikobegrenzungs-gesetz geschützt, nach denen - unter anderem - eine Verwertung von Grundschulden, die in Zukunft beurkundet werden, erst nach Ablauf einer sechsmonatigen Kündigungsfrist möglich ist.

Wir rechnen daher nicht damit, dass sich die dem LG-Urteil zugrundeliegenden Überlegungen in der Rechtsprechung der Obergerichte durchsetzen werden.

Steuerrecht

Wird ein Grundstück veräußert – sei es einzeln oder im Rahmen einer umfassenderen Transaktion – stellt sich für die Vertragsparteien regelmäßig die Frage,

Umsatzsteuer bei Immobilien-transaktionen



*Dr. Charlotte Achilles-Pujol
München*

welche Steuern dadurch entstehen und was insofern bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen ist. Im Vordergrund steht dabei neben der Grunderwerbsteuer vor allem die Umsatzsteuer. Aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) und aus der Verwaltungspraxis ergeben sich gerade in Bezug auf die umsatzsteuerliche Beurteilung fortlaufend Neuerungen, die bei der Vertragsgestaltung berücksichtigt werden sollten.

Hinsichtlich der Umsatzsteuer stellt sich zunächst die Frage, ob die Immobilientransaktion eine sogenannte Geschäftsveräußerung im Ganzen darstellt, z.B. beim Verkauf eines vermieteten Grundstücks. Ist dies der Fall, fällt auf den Verkauf keine Umsatzsteuer an. Was sich hier zunächst vorteilhaft anhört, birgt jedoch auch Risiken, insbesondere für den Käufer. Wenn der Verkäufer nämlich innerhalb der letzten zehn Jahre vor dem Verkauf Vorsteuerabzüge unter anderem im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Renovierung in Bezug auf das verkaufte Grundstück geltend gemacht hat und der Käufer das Grundstück nach dem Kauf nicht mehr oder teilweise nicht mehr umsatzsteuerpflichtig verwendet, muss der Käufer im ungünstigsten Fall die vom Verkäufer geltend gemachte Vorsteuer (teilweise) an das Finanzamt zurückzahlen. Dies liegt daran, dass der Käufer bei der Geschäftsveräußerung im Ganzen in die Rechtsposition des Verkäufers eintritt und somit auch in dessen Vorsteuer-Berichtigungszeiträume. Der Käufer sollte sich daher im Vorfeld des Vertragsschlusses darüber informieren, ob und in welcher Höhe hier Risiken bestehen. Dies gilt umso mehr, als die Anwendbarkeit der Regelung zur Geschäftsveräußerung im Ganzen nicht vom Willen der Parteien abhängt, sondern allein davon, ob deren Voraussetzungen vorliegen.

Eine Geschäftsveräußerung im Ganzen liegt vor, wenn ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb entgeltlich oder unentgeltlich übereignet oder in eine Gesellschaft eingebracht wird. Eine Geschäftsveräußerung im Ganzen kann daher durchaus vorliegen, wenn nur ein vermietetes oder verpachtetes Grundstück mitsamt den Miet- bzw. Pachtverhältnissen auf den Käufer übertragen wird. Die Voraussetzungen der Geschäftsveräußerung im Ganzen werden von der Rechtsprechung fortlaufend präzisiert. In einem Urteil vom 11.10.2007 (Aktenzeichen V R 57/06), hatte der BFH die Frage zu entscheiden, ob eine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegt, wenn ein verpachtetes Grundstück veräußert wird, der Pachtvertrag jedoch vor der Besitzeinweisung des Käufers endet und nicht auf den Käufer übergeht. Obwohl der Käufer in diesem Fall einen Tag vor seiner Besitzeinweisung einen neuen Pachtvertrag mit einer neuen Pächterin abgeschlossen hat, ging der BFH nicht von einer Geschäftsveräußerung im Ganzen aus. Er hielt fest, dass weder die Veräußerung eines Gebäudes ohne Übergang eines Mietvertrages noch die Übertragung eines unvermieteten Grundstücks eine Geschäftsveräußerung im Ganzen darstellen. Es komme nämlich maßgeblich darauf an, ob das übertragene Vermögen die Fortsetzung einer bisher durch den Veräußerer ausgeübten Tätigkeit ermöglicht.

Wenn keine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegt, ist eine Grundstücksübertragung dennoch nach § 4 Nr. 9 a Umsatzsteuergesetz (UStG) von der Umsatzsteuer befreit, soweit sie der Grunderwerbsteuer unterliegt. Hierbei ist zu beachten, dass insbesondere die Übertragung von Maschinen und Betriebsvorrichtungen (auch wenn diese wesentliche Bestandteile des Grundstücks sind) nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt. Insoweit fällt also Umsatzsteuer an. Aus diesem Grund sollten die Parteien festlegen, wie der Kaufpreis diesbezüglich aufzuteilen ist.

Auch die Regelung zur Steuerfreiheit nach § 4 Nr. 9 a UStG kann sich allerdings nachteilig auswirken, und zwar für den Verkäufer. Wenn der Verkäufer im Zusammenhang mit dem Grundstück in den letzten zehn Jahren vor dem Verkauf Vorsteuerabzüge geltend gemacht hat, fällt seine Vorsteuerabzugsberechtigung bei einer nach § 4 Nr. 9 UStG steuerfreien Veräußerung in der Regel (teilweise) rückwirkend weg. Der Verkäufer muss dann die entsprechende Vorsteuer an das Finanzamt zurückzahlen.

Der Verkäufer wird also häufig ein Interesse daran haben, dass der Grundstücksverkauf nicht nach § 4 Nr. 9 a UStG steuerbefreit ist. Im Gegensatz zum Fall der Geschäftsveräußerung im Ganzen kann in diesem Fall auf die Steuerfreiheit verzichtet werden. Dieser Verzicht ist auch unter dem Begriff der „Option zur Umsatzsteuer“ bekannt. Der Verkäufer kann durch die Option zur Umsatzsteuer die zuvor geschilderte Vorsteuerkorrektur vermeiden. Die Option zur Umsatzsteuer muss der Verkäufer im notariellen Grundstückskaufvertrag erklären. Möglich ist wohl auch die Erklärung in einer notariell zu beurkundenden Vertragsergänzung oder Vertragsänderung. Anderenfalls ist die Option nicht wirksam ausgeübt.

Der Käufer sollte seinerseits jedoch prüfen, ob es für ihn sinnvoll ist, eine solche Option zu akzeptieren. Wird der Grundstücksverkauf nämlich infolge der Option steuerpflichtig, schuldet der Käufer die Umsatzsteuer. Diese ist, da vom Käufer geschuldet, nicht Bestandteil des Kaufpreises und wird dem Käufer auch nicht vom Verkäufer in Rechnung gestellt. Für den Käufer ist ein steuerpflichtiger Grundstückskauf bestenfalls neutral, nämlich dann, wenn er das erworbene Grundstück für umsatzsteuerpflichtige Zwecke verwendet, und daher die gezahlte Umsatzsteuer als Vorsteuer geltend machen kann. Sofern er aber innerhalb der nächsten zehn Jahre die umsatzsteuerpflichtige Verwendung auch nur teilweise aufgibt, muss er die Vorsteuer (anteilig) an das Finanzamt zurückzahlen. Eine solche Nutzungsänderung kann beispielsweise dann eintreten, wenn der Käufer seinerseits das Grundstück nicht umsatzsteuerpflichtig vermieten kann (z. B. weil Mieter ein Arzt, eine Bank, eine Versicherung oder ein anderer Unternehmer ohne umsatzsteuerpflichtige Umsätze ist). Auch bei einem Weiterverkauf des Grundstücks wäre der Käufer dann seinerseits darauf angewiesen, dass sein Käufer eine Option zur Umsatzsteuer im Kaufvertrag akzeptiert.

Es zeigt sich also, dass die häufig in Grundstückskaufverträgen anzutreffenden Standardformulierungen von Steuerklauseln sowohl vom Käufer als auch vom Verkäufer stets kritisch hinterfragt werden sollten. Sofern Käufer und Verkäufer frühzeitig die möglichen Risiken analysieren, lassen sich vertragliche Vereinbarungen finden, die den Interessen beider Parteien gerecht werden.

Kontakt

Für weitergehende Informationen kontaktieren Sie bitte:

Thomas Ziegler
Practice Group Koordinator
Tel ++49 (0) 89 545 65 316
t.ziegler@heisse-kursawe.com
www.heisse-kursawe.com

Eine vollständige Liste aller Büros von Eversheds International Limited finden Sie unter www.eversheds.com

Diese Veröffentlichung hat den Stand 30. September 2008. Die darin enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und ohne vorherige Beratung im Einzelfall nicht als Entscheidungsgrundlage geeignet. Insbesondere ersetzen sie keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in dieser Veröffentlichung enthaltenen Informationen wird keine Haftung übernommen.

© Heisse Kursawe Eversheds Rechtsanwälte Partnerschaft

Als redaktioneller Ansprechpartner im Sinne des § 55 RStV steht Ihnen zur Verfügung: Daniela Vogt, Heisse Kursawe Eversheds Rechtsanwälte Partnerschaft, Maximiliansplatz 5, 80333 München, Deutschland, d.vogt@heisse-kursawe.com

Heisse Kursawe Eversheds Rechtsanwälte Partnerschaft mit Sitz in München ist im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts München unter PR 1 eingetragen. Partner von Heisse Kursawe Eversheds sind nur die im vorgenannten Partnerschaftsregister eingetragenen Anwälte.

Heisse Kursawe Eversheds ist Mitglied von Eversheds International Limited.

Heisse Kursawe Eversheds
at Expo Real 2008

Think green, feel green, drink green



Offices: Abu Dhabi • Barcelona • Berne • Birmingham • Bratislava • Brussels • Budapest
• Cambridge • Cardiff • Copenhagen • Doha • Dublin • Ipswich • Johannesburg
• Kuala Lumpur • Leeds • London • Madrid • Manchester • Milan • Munich • Newcastle
• Norwich • Nottingham • Paris • Prague • Riga • Rome • Shanghai • Sofia • Stockholm
• Tallinn • Valladolid • Vilnius • Vienna • Warsaw • Wrocław • Zurich
Heisse Kursawe Eversheds is a member of Eversheds International Limited

Heisse Kursawe Eversheds
Rechtsanwälte Partnerschaft

Maximiliansplatz 5
80333 München

Tel: +49 89 545 65 0
Fax: +49 89 545 65 201

www.heisse-kursawe.com



HEISSE KURSAWE EVERSHEDS

Wo?

Novotel Hotel München Messe
Raum: Weißkopf
Willy Brandt Platz 1
81829 München

(ca. 100 Meter vom Messe-Eingang-
West, unmittelbar bei der U-Bahn
Messestadt West)

Wann?

Dienstag 7. Oktober 2008
16.00 bis 21.00 Uhr

u.A.w.g.

d.vogt@heisse-kursawe.com
oder Fax: +49 89 545 65 197

Kontaktieren Sie Daniela Vogt
(Tel +49 89 545 65 233)
bei Fragen zur Veranstaltung.

Zur Anmeldung nutzen Sie gern
auch unser Onlineformular unter
www.heisse-kursawe.com
bei News unter Veranstaltungen.

Where?

Novotel Hotel München Messe
Room: Weißkopf
Willy Brandt Platz 1
81829 München

(ca. 100 meters from Trade Fair Centre
Entrance-West, directly at underground
station Messestadt West)

When?

Tuesday 7 October 2008
between 4pm and 9pm

RSVP

d.vogt@heisse-kursawe.com
or telefax: +49 89 545 65 197

Please call Daniela Vogt
(tel +49 89 545 65 233)
in case of questions.

You are also able to register
over the Internet at
www.heisse-kursawe.com
at news under events.

Einladung

Sie planen bereits Ihre Termine für die Expo Real 2008 in München?
Verpassen Sie nicht die Drink Reception von Heisse Kursawe Eversheds!

Treffen Sie in ungezwungener Atmosphäre bei Cocktails und Canapés
interessante Gesprächspartner aus den Bereichen Bauen, Immobilien und
Banken, und diskutieren Sie die Themen, die Ihr Unternehmen betreffen.

Die Experten aus dem Münchner Büro von Heisse Kursawe Eversheds sowie
aus den internationalen Eversheds Büros freuen sich auf Ihr Kommen.

Invitation

You are already arranging your appointments for Expo Real 2008 in Munich?
Don't miss the drink reception of Heisse Kursawe Eversheds!

Come and discuss the real estate issues that affect your organization over
a refreshing drink in a relaxed environment. Heisse Kursawe Eversheds and
Eversheds' European property and finance teams will be hosting drinks and
canapés, so please join them at any time during the afternoon or evening.

The experts from the Munich office of Heisse Kursawe Eversheds and from
the international Eversheds offices are looking forward to your visit.

