



# IMMOBILIEN- RECHT

## Liebe Leserinnen und Leser,

die Immobilienwirtschaft war mit großen Erwartungen und guten Aussichten sehr zuversichtlich ins Jahr 2020 gestartet – dann hat die Corona-Krise diese Branche wie alle anderen Wirtschafts- und Lebensbereiche mit Wucht in Mitleidenschaft gezogen. Mit dem „Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ hat der Gesetzgeber versucht, rasch Erleichterungen für alle Marktteilnehmer einzuführen. Dennoch sind viele Unsicherheiten entstanden. Das betrifft die Immobilien- ebenso wie die Bauwirtschaft. Für viele Segmente, etwa Shoppingcenter, den Einzelhandel, die Hotellerie und die Gastronomie, stellen sich vielfältige Fragen durch den Lockdown, und das sog. Wiederhochfahren verläuft nicht selten problematischer als erhofft. Im Gewerberaummietrecht, zum Beispiel, steckt viel Zündstoff. Was zunehmende Arbeit von zuhause aus für den Markt der Büroimmobilien bedeutet, ist ebenso wenig abschließend zu bewerten wie die wirklichen Potentiale von Logistikimmobilien in Zeiten neuer Bevorratung, nicht nur von Schutzausrüstung. Die Krise hat zudem noch einmal vor Augen geführt, welche Rückstände beim Thema Digitalisierung bestehen, und auf der anderen Seite verdeutlicht, welche Chancen darin stecken, etwa für Baugenehmigungen, auf diesem Feld nun schnell und intensiv zu investieren. Digitalisierung ist auch für die Kommunikation der Branche ein Schlüsselthema. Die erste große Branchenmesse des Jahres, die MIPIM im März in Cannes, wurde wegen der Pandemie abgesagt. Der Tag der Immobilienwirtschaft des ZIA in Berlin und die Expo Real in München erleben 2020 nur „Hybrid“-Versionen. Viele große Aussteller hatten zuvor für München abgesagt, und auch BEITEN BURKHARDT wird dieses Jahr aussetzen. In welcher Form findet künftig der wichtige Austausch statt, wo werden die fachlichen und rechtlichen Themen erörtert, wie wird die Zukunft gestaltet? Mit diesem Newsletter, den wir aufgrund der aktuellen Lage etwas später als üblich veröffentlichen, möchten wir Sie auf den neuesten Stand bringen. Gesetzliche, wirtschaftliche und steuerliche Rahmenbedingungen könnten sich – wie in den letzten Monaten erlebt – auch noch in der nächsten Zeit rasch ändern, es bedarf also stets eines genauen Blicks und einer verlässlichen Beratung. Auf unserer Webseite finden Sie ergänzende Texte und auch Videos zu wichtigen, durch Corona entstandenen Fragestellungen. Unsere fünfzigköpfige Branchen- und Praxisgruppe Real Estate steht Ihnen zu sämtlichen Themen zur Verfügung.

Als internationale Wirtschaftskanzlei wollen wir Sie gut durch diese Zeit navigieren.

Mit freundlichen Grüßen



### Klaus Beine

Rechtsanwalt | Notar

Leiter der Praxisgruppe Real Estate

## INHALT

CORONA	Seite 2
Von der Systemrelevanz der Notare und den Auswirkungen von Corona auf die notarielle Tätigkeit	Seite 2
ARCHITEKTENRECHT	Seite 4
Weiterhin Unklarheit bzgl. der (Un-)Wirksamkeit der HOAI Mindestsätze	Seite 4
BAURECHT	Seite 5
Anpassung des Einheitspreises bei Mehrmengen	Seite 5
Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen: Nur mit Genehmigung! Beschränkungen bei der Begründung von Wohnungseigentum	Seite 7
STEUERRECHT	Seite 8
Umsatzsteuerliche Praxisprobleme bei Immobilieninvestitionen	Seite 8
Auswirkungen der Senkung der Umsatzsteuersätze auf die Immobilienbranche	Seite 10
GEWERBERAUMMIETRECHT	Seite 11
Insolvenzantragspflicht aufgrund von coronabedingten Mietrückständen	Seite 11
MAKLERRECHT	Seite 12
Verteilung des Maklerlohns – das neue Gesetz	Seite 12
BB AKTUELL	Seite 14
5 % Studie 2020	Seite 14
Veröffentlichungen	Seite 14
HINWEISE UND IMPRESSUM	Seite 15

**AKTUELLE MARKTDATEN**

(Stand: 1. Juli 2020)

Index/Währung	Veränderung seit 1. Juli 2019
DAX: 12.260,57	+ 2,2 %
DIMAX: 144,91	+ 9,4 %
1 EUR = 1,1252 US Dollar	+ 0,7 %

**bulwiengesa-Immobilienindex (2020)**

Gesamt:	+ 4,7 %
Wohnen:	+ 5,5 %
Gewerbe:	+ 3,2 %

Verbraucherpreisindex:	05/2020 106,0	Veränderung zu 05/2019 + 0,99 %
------------------------	------------------	------------------------------------

Basiszinssatz: - 0,88 %

**Zinssätze**

EU-Leitzins	0,000 %	Vor 1 Jahr 0,000 %
Euribor 1 Monat	- 0,512 %	- 0,392 %
Euribor 12 Monate	- 0,233 %	- 0,217 %

# CORONA

## Von der Systemrelevanz der Notare und den Auswirkungen von Corona auf die notarielle Tätigkeit

Die Verbreitung des Coronavirus (SARS-CoV-2) und die damit von Bund und Ländern im März verhängten Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen stellen die Notare – auch nach den erlaubten Lockerungen seit Anfang Mai – in ihrer täglichen Arbeit vor beurkundungs- und berufsrechtliche Fragestellungen. Es besteht die Herausforderung, den Gesundheitsschutz der Bürger und das Berufsrecht in ein angemessenes Verhältnis zueinander zu bringen.

### 1. SYSTEMRELEVANZ NOTARIELLER TÄTIGKEIT

Die vom Notar zu erbringenden Amtshandlungen sind von der Bundesnotarkammer bereits seit Beginn des Coronavirus als „systemrelevant“ für die Funktionsfähigkeit zentraler Bereiche des Wirtschaftslebens eingestuft worden. Als Grundsatz gilt daher: Der Notar hat seine Geschäftsstelle offenzuhalten, um dem Bürger die Möglichkeit zu geben, an der Geschäftsstelle Urkundstätigkeiten vorzunehmen (vgl. hierzu § 10 Abs. 3 BNotO, sog. Urkundsgewährungspflicht).

In gewissen Bereichen sind zur Vermeidung von Ansteckungen Lockerungen möglich, beispielsweise bei der Errichtung von Testamenten (hierzu ausführlich unter Ziffer 2) oder gesellschaftsrechtlichen Vorgängen (hierzu ausführlich unter Ziffer 3).

#### a) Räumliche Gestaltung

Die Beurkundung, bei der alle Beteiligten präsent sind und die Niederschrift „in Gegenwart des Notars“ verlesen wird, stellt den Notar auch nach den erfolgten Lockerungen vor Herausforderungen. Selbstverständlich können Beurkundungen in größeren

Räumen durchgeführt werden, damit der vorgeschriebene Sicherheitsabstand zwischen den Beteiligten eingehalten werden kann. Möglich ist sogar die Durchführung der Beurkundung in zwei benachbarten Konferenzräumen, solange die Beteiligten sich sehen und hören können und der Notar die „Kontrolle über das Beurkundungsgeschehen“ ausüben kann.

#### b) Fernbeglaubigung und Fernbeurkundung

Auch schon vor Ausbruch der Corona-Pandemie wurde oftmals an Notare der Wunsch herangetragen, sog. Fernbeglaubigungen und -beurkundungen vorzunehmen, d.h. das Ableisten einer Unterschrift oder sogar eine Beurkundung mittels Telefon oder Videokonferenz.

Eine solche Möglichkeit verbietet § 40 Abs. 1 BeurkG („Eine Unterschrift soll nur beglaubigt werden, wenn sie in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt wird“) bzw. § 13 Abs. 1 BeurkG („Die Niederschrift muss in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden...“). Hieran hat sich auch in Corona-Zeiten nichts geändert.

#### c) Einsatz vollmachtloser Vertreter

Der Notar ist auch in den Corona-Zeiten an die Einhaltung der Vorgaben des Beurkundungsgesetzes gebunden, d.h. er ist verpflichtet, das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, dass insbesondere der belehrungsbedürftige Verbraucher entweder persönlich anwesend ist oder durch eine Vertrauensperson vertreten wird, vgl. § 17 BeurkG. Der Einsatz vollmachtloser Vertreter durfte bislang jedenfalls nicht „systematisch“ erfolgen. Die Bundesnotarkammer sieht dieses Erfordernis derzeit allerdings als deutlich reduziert an. So erlaubt die Bundesnotarkammer die Beurkundung mit sog. vollmachtlosen Vertretern, damit eine Reduzierung der Anzahl von Kontaktpersonen oder ein Schutz von Risikogruppen gewährleistet werden kann.

Die Übertragung einer Beurkundung mit einem vollmachtlosen Vertreter mittels Videokonferenz ist hingegen nicht möglich. So sind Übertragungsfehler nicht auszuschließen, die Datensicherheit ist mit den marktgängigen Anbietern nicht zu gewährleisten (z.B. unerlaubtes Einschalten fremder Dritter etc.) und auch der

Eindruck, der bei den Beteiligten entstehen könnte, es werde eine Beurkundung mittels Videokonferenz durchgeführt, muss vermieden werden.

Der Notar darf bei der Zuhilfenahme seiner Angestellten als vollmachtlose Vertreter von einer Gebührenerhebung für die Genehmigungserklärung nur absehen, wenn es durch eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht geboten ist und der Notar das Einverständnis der zuständigen Notarkammer eingeholt hat (vgl. § 17 Abs. 1 S. 2 und 3 BNotO).

## 2. EINRICHTUNG VON TESTAMENTEN UND VERFÜGUNGEN VON TODES WEGEN

Ein öffentliches Testament kann grundsätzlich nur durch den Notar errichtet werden. Dies geschieht durch mündliche Erklärung des Erblassers gegenüber dem Notar und die Anfertigung einer Niederschrift (§ 2232 S. 1 Alt. 1 BGB).

Eine Alternative – die bislang in der notariellen Praxis kaum eine Rolle gespielt hat – zu diesem Verfahren bietet die Möglichkeit der „Übergabe einer Schrift“ (§ 2232 S. 1 Alt. 2 BGB). Die Schrift kann hierbei offen oder verschlossen sein, sie braucht nicht zwingend vom Erblasser selbst geschrieben oder unterschrieben sein und muss auch nicht mit Orts- und Datumsangabe versehen sein. Die Schrift kann sogar von einem Dritten (z. B. dem Notar) entworfen worden sein und in jeder erdenklichen Sprache oder Schrift (z. B. Blinden- oder Kurzschrift) erstellt sein. Sofern die Schrift offen übergeben wird und der Notar die Sprache versteht, ist er gemäß § 17 BeurkG verpflichtet, diese auf ihre Rechtswirksamkeit zu prüfen. Es bestehen dann die gleichen Pflichten für den Notar wie bei der Errichtung eines Testaments zur Niederschrift des Notars.

Die vom Notar zu fertigende Urkunde muss lediglich die Feststellung des Notars enthalten, dass (i) die Schrift (offen oder verschlossen) übergeben wurde und (ii) die Erklärung des Erblassers, dass dem Notar die Schrift mit der Bestimmung übergeben wurde, es handelt sich hierbei um seinen letzten Willen. Die übergebene Schrift muss sodann als Anlage zur Urkunde genommen werden; einer Verlesung der übergebenen Schrift bedarf es nämlich nicht.

Unbenommen bleibt auch die Möglichkeit eines Erblassers, seine letztwillige Verfügung privatschriftlich zu errichten. Hierbei muss allerdings der gesamte Text handschriftlich verfasst und Datum und Ort angegeben sein (vgl. § 2247 BGB). Jedoch ist es auch hier empfehlenswert, sich vorher fachkundig beraten lassen, um Unklarheiten in den Formulierungen zu vermeiden.

## 3. GESELLSCHAFTSRECHT

### a) GmbH-Gründungen und sonstige gesellschaftsrechtliche Vorgänge

Im Bereich des Gesellschaftsrechts hat sich in den Corona-Zeiten im Vergleich zu vorher wenig geändert.

So können sich die Beteiligten zur Reduzierung des Ansteckungsrisikos selbstverständlich bei der GmbH-Gründung vertreten lassen; die Vollmacht muss allerdings (mindestens) notariell beglaubigt

sein (vgl. § 2 Abs. 2 GmbHG). Jedoch kann die Geschäftsführer-ernennungsversicherung (§§ 6 Abs. 2, 8 Abs. 3 GmbHG) nur von dem Geschäftsführer persönlich abgegeben werden; insoweit muss er wenigstens hierfür beim Notar erscheinen.

Der Einsatz von Vollmachten kann sich – wie schon immer – auch bei Satzungsänderungen und Geschäftsanteilsübertragungen empfehlen.

### b) Maßnahmen-Gesetz

Am 27. März 2020 hat der Bundesrat das „Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ im Bundesgesetzblatt verkündet. Das Gesetz findet in Art. 2 das für die notarielle Praxis besonders relevante Gesetz über „Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie“ (nachfolgend „Maßnahmen-G“).

Grundsätzlich findet das Maßnahmen-G auf sämtliche Gesellschaften Anwendung. Die nachstehenden Ausführungen beschränken sich auf die am häufigsten (über eine Million!) in Deutschland gewählte Rechtsform, nämlich die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

aa) Beschlüsse der Gesellschafter einer GmbH werden in Gesellschafterversammlungen gefasst (vgl. § 48 Abs. 1 GmbHG).

Hiervon gibt es zwei Ausnahmen, die eine Abstimmung im Umlaufverfahren ermöglichen: Der Abhaltung einer Versammlung bedarf es nicht, wenn sämtliche Gesellschafter in Textform einem Beschlussvorschlag zustimmen (§ 48 Abs. 2 Alt. 1 GmbHG, sog. einstufiges Verfahren) oder sich mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen einverstanden erklären (§ 48 Abs. 2 Alt. 2 GmbHG, sog. zweistufiges Verfahren).

(i) Durch § 2 Maßnahmen-G wird die Durchführung von Gesellschafterversammlungen nach § 48 Abs. 2 GmbHG erleichtert. So „können Beschlüsse der Gesellschafter in Textform oder durch schriftliche Abgabe der Stimmen auch ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter gefasst werden“. Nicht ganz klar ist, worauf sich die Ausnahme vom *Einverständnis aller Gesellschafter* bezieht: entweder auf die zu treffende Bestimmung oder die Abstimmungsmodalität. Vom Sinn und Zweck des Maßnahmen-G, nämlich das Ansteckungsrisiko aufgrund von Präsenzversammlungen zu reduzieren, dürfte sich die Regelung des Maßnahmen-G auf das zweistufige Verfahren beziehen. Hiernach müsste es ausreichend sein, wenn die Mehrheit der sich äußernden Gesellschafter sich formlos mit der schriftlichen Stimmabgabe einverstanden erklärt und die Mehrheit der (in Textform oder Schriftform) abgegebenen Stimmen ihre Zustimmung zu einem Beschlussvorschlag erteilt.

Wichtig ist, dass sämtliche Gesellschafter zur Teilnahme am Umlaufverfahren gemäß § 48 Abs. 2 GmbHG aufgefordert werden und jeder Gesellschafter die Möglichkeit zur Zustimmung bzw. zur Ablehnung hat. Anderenfalls wären die gefassten Beschlüsse nichtig.

(ii) Beurkundungsbedürftige (satzungsändernde) Gesellschafterbeschlüsse (vgl. § 53 Abs. 2 GmbHG) werden in der Praxis in der Regel in Präsenzveranstaltungen beurkundet. Ein solcher beurkundungsbedürftiger Beschluss kann jedoch auch gemäß § 48 Abs. 2 GmbHG im Umlaufverfahren gefasst werden. Zwar trifft das Maßnahmen-G hierzu keine Regelung, jedoch ist anzunehmen, dass die im Maßnahmen-G enthaltenen Erleichterungen für das Umlaufverfahren auch für beurkundungsbedürftige Beschlüsse gelten sollen. Dies hat zur Folge, dass jeder Gesellschafter einzeln seine Stimme zu Protokoll eines Notars seiner Wahl abgeben kann.

Eine weitere Vereinfachung für das Umlaufverfahren dürfte darüber hinaus durch die Bevollmächtigung (schriftlich oder in Textform) eines Gesellschafters möglich sein.



### Dr. Claudia-Maria Wirth

Rechtsanwältin | Notarin  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt am Main

## ARCHITEKTEN- RECHT

### Weiterhin Unklarheit bzgl. der (Un-)Wirksamkeit der HOAI Mindestsätze

#### PROBLEMSTELLUNG

Mit großen Erwartungen richtete sich der Blick von Bauherren, Architekten und Ingenieuren sowie deren Beratern am 14. Mai 2020 nach Karlsruhe: beim Bundesgerichtshof (BGH) fand eine mündliche Verhandlung statt, die auf die höchstrichterliche Entscheidung einer höchst umstrittenen Rechtsfrage aus dem Bereich des Architektenrechtes erwarten ließ. Diese Erwartungen wurden leider (noch) nicht erfüllt, da der BGH selbst zunächst keine Entscheidung treffen wird, sondern den Europäischen Gerichtshof (EuGH) im Wege eines sog. Vorabentscheidungsverfahrens um die Klärung weiterer Rechtsfragen bittet.

Hierbei geht es um folgendes: Gemäß § 7 der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) richtet sich das Honorar des Architekten nach der bei Auftragserteilung getroffenen schriftlichen Vereinbarung im Rahmen der durch die HOAI festgesetzten Mindest- und Höchstsätze. Die festgesetzten Mindestsätze können gemäß § 7 Abs. 3 HOAI nur in Ausnahmefällen unterschritten

werden, ansonsten bestand Anspruch auf den Mindestsatz. Vor dem Hintergrund dieser zwingenden preisrechtlichen Regelungen entsprach es jahrzehntelanger Rechtspraxis, dass bei Vereinbarung eines Pauschalhonorars unterhalb der Mindestsätze der Architekt das nach der HOAI ermittelte Mindesthonorar für seine Leistung verlangen konnte, soweit keine Ausnahmeregelung griff.

So verhielt es sich auch in dem nunmehr vom BGH zu entscheidenden Fall. Dort hatten die Beteiligten im Jahr 2016 einen Ingenieurvertrag geschlossen. Es wurde ein Pauschalhonorar i. H. v. EUR 55.000,25 vereinbart. Nach Kündigung des Ingenieurvertrags rechnete der Ingenieur im Juli 2017 seine erbrachten Leistungen auf Grundlage der Mindestsätze ab und machte eine offene Restforderung i. H. v. EUR 102.934,59 geltend. Das heißt, trotz Kündigung des Vertrags überstieg die Honorarforderung des Ingenieurs das vereinbarte Pauschalhonorar um nahezu das Doppelte.

Allerdings hat der EuGH in einem Urteil vom 4. Juli 2019 (C-377/17) entschieden, dass die in der HOAI festgelegten Mindestsätze unionsrechtswidrig sind, da sie gegen Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 lit. g) und Abs. 3 Dienstleistungsrichtlinie verstoßen. Gestützt wurde dies in erster Linie darauf, dass durch die Mindestsätze, die auch für Anbieter aus dem Ausland verbindlich seien, der freie Dienstleistungsverkehr beeinträchtigt werde.

Entscheidend für die weitere Behandlung der in Deutschland anhängigen Honorarklagen war in der Folge die Frage, ob aus dieser festgestellten Unionsrechtswidrigkeit folgt, dass die Mindestpreise auch in den zivilrechtlichen Vertragsverhältnissen zwischen den Vertragsparteien (insbesondere zwischen Privatpersonen) nicht mehr durchgesetzt werden können oder ob sich aus der Unionsrechtswidrigkeit allein der „Auftrag“ an den deutschen Gesetzgeber ergibt, die Regelung der HOAI unionsrechtskonform anzupassen. Diese Frage wurde von der obergerichtlichen Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet. Insbesondere die sich stellende europarechtliche Frage der unmittelbaren Wirkung der Entscheidung des EuGH und der entsprechenden Regelung in der Dienstleistungsrichtlinie auf ein Rechtsverhältnis zwischen Privatpersonen wurde jeweils unter Berufung auf EuGH-Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt.

In dem nun vom BGH zu entscheidenden Verfahren hatte das OLG Hamm etwa dem Kläger Recht gegeben. Die in dem Ingenieurvertrag getroffene Pauschalpreisvereinbarung sei wegen Verstoßes gegen Mindestpreischarakter der HOAI unwirksam. Das Urteil des EuGH, das in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland ergangen ist, ändere nichts an der Anwendbarkeit der Bestimmungen der HOAI, da das Urteil nur den Mitgliedsstaat binde, für den einzelnen Unionsbürger jedoch keine Rechtswirkung entfalte. Auch der europäischen Dienstleistungsrichtlinie komme insoweit keine unmittelbare Wirkung zu. Diese Auffassung vertraten unter anderem auch das OLG Düsseldorf sowie das OLG München.

Andere Oberlandesgerichte wie z. B. das OLG Schleswig und das OLG Celle beurteilten die Rechtsfrage gänzlich anders. Zusammengefasst stellten sich diese Oberlandesgerichte auf den Standpunkt, dass aufgrund der Vorrangigkeit des Europarechts eine Anwendung des Mindestpreises der HOAI ausscheide.

## VORLAGEBESCHLUSS DES BGH

Der BGH verkündete in dem nunmehr veröffentlichten Beschluss, dass er in der Sache zunächst nicht selbst entscheiden werde, sondern dem EuGH die streiterheblichen Fragen zur Entscheidung vorlegt.

Kernfrage des BGH dabei ist es, ob aus dem Unionsrecht, konkret aus der Dienstleistungsrichtlinie, im Rahmen eines laufenden Gerichtsverfahrens zwischen Privatpersonen eine unmittelbare Wirkung in der Weise folgt, dass die der Richtlinie entgegenstehende nationale Regelung in § 7 HOAI nicht mehr anzuwenden ist.

Für den Fall, dass der EuGH diese Frage verneint – also der EuGH die Anwendung der Mindestsatzregelung zwischen Privatpersonen weiter zulässt – bittet der BGH um die Feststellung, ob in den nationalen Regelungen über verbindliche Mindestsätze ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV oder gegen sonstige allgemeine Grundsätze des Unionsrechts liegt. Für den Fall, dass der EuGH diese Frage bejaht, bittet das Gericht um Klärung, ob aus einem solchen Verstoß die Nichtanwendbarkeit der Mindestsätze in laufenden Gerichtsverfahren zwischen Privatpersonen folgt. Diese Vorlagefrage beruht darauf, dass der EuGH in seiner vielbeachteten Entscheidung vom 4. Juli 2019 (C-377/17) die Frage, ob auch ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit als Grundfreiheit gem. Art. 49 AEUV, ausdrücklich offen gelassen hat. Ein solcher Verstoß hätte jedoch voraussichtlich unmittelbare Auswirkungen auf die anhängigen Verfahren, da sich ein Unionsbürger gegenüber den Gerichten der Mitgliedsstaaten auf eine Verletzung der Grundfreiheiten (anders als auf die Bestimmung einer Richtlinie) direkt berufen kann. Auch diese Frage wurde dem EuGH zur Sicherheit vorgelegt.

Der BGH sieht sich zu dieser Vorlage an den EuGH gezwungen: Er neigt dazu, nicht von einer unmittelbaren Wirkung der Dienstleistungsrichtlinie auszugehen, und kann daher selbst die Vorgaben der HOAI nicht unanwendbar lassen. Auch die von vielen Gerichten bemühte richtlinienkonforme Auslegung hilft nach Auffassung des BGH nicht weiter, da diese ihre Grenze im Wortlaut der jeweiligen Norm findet. Dieser verbietet nach Ansicht des BGH vorliegend eine Auslegung der Regelungen der HOAI dahingehend, dass sie hinsichtlich der Mindestsatzanforderung nicht anzuwenden wären.

Da der EuGH in seiner bisherigen Entscheidung die Frage eines Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit ausdrücklich offen gelassen hat, benötigt der BGH zu dieser (Europa-)Rechtsfrage die Entscheidung des EuGH. Auf diese Frage kommt es im Streitfall auch an, wenn die unmittelbare Wirkung der Dienstleistungsrichtlinie verneint wird.

## FOLGEN FÜR DIE PRAXIS

Es ist davon auszugehen, dass sich das Vorabentscheidungsverfahren durchaus ein bis anderthalb Jahre hinziehen kann. Bis zum Abschluss des Vorabentscheidungsverfahrens, möglicherweise auch erst bis zum Abschluss des Verfahrens vor dem BGH, herrscht daher weiterhin keine Klarheit in dieser wichtigen Rechtsfrage. Es ist damit zu rechnen, dass bereits anhängige Verfahren bis zur Klärung ausgesetzt werden.

Beteiligte, die mit ihrer Klage aus Kostengründen warten wollten, bis Rechtsklarheit herrscht, werden sich gezwungen sehen, zu prüfen, ob ein weiteres Zuwarten im Hinblick auf die Verjährung etwaiger Ansprüche überhaupt noch möglich ist. Gegebenenfalls bietet sich hier der Abschluss von Verjährungsverzichtsvereinbarungen an oder die fristwahrende Klageerhebung mit entsprechender Bitte um Aussetzung bis zur Entscheidung.

Interessant ist allerdings, dass der BGH sich inhaltlich bereits ebenfalls positioniert hat und die unmittelbare Wirkung der Dienstleistungsrichtlinie ablehnt. Für den Fall, dass der EuGH meint, nicht über die Auswirkungen der Richtlinie auf das nationale Recht entscheiden zu müssen bzw. die bisher ergangene Rechtsprechung für ausreichend hält, steht also zu erwarten, dass der BGH die Berufung auf den Mindestsatz weiterhin für zulässig hält. Dies mag für die Entscheidung für eine Klage auf bisher noch nicht geltend gemachte Ansprüche auch vor der abschließenden Klärung relevant sein.



### Thomas Herten

Rechtsanwalt | LL.M.  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf



### Katrin Lüdtker

Rechtsanwältin | Fachanwältin  
für Verwaltungsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

# BAURECHT

## Anpassung des Einheitspreises bei Mehrmengen

*Bundesgerichtshof, Urteil vom 8. August 2019 – VII ZR 34/18*

### SACHVERHALT

Der Bauunternehmer macht wegen der Mengenmehrung bei der Entsorgung von Bauschutt von einer auf mehr als 83 Tonnen einen zusätzlichen Vergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B gegen den Besteller geltend und ermittelt die Vergütungshöhe auf Grundlage der in seiner Urkalkulation für die Entsorgung angesetzten Einheitspreise. Der Besteller vertritt die Rechtsauffassung, dass er für die Mehrmengen nur die tatsächlich erforder-

lichen Kosten („Ist-Kosten“), die unstreitig deutlich geringer waren, vergütet muss. Eine Einigung über die Höhe der Mehrvergütung konnten der Bauunternehmer und der Besteller nicht erzielen, sodass darüber zu entscheiden war, ob die Vergütung der Mehrmengen sich auf Grundlage der in der Urkalkulation des Bauunternehmers angesetzten Einheitspreise oder auf Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten berechnet.

## ENTSCHEIDUNG

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass für die Bemessung des Einheitspreises für Mehrmengen die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind, wenn die Parteien sich nicht insgesamt oder im Hinblick auf einzelne Elemente der Preisbildung geeinigt haben.

§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B sieht vor, dass die Vertragsparteien bei einer über zehn Prozent hinausgehenden Überschreitung des Mengenansatzes einen neuen Preis für diese Mehrmengen vereinbaren sollen. Für den Fall, dass eine Einigung nicht zustande kommt, regelt § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B jedoch nicht, wie dann der neue Preis zu ermitteln ist. Der Bundesgerichtshof hat diese Vertragslücke daher im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB geschlossen und im Rahmen der Auslegung festgestellt, dass es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen entspricht, dass durch die unvorhergesehene Änderung der auszuführenden Leistungen keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll.

Vor diesem Hintergrund stellt der Bundesgerichtshof die Frage, welchen Maßstab die Parteien zur Bestimmung des neuen Einheitspreises vertraglich zugrunde gelegt hätten, wenn sie bei Vertragsschluss vorhergesehen hätten, dass sie sich nicht auf einen neuen Einheitspreis für die Mehrmengen einigen können. Der Bundesgerichtshof beantwortet diese Frage dergestalt, dass die Bemessung des neuen Preises auf Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten den bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen bewirkt. Denn diese bilden die für den Zeitpunkt des Anfalls der Mehrmengen bestehende Kostenwirklichkeit am sichersten ab. Der Bauunternehmer erhält mit der Vergütung der Ist-Kosten eine auskömmliche Vergütung, gleichwohl aber keine Über- oder Unterkompensation, wie sie auf Grundlage der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung denkbar wäre.

Diese am 8. August 2019 verkündete Entscheidung zur Preisermittlung bei Mehrmengen hat der Bundesgerichtshof mittlerweile in einem weiteren Urteil (Urteil vom 21. November 2019, Az.: VII ZR 10/19) ausdrücklich bestätigt.

## FOLGEN FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs befasst sich ausschließlich mit der Rechtsfrage, wie der neue Preis bei Mengenerhöhungen gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B zu ermitteln ist. Sie enthält indes noch keine ausdrückliche Abkehr von der ständigen Rechtsprechung zur Preisfortschreibung bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen gemäß § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B, wonach der neue Preis stets auf Grundlage der Urkalkulation des Bauunternehmers zu ermitteln ist.

Die für die Praxis alles überragende Frage ist, ob der Bundesgerichtshof die erstmals im Hinblick auf § 2 Abs. 3 VOB/B entwickelte Rechtsprechung in Zukunft auch auf § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B anwenden und damit seine bisherige Rechtsprechung aufgeben wird. Das Kammergericht (Urteil vom 27. August 2019, Az.: 21 U 160/18) hat die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu § 2 Abs. 3 VOB/B jedenfalls zum Anlass genommen, die dort entwickelten Grundsätze zur Preisbildung bei Mehrmengen auch für die Mehrvergütungsansprüche gemäß § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B anzuwenden. Das Kammergericht hat entschieden, dass die Grundlagen dieser Mehrvergütungsansprüche die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten sind, die dem Bauunternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen. Nach Auffassung des Kammergerichts ist die Preiskalkulation des Bauunternehmers nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz, nicht aber die alleinige Grundlage für die Preisfortschreibung. Das Kammergericht nimmt in seiner Entscheidung ausdrücklich Bezug auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu § 2 Abs. 3 VOB/B und ist der Auffassung, dass auch für die Mehrvergütungsansprüche gemäß § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B die Ist-Kosten maßgeblich sein müssen, da diese Vorschriften ebenso wie § 2 Abs. 3 VOB/B keine Bestimmung zur Preisfortschreibung enthalten und daher alle Anspruchsgrundlagen des § 2 VOB/B einheitlich ausgelegt werden müssen.

Es bleibt abzuwarten, wie der Bundesgerichtshof sich zu den Ansprüchen gemäß § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B positionieren wird. Die juristische Diskussion, ob die Preisbildung auf Grundlage der Urkalkulation oder anhand der Ist-Kosten vorzunehmen ist, währt jedenfalls bereits seit vielen Jahren und hat durch die Einführung des § 650c Abs. 1 BGB, wonach für ab dem 1. Januar 2018 geschlossene Bauverträge erstmals eine gesetzliche Regelung gilt, die eine Preisbildung auf Grundlage der Ist-Kosten vorsieht, noch einmal eine neue Dynamik erhalten. Daher ist es gut möglich, dass auch der Bundesgerichtshof sich den Überlegungen des Kammergerichts anschließen und für zusätzliche und geänderte Leistungen ebenfalls eine Preisbildung auf Grundlage der Ist-Kosten favorisieren könnte.



### Dr. Jochen Reuter

Rechtsanwalt | LL.M. | Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Frankfurt am Main

## Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen: Nur mit Genehmigung! Beschränkungen bei der Begründung von Wohnungs- eigentum

Das Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat (BMI) beabsichtigt eine Beschränkung für die Umwandlung von Grundstücken mit mehreren Wohneinheiten, die bereits vermietet sind (sogenannte Mietshäuser), in Eigentumswohnungen. Auf der Seite des BMI wurde bereits ein Referentenentwurf mit Stand vom 9. Juni 2020 für das geplante Gesetz zur Baulandmobilisierung veröffentlicht. Zentraler Punkt des Entwurfs ist die Sicherung bezahlbaren Wohnraums. Hierfür wird nunmehr ein neuer § 250 ins BauGB eingeführt, der die Bildung von Wohnungseigentum in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten regelt. Das Gesetz wird voraussichtlich noch in 2020 in Kraft treten.

### DIE UMWANDLUNGSBREMSE – DER NEUE § 250 IM BAUGB

Nach § 250 Abs. 1 BauGB wird ein sog. Genehmigungsvorbehalt für Umwandlungen von bestehenden Wohngebäuden vorgesehen. Sofern:

1. die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen in einer Gemeinde oder einem Teil einer Gemeinde besonders gefährdet ist; und
2. diese Gebiete von der Landesregierung bestimmt sind;

bedarf bei bereits bestehenden Wohngebäuden die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum nach § 1 des Wohnungseigentumsgesetzes der Genehmigung.

Ziel des Gesetzes soll die Stärkung der Handlungsmöglichkeiten der Gemeinde, die Ausweitung und Nutzung des Angebots an Bauland sowie die Sicherung bezahlbaren Wohnraums sein. Ferner soll dringend benötigter Wohnraum geschaffen werden. Vor allem soll das Gesetz aber – so die Begründung des Gesetzesentwurfs auf Seite 28 – gegen folgende Investoren oder gewerbliche Immobilieneigentümer vorgehen, die Mietshäuser kaufen, diese nach einer Aufwertung in Wohnungseigentum umwandeln und die Wohnungen mitunter nach aufwertender Modernisierung an Einzelerwerber für einen höheren Preis veräußern. Dieses Beispiel wird bereits im Referentenentwurf als Problem definiert.

Das neue Gesetz sieht also eine Erschwerung der Umwandlung von Mietshäusern in Eigentumswohnungen vor. Angelehnt an die Mietpreisbremse hat das Gesetz bereits den Spitznamen der „Umwandlungsbremse“ erhalten, da sie verstärkt strengere Regelungen für entsprechende Umwandlungen vorsieht. Einen solchen umfangreichen Schutz vor Umwandlungen sah das BauGB bisher nicht vor. Auch § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB gewährt einen solchen Schutz nicht. Zwar galt §§ 172 Abs. 1 Satz 4, Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB bisher als gesetzliches Instrumentarium

zum Schutze vor Umwandlungen. Dieser sieht nämlich einen Genehmigungsvorbehalt für Umwandlungen von Mietwohnraum in Wohnungs- oder Teileigentum in Gebieten einer Satzung „zur Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung“ (sog. **Milieuschutzsatzung**) vor. Da er jedoch auf solche Milieuschutzsatzungen beschränkt ist und nicht auch auf Gebiete außerhalb entsprechender Satzungen, sah die Bundesregierung es als notwendig an, einen weitergehenden Schutz für Umwandlungen zu regeln. Auch ergibt sich kein weitergehender Schutz aus dem Mietvorkaufsrecht und dem Kündigungsschutz (§§ 577 und 577a BGB).

### KEINE ANWENDUNG AUF NEUBAUTEN

Ziel des Gesetzes ist ein ausreichendes Angebot an bezahlbaren Mietwohnungen zu erhalten und zu sichern. Aus diesem Grunde gilt das Gesetz nur bei bestehenden Wohngebäuden. Auf Neubauten bzw. die Aufteilung des Neubaus in Wohnungs- und Teileigentum findet es keine Anwendung.

### DIE LANDESERMÄCHTIGUNG

Der neue § 250 soll den Ländern ermöglichen durch Rechtsverordnungen Gebiete zu bestimmen, in denen die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen „**besonders gefährdet**“ ist. In diesen Gebieten sollen die zuständigen Stellen der Landesregierung darüber entscheiden, ob die Begründung von Wohnungseigentum oder Teileigentum an Gebäuden, die ganz oder teilweise Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind, genehmigt wird.

Einige Stadtstaaten haben bereits entschieden, dass die Gefährdung im gesamten Stadtgebiet vorliegt. Zum Beispiel hat die Landesregierung in Berlin bereits durch § 1 der Berliner Kündigungsschutzklausel-Verordnung geregelt:

*„In Berlin ist die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet.“*

Auch die Landesregierung Hamburg sieht in § 1 in der Verordnung zur Verlängerung der Kündigungsschutzfrist für Wohnraum (Kündigungsschutzfristverordnung) vor:

*„Die Freie und Hansestadt Hamburg ist eine Gemeinde [...], in der die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist.“*

Diese Verordnungen lassen sich wie folgt erklären: Wenn „die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen in einer Gemeinde oder einem Teil einer Gemeinde besonders gefährdet ist“, kann nach § 577a Abs. 2 BGB die Kündigungssperrfrist auf bis zu zehn Jahre verlängert werden. Die Kündigungssperrfrist wird häufig zusammen mit anderen Instrumenten zum Schutz vor zu schnell ansteigenden Mieten eingesetzt wie der Mietpreisbremse und der abgesenkten Kappungsgrenze für Mieterhöhungen. Wie vorstehend erkennbar hat Berlin für alle Berliner Bezirke und Hamburg für das ganze Stadtgebiet von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Die anderen Bundesländer wie etwa Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein Westfalen verfügen ebenfalls über

entsprechende Verordnungen, jedoch werden diese nicht für die gesamten Gebiete in den Bundesländern vorgesehen.

### HESSISCHE VERORDNUNG ÜBER DEN GENEHMIGUNGSVORBEHALT

Die Hessische Landesregierung führte im Juni 2020 unabhängig von der Regelung der Bundesregierung eine neue Umwandlungsgenehmigungsverordnung (UmWaGenV) in den Gemeinden mit angespannten Wohnungsmärkten ein. Am 1. Juni 2020 ist die Verordnung über den Genehmigungsvorbehalt für die Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum in Gebieten mit Milieuschutzsätzen, die sog. Umwandlungsgenehmigungsverordnung (nachfolgend „**Genehmigungsvorbehalt**“) in Kraft getreten.

Nach § 1 des Genehmigungsvorbehalts darf für Grundstücke in Gebieten einer Satzung zur Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung nach § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB – also *Milieuschutzsätzen* – Wohnungseigentum oder Teileigentum nach § 1 WEG an Gebäuden, die ganz oder teilweise zu Wohnzwecken bestimmt sind, nicht ohne Genehmigung der Gemeinde nach § 172 Abs. 4 BauGB begründet werden.

Diese ist insbesondere *nur* auf Gebiete mit Milieuschutzsätzen konzentriert, sodass sie nicht weitreichender ist als der neue § 250 BauGB. Die Landesregierung ermöglicht mit dem Genehmigungsvorbehalt nunmehr 31 Kommunen mit angespanntem Wohnungsmarkt, die Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen zustimmungspflichtig zu machen. Bislang gibt es entsprechende Milieuschutzsätzen nur in Frankfurt am Main und Kassel. Die weiteren 29 Kommunen, die nicht über eine Milieuschutzsätzen verfügen, haben für eine entsprechende Nutzung des Genehmigungsvorbehalts zunächst eine entsprechende Milieuschutzsatzung aufzustellen.

### KRITIK

Der § 250 BauGB dient zwar einerseits der Sicherung von bezahlbarem Wohnraum. Jedoch greift er gleichzeitig auch massiv in die Eigentumsrechte der Eigentümer ein. Tatsächlich verkennt der Gesetzesentwurf, dass die Einschränkung von Umwandlungen zum einen zur Hemmung von Investitionen führen und zum anderen auch die Sicherung von bezahlbarem Wohnraum erschweren kann. Denn auch Investoren und gewerbliche Immobilieneigentümer können bezahlbaren Wohnraum schaffen. Das eigentliche Problem besteht darin, dass zusätzlich Wohnraum benötigt wird und nicht darin, dass der Wohnraum von privaten Investoren bzw. Eigentümern zur Verfügung gestellt wird. Es wird zudem außer Acht gelassen, dass die zuständigen Stellen die Möglichkeit haben, als milderes Mittel gegenüber der Versagung die Genehmigung unter Auflagen zu erteilen.

Kritisiert wird der Gesetzesentwurf auch von der vom ZIA (Zentraler Immobilien Ausschuss e.V.), dem Spitzenverband der Immobilienwirtschaft. So erklärt ZIA-Präsident Dr. Andreas Mattner:

*„Die Bundesregierung vertut die Chance, positive Anreize für das Bauen und die Schaffung von Wohnraum zu setzen und die dringend notwendige Planungs- und Baubeschleunigung voranzubringen.“*

Es kann in jedem Fall davon ausgegangen werden, dass die Eigentumsbildung erschwert und in Eigentumsrechte eingegriffen wird. Ob also mit dem Gesetzesentwurf ein Instrumentarium geschaffen wird, mit dem Leerstand vermieden und die Sicherung von bezahlbarem Wohnraum geschaffen wird, der die Eingriffe in das Eigentumsrecht zu rechtfertigen vermag, bleibt streitig.



### Klaus Beine

Rechtsanwalt | Notar  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH  
Frankfurt am Main



### Dr. Angela Kogan

Rechtsanwältin  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH  
Frankfurt am Main

## STEUERRECHT

### Umsatzsteuerliche Praxisprobleme bei Immobilieninvestitionen

#### EINLEITUNG

In vielen Branchen gilt die Umsatzsteuer als „durchlaufender Posten“, nicht so bei Immobilieninvestitionen. Es gilt daher, die umsatzsteuerlichen Regelungen richtig anzuwenden, um konkurrenzfähig gegenüber den Mitbewerbern zu sein. Beispielhaft sind folgende Themengebiete zu nennen:

- Umsatzsteuerpflichtige Vermietung;
- Vorsteuerabzug bei Immobilieninvestitionen;
- Vorsteuerberichtigung bei Immobilieninvestitionen;
- Umsatzsteuer beim Verkauf von Immobilien;
- Umsatzsteuer bei der Nebenkostenabrechnung (insbesondere beim unterjährigen Verkauf von Immobilien);
- Umsatzsteuer bei Zahlungen von Mietern oder Vermietern bei vorzeitiger Mietvertragsauflösung;
- Umsatzsteuer bei Lease Incentives.



Im [Newsletter Mai 2019](#) wurden die *Voraussetzungen zur wirtschaftlich notwendigen umsatzsteuerpflichtigen Vermietung* dargestellt. Im [Newsletter Oktober 2019](#) wurde der *Vorsteuerabzug bei Immobilieninvestments* erläutert, der wegen der umsatzsteuerpflichtigen Vermietung möglich wird. Nachfolgend wird die möglicherweise notwendige Berichtigung eines Vorsteuerabzugs erläutert, wenn sich die Verhältnisse gegenüber dem ursprünglich vorgenommenen Vorsteuerabzug geändert haben.

### **EIN KORREKTER VORSTEUERABZUG BEI IMMOBILIEN-INVESTITIONEN IST NICHT ENDGÜLTIG**

Ein einmal korrekt vorgenommener Vorsteuerabzug ist nicht endgültig. § 15a UStG sieht die Notwendigkeit einer Vorsteuerberichtigung vor, wenn sich die Verhältnisse für den Vorsteuerabzug später innerhalb eines Berichtigungszeitraums, der bei Immobilien 10 Jahre beträgt und mit der erstmaligen Verwendung beginnt, ändern.

#### **BEISPIEL**

Immobilieninvestor A baut ein zweigeschossiges Gebäude für EUR 1 Mio. zzgl. Umsatzsteuer von EUR 190.000. Beide Geschosse sind gleich groß. Das EG vermietet A umsatzsteuerpflichtig und das 1. OG umsatzsteuerfrei. Folgerichtig hat er 50 Prozent (EUR 95.000) der Umsatzsteuer aus den Baukosten als Vorsteuer gezogen. Nach 5 Jahren wechselt der Mieter im EG. Die Vermietung erfolgt nun in den Jahren 6 bis 10 umsatzsteuerfrei. Die Vermietung im 1. OG ändert sich nicht.

In diesem Fall ist nun eine Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG vorzunehmen. In den Jahren 6 bis 10 hat A EUR 9.500 an das Finanzamt zurückzuzahlen. Die EUR 9.500 ergeben sich aus der gesamten Vorsteuer von EUR 190.000 aufgeteilt auf 10 Jahre (EUR 19.000) für 50 Prozent der Fläche (EUR 9.500).

Umgekehrt, wenn A in den Jahren 6 bis 10 das 1. OG umsatzsteuerpflichtig vermietet und sich die Vermietung im EG nicht ändert, bekäme A EUR 9500 jeweils in den Jahren 6 bis 10 vom Finanzamt erstattet..

### **KONSEQUENZ: ERSTELLUNG EINES „15A-REGISTERS“**

Die Notwendigkeit einer möglichen Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG bedeutet, dass bei Immobilieninvestitionen einmal gezogene Vorsteuern für einen Zeitraum von 10 Jahren zu überwachen sind. Dies gilt nicht nur für Baukosten oder Anschaffungskosten sondern z.B. auch für spätere nachträgliche Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie für Instandhaltungskosten. Dabei ist zu beachten, dass für jede Maßnahme ein neuer 10-Jahreszeitraum beginnt.

§ 22 (4) UStG schreibt die Überwachung vor. Diese sollte in einem speziellen 15a-Register erfolgen, das zumindest den gesamten Betrag Aufwendungen und der Umsatzsteuer, die den Beginn des Berichtigungszeitraums sowie die Vorsteuerquoten dokumentiert und in dem laufend überwacht wird, ob die gezogenen

Vorsteuern berichtigt werden müssen. Oftmals wird dies in der Praxis versäumt. Das kann dann zu Fehlern in den Umsatzsteuererklärungen mit den entsprechenden, steuerstrafrechtlichen Konsequenzen führen.

Ein 15a-Register ist möglicherweise auch zu führen, wenn zunächst gar keine Vorsteuer gezogen wurde. Möglichweise ändern sich ja die Verhältnisse innerhalb von 10 Jahren und damit kann sich der Investor Vorsteuern erstatten lassen.

### **15A-REGISTER BEIM VERKAUF EINER IMMOBILIE**

Wird eine Immobilie umsatzsteuerbar (umsatzsteuerpflichtig oder umsatzsteuerfrei) verkauft wird eine mögliche Vorsteuerberichtigung nicht über die Restlaufzeit des Berichtigungszeitraums pro Rata vorgenommen, sondern es ist eine vollständige Vorsteuerberichtigung zum Veräußerungszeitpunkt vorzunehmen.

Der Verkauf einer vermieteten Immobilie stellt aber in der Regel keinen umsatzsteuerbaren Vorgang dar, sondern es liegt eine nicht umsatzsteuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen (GiG) vor. Dabei besteht nun die Besonderheit, dass der Käufer damit in die Notwendigkeit der Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG vom Verkäufer eintritt, d.h. er übernimmt das 15a-Register des Verkäufers und führt es weiter (§ 15a (10) Satz 1 UStG).

Damit ist ein sauber geführtes 15a-Register nicht nur eine Komponente eines ordentlichen Tax Compliance Management Systems, es ist auch ein notwendiges Tool beim Verkauf einer Immobilie. Ohne ordentliches 15a-Register wird der Käufer in jedem Fall eine umfangreiche Freistellung im Rahmen einer Steuerklausel oder einen Kaufpreisausschlag fordern. Nicht nur, aber auch, weil die Umsatzsteuer eine Betriebssteuer ist. Als Käufer haftet er nach § 75 AO für die Betriebssteuern des Verkäufers. Soweit kein 15a-Register vorliegt, kann dieses Steuerrisiko in einer Due Dilligence nicht abschließend beurteilt werden. Weiterhin kennt er die Konsequenzen nicht, die für ihn eine Änderung der Vorsteuerquote hat.

Sollte bei einem Kauf der Immobilie im Rahmen einer GiG bisher versäumt worden sein, ein 15a-Register anzufordern, sollte dies nachgeholt werden. Gemäß § 15a (10) Satz 2 UStG ist der Verkäufer verpflichtet die notwendigen Informationen zu übermitteln.

### **PROZESS ZUR KONTROLLE DES RISIKOS NACH § 15A USTG**

Wenn ein 15a-Register vorliegt, sollte aber auch ein ordentlicher Prozess zur Steuerung des Risikos einer Vorsteuerberichtigung vorgenommen werden. Es bietet sich an, dass bei jeder Neuvermietung, insbesondere wenn eine Wechsel von einer umsatzsteuerpflichtigen Vermietung zu einer umsatzsteuerfreien Vermietung und umgekehrt geplant ist, das Risiko der daraus folgenden Vorsteuerberichtigung zu kalkulieren.

### **FAZIT**

Das Controlling der Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG ist eine wichtige, oft vernachlässigte Komponente des Tax Compliance Management Systems bei Immobilieninvestitionen. Das Tax Team von BEITEN BURKHARDT kann sie mit seiner langjährigen Erfahrung bei der Beratung institutioneller Immobilien-

investoren beim Aufbau eines TCMS aber auch in allen anderen steuerlichen Fragestellungen rund um die Immobilien unterstützen.



**Jens Müller**  
Steuerberater  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt am Main

## Auswirkungen der Senkung der Umsatzsteuersätze auf die Immobilienbranche

### EINLEITUNG

Der Koalitionsausschuss der deutschen Bundesregierung hat am 3. Juni 2020 ein Konjunkturpaket „Corona-Folgen bekämpfen, Wohlstand sichern, Zukunftsfähigkeit stärken“ beschlossen. Dieses sieht unter anderem die Senkung der Umsatzsteuersätze von 19 Prozent auf 16 Prozent und von 7 Prozent auf 5 Prozent für den Zeitraum 1. Juli bis 31. Dezember 2020 vor.

Der Bundestag und der Bundesrat haben das Gesetz am 29. Juni 2020 beschlossen. Unternehmer sind gezwungen gewesen, sich auf diese Umsatzsteuersenkung äußerst kurzfristig bis zum 1. Juli 2020 vorzubereiten. Nachfolgend möchten wir einige grundlegende Hinweise insbesondere für die Immobilienbranche geben.

### GRUNDLAGEN

§ 27 (1) UStG regelt die Anwendung des Umsatzsteuersatzes für den Zeitpunkt, zu dem die Leistung als ausgeführt gilt. Erfolgt die Ausführung der Leistung bis 30. Juni 2020 ist der Steuersatz von 19 Prozent bzw. 7 Prozent anzuwenden. Ab dem 1. Juli 2020 erfolgt die Umsatzbesteuerung mit 16 Prozent bzw. 5 Prozent. Zum Jahreswechsel 2020 auf 2021 soll sich dies wieder umkehren. Diese Regelung gilt auch für die Ausführung von Teilleistungen.

In der Rechnung ist der Zeitpunkt der Ausführung der Leistung anzugeben (§ 14 (4) Nr. 6 UStG). Wird eine Leistung für einen Zeitraum erbracht, gilt die Leistung mit dem Ende dieses Zeitraums als ausgeführt. Wird mit einer Leistung beispielsweise im Juni 2020 begonnen und wird die Leistung im Juli 2020 abgeschlossen, gilt sie umsatzsteuerlich Ende Juli als ausgeführt. In diesem Fall wäre also der Steuersatz von 16 Prozent maßgeblich.

Für An-, Abschlags-, und Vorauszahlungen sowie Vorschüsse gilt die sog. Ist-Besteuerung, d. h. es gilt der Steuersatz, der bei Vereinnahmung des jeweiligen Rechnungsbetrags gültig ist. In der Schlussrechnung, nach endgültiger Ausführung der Leistung/Teilleistung, sind die vorab vereinnahmten Beträge anzurechnen. Die hierauf entfallende Umsatzsteuer ist zu berichtigen, damit der zum Zeitpunkt der Ausführung der Leistung gültige Umsatzsteuersatz insgesamt zur Anwendung kommt.

Nicht nur bei Ausgangsrechnungen ist die Richtigkeit der Umsatzsteuer zu überprüfen. Dies sollte auch für Eingangsrechnungen erfolgen, damit der richtige Vorsteuerabzug erfolgt. Wird z. B. in einer Rechnung für eine Eingangsleistung, die im Juli 2020 ausgeführt wurde, mit 19 Prozent fakturiert, ist der Vorsteuerabzug nur in Höhe von 16 Prozent möglich. Der Rechnungsaussteller schuldet zudem die zu hoch ausgewiesene Umsatzsteuer (§ 14c (1) UStG). Er kann die Rechnung allerdings berichtigen.

Inwieweit sich durch die Minderung und später bei der Erhöhung der Umsatzsteuersätze Preisänderungen in Verträgen ergeben, hängt von der individuellen vertraglichen Gestaltung ab. Dies ist keine umsatzsteuerrechtliche, sondern eine zivilrechtliche Frage und § 29 UStG sieht, wenn nichts anderes vereinbart ist, zumindest für langfristige Verträge grundsätzlich einen Anspruch auf Ausgleich der umsatzsteuerlichen Mehr-/Minderbelastung vor, wenn die Vertragsparteien einen Vertrag nicht später als vier Monate vor Inkrafttreten einer Umsatzsteuersatzänderung unter Berücksichtigung eines anderen Umsatzsteuersatzes abgeschlossen haben.

In der Praxis von noch größerer Bedeutung als die rechtliche Umsetzung dürfte allerdings die technische Umsetzung z. B. in Buchhaltungs-, ERP- und elektronischen Kassensystemen sein. Diese Systeme derart kurzfristig um- und dann wieder zurückzustellen, stellt eine besondere Herausforderung für die Unternehmen dar.

### BEDEUTUNG FÜR DIE IMMOBILIENBRANCHE

Nachfolgend werden die Auswirkungen der Umsatzsteuersatzänderungen insbesondere auf Grundstücksmietverträge und Bauleistungen genauer betrachtet.

### GRUNDSTÜCKSMIETVERTRÄGE

Mietverträge betreffen Leistungen, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken. Sie gehören daher zu den sog. Dauerleistungen. Diese gelten als ausgeführt, wenn der vereinbarte Leistungszeitraum endet. Mietverträge sehen dabei i. d. R. monatliche Teilleistungen vor, die jeweils als am Monatsende ausgeführt gelten.

Langfristige Grundstücksmietverträge bedürfen einer Option zur Umsatzsteuer nach § 9 (1) UStG. Die Option ist grundsätzlich nur gegenüber vorsteuerabzugsberechtigten Mietern zulässig (§ 9 (2) UStG). Die Ausübung der Option wird i. d. R. im Mietvertrag geregelt.

Somit ist bei Mietverträgen, bei denen zur Umsatzsteuer optiert wurde, die Junimiete noch mit 19 Prozent Umsatzsteuer zu fakturieren. Für die Monate Juli bis Dezember 2020 ist die Miete mit 16 Prozent und ab Januar 2020 wieder mit 19 Prozent Umsatzsteuer zu fakturieren.

Es wird empfohlen, die Verträge daraufhin zu überprüfen, wie die Ausübung der Option formuliert wurde. Häufig finden sich z. B. folgende Formulierungen:

- a) Netto-Miete zzgl. gesetzlicher Umsatzsteuer, ggf. mit dem Zusatz „zurzeit 19 Prozent“;

b) Netto-Miete zzgl. 19 Prozent;

c) Brutto-Miete inkl. Umsatzsteuer.

Bei der Änderung der Umsatzsteuersätze sollte die Formulierung a) unproblematisch sein. Die Formulierungen b) und c) sollten überprüft und angepasst werden. Hinsichtlich möglicher Ausgleichsansprüche nach § 29 UStG wird auf die Ausführungen im vorherigen Abschnitt verwiesen.

Soweit Mietverträge als Rechnung dienen oder Dauerrechnungen – jeweils mit allen notwendigen Rechnungsbestandteilen nach § 14 (4) UStG – ausgestellt wurden, sind diese ab dem Leistungszeitraum Juli 2020 und wieder ab dem Leistungszeitraum Januar 2021 zu überprüfen und ggfs. anzupassen.

### BAULEISTUNGEN

Bauleistungen sind Werklieferungen oder -leistungen und ziehen sich typischerweise über einen längeren Zeitraum hin. Daher werden häufig Teilleistungen und/oder An-, Abschlags-, Vorauszahlungen oder Vorschüsse vereinbart.

### TEILLEISTUNGEN BEI BAULEISTUNGEN

Teilleistungen sind wirtschaftlich abgrenzbare Teile einer einheitlichen Leistung, für die das Entgelt gesondert vereinbart wird. Für (Teil-)Werklieferungen gilt der Zeitpunkt dieser Lieferung als maßgeblich für die Besteuerung, bei (Teil-)Werkleistungen hingegen jeweils das Ende des Leistungszeitraums. Entsprechend bestimmt sich der relevante Steuersatz.

Es ist zu empfehlen, bestehende Verträge hinsichtlich vereinbarter Teilleistungen und des jeweils anzuwendenden Umsatzsteuersatzes zu überprüfen. Eventuelle Anpassungen müssen vor Inkrafttreten der Umsatzsteuersatzänderung erfolgen.

### ANZAHLUNGEN UND VORSCHÜSSE

Wie bereits in Abschnitt 2 erläutert, ist für An-, Abschlags-, und Vorauszahlungen sowie für Vorschüsse derjenige Steuersatz anzuwenden, der bei Vereinnahmung des Rechnungsbetrags gültig ist. Das Datum der Rechnungsausstellung ist nicht relevant. Wird der Betrag einer Abschlagszahlung noch im Juni 2020 vereinnahmt, gilt demnach ein Steuersatz von 19 Prozent. In der für die entsprechende (Teil-)Leistung ab Juli 2020 zu legenden Schlussrechnung ist die Anpassung der Umsatzsteuer für den gesamten Rechnungsbetrag vorzunehmen. Erfolgt die Schlussrechnung erst im Januar 2021, ist allerdings insoweit keine Anpassung der Umsatzsteuer vorzunehmen, da dann wieder der Steuersatz von 19 Prozent gilt. Hier kann es dann aber zu Anpassungen für Abschlagsrechnungen kommen, deren Beträge von Juli bis Dezember 2020 vereinnahmt wurden.

Das Anwendungsschreiben der Finanzverwaltung sieht in diesen Fällen einige Vereinfachungsregeln vor, die mit dem steuerlichen Berater abgestimmt werden sollten.

### ÜBERPRÜFUNG DER PREISGESTALTUNG AUFGRUND DER ÄNDERUNG DER UMSATZSTEUERSÄTZE

Vertragliche Regelungen zur Umsatzsteuer sollten auch bei langlaufenden Bauleistungen überprüft werden.

### FAZIT

Es ist dringend zu empfehlen, trotz aller Umsetzungsprobleme und Zweifelsfragen alle notwendigen Vorbereitungen im Unternehmen umgehend zu treffen. Die Fristen zur Umsetzung aller notwendigen Änderungen in den Prozessen und Verträgen sind äußerst kurz. Es gibt eine pragmatische Lösungshilfe im Anwendungsschreiben der Finanzverwaltung, die mit dem steuerlichen Berater abgestimmt werden sollten. BEITEN BURKHARDT steht Ihnen bei allen steuerrechtlichen und zivilrechtlichen Fragen gerne zur Verfügung und unterstützt Sie auch bei Fragen der technischen Umsetzung z.B. in Buchhaltungssystemen.

### Jens Müller

Steuerberater

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Frankfurt am Main

# GEWERBERAUM- MIETRECHT

## Insolvenzantragspflicht aufgrund von coronabedingten Mietrückständen

### KEINE KÜNDIGUNG WEGEN CORONABEDINGTER MIETRÜCKSTÄNDE

Die COVID-19-Pandemie und der damit verbundene „Lockdown“ haben zu dramatischen wirtschaftlichen Einbußen bei zahlreichen Unternehmen geführt. Daher war und ist es vielen Unternehmen derzeit nicht möglich, die Miete weiterhin fristgerecht zu bezahlen. Dementsprechend bestand für diese Unternehmen die Gefahr von Kündigungen der Mietverträge wegen auf der Corona-Krise beruhenden Mietrückständen. In der Folge hätten ihnen der Verlust der angemieteten Räume und Flächen und damit der Grundlage ihrer Erwerbstätigkeit gedroht.

Um dieser Gefahr entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber das Recht des Vermieters zur Kündigung bei Zahlungsverzug stark eingeschränkt. Demnach kann der Vermieter einen Mietvertrag nicht wegen Mietrückständen aus dem Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 kündigen, soweit diese Rückstände auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruhen (künftig: **coronabedingte Mietrückstände**). Dieser Kündigungsausschluss gilt bis zum 30. Juni 2022. Mithin haben die Mieter – bezogen auf das außerordentliche Kündigungsrecht des Vermieters – zwei Jahre Zeit, die Mietrückstände wieder aufzuholen.

Die Regelung suspendiert allerdings nur das Kündigungsrecht des Vermieters (und begründet gerade kein Leistungsverweigerungsrecht des Mieters). Damit handelt es sich bei coronabedingten Mietrückständen weiterhin um fällige Verbindlichkeiten, die der Vermieter gegebenenfalls auch einklagen und zwangsweise durchsetzen kann, soweit dadurch die Kündigungssperre nicht konterkariert wird.

### **CORONABEDINGTE MIETRÜCKSTÄNDE ALS INSOLVENZAUSLÖSER**

Trotz des Kündigungsausschlusses besteht die Gefahr, dass coronabedingte Mietrückstände kurz- bis mittelfristig zur Insolvenz von Unternehmen führen können.

Sofern ein Unternehmen nicht in der Lage ist, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen, ist es zahlungsunfähig (17 InsO) und damit grundsätzlich zur unverzüglichen Insolvenzantragstellung verpflichtet (§ 15a InsO). Hierbei sind insbesondere auch die coronabedingten Mietrückstände zu berücksichtigen.

An der Gefahr einer kurz- bis mittelfristigen Insolvenz ändert die gegenwärtige Aussetzung der Insolvenzantragspflicht für den Zeitraum vom 1. März bis zum 30. September 2020 (durch Rechtsverordnung verlängerbar bis 31. März 2021) nur wenig. Ist ein Unternehmen nicht in der Lage, die coronabedingten Mietrückstände aus dem Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 bis spätestens zum 1. Oktober 2020 zu beseitigen, ist es grundsätzlich zahlungsunfähig und dann auch wieder insolvenzantragspflichtig.

Im Ergebnis führen die Regelungen des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie zu folgender paradoxen Situation: Einerseits ist die Kündigung wegen coronabedingter Mietrückstände bis zum 30. Juni 2022 ausgeschlossen. Gleichzeitig könnten aber genau diese Mietrückstände spätestens ab dem 1. Oktober 2020 zu einer Insolvenzantragspflicht führen.

Um das Worst-Case-Szenario einer Insolvenz aufgrund von coronabedingten Mietrückständen abzuwenden, ist zeitnahes Handeln der betroffenen Unternehmen zwingend erforderlich. Durch Zahlungsvereinbarungen kann der Fälligkeitszeitpunkt für die Mieten in die Zukunft verlagert werden, sodass die coronabedingten Mietrückstände (vorerst) nicht weiter zur Zahlungsunfähigkeit führen. Bei ansonsten intakten Mietverhältnissen wird die Bereitschaft der Vermieter zum Abschluss solcher Zahlungsvereinbarungen in der Regel sehr hoch sein. Denn nichts nützt einem Vermieter in der aktuellen Lage weniger, als ein insolventer Mieter.



### **Dr. Moritz Handrup**

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt am Main

# MAKLERRECHT

## Verteilung des Maklerlohns – das neue Gesetz

Der Deutsche Bundestag hat am 14. Mai 2020 das Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Häuser zu Wohnzwecken beschlossen, das federführend vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz erarbeitet wurde. In Zukunft gilt nunmehr: Die Abwälzung des gesamten Maklerlohns auf den Käufer ist unzulässig. Wer einen Makler beauftragt, muss künftig mindestens die Hälfte des Maklerlohns selbst tragen.

Am 5. Juni 2020 hat der Bundesrat der Neuregelung zur Maklerprovision zugestimmt. Das Gesetz soll etwa Ende Dezember 2020/Anfang Januar 2021 in Kraft treten und gilt für Maklerverträge, die ab dem Inkrafttreten geschlossen werden. Die neuen Regelungen finden sich in §§ 656a bis 656d BGB.

Maklerlohn: Die neuen Regelungen in §§ 656a bis 656d sehen vor:

- Nur wenn der Käufer der Immobilie auch Verbraucher ist, gelten die neuen Regelungen. Das Gesetz gilt ausdrücklich nur für Kaufverträge über Wohnungen und Einfamilienhäuser. Gewerbeimmobilien sind nicht von der Neuregelung erfasst.
- Wird der Makler aufgrund zweier Maklerverträge als Interessenvertreter für den Käufer und gleichzeitig für den Verkäufer tätig, kann er den Maklerlohn nur von beiden Parteien zu gleichen Teilen verlangen.
- Hat nur eine Partei den Makler beauftragt, so ist diese verpflichtet, den gesamten Lohn für den Makler zu zahlen. Vereinbarungen mit dem Ziel, die Kosten an die andere Partei weiterzureichen, sind nur wirksam, wenn die weitergereichten Maklerkosten maximal 50 Prozent des insgesamt zu zahlenden Maklerlohns ausmachen. Hat der Verkäufer z.B. den Makler beauftragt, so soll der Käufer nur noch maximal 50 Prozent des Maklerlohns zahlen müssen. Das „Bestellerprinzip“ gilt hierbei eingeschränkt. Neben einer Aufteilung der Maklerkosten soll der Käufer in diesem Falle außerdem erst zur Zahlung des hälftigen Maklerlohns verpflichtet sein, wenn der Verkäufer nachweist, dass er seinen Anteil gezahlt hat.
- Maklerverträge bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Textform (z. B. E-Mail).

### **RECHTLICHE BEWERTUNG**

Bislang gab es keine gesetzliche Regelung dazu, ob der Verkäufer oder der Käufer den Maklerlohn übernimmt. Auch die Provisionshöhe ist beim Immobilienverkauf in Deutschland aktuell noch frei vereinbar. Gesetzliche Vorgaben hierzu gibt es also nicht, sodass sich die Aufteilung und die Höhe innerhalb der Bundes-

länder bisher unterschieden. In 11 von 16 Bundesländern teilen sich für gewöhnlich der Käufer und Verkäufer die Maklerkosten etwa zu gleichen Teilen. In Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen und Brandenburg dagegen trägt in der Regel alleine der Käufer den Maklerlohn. Dieser reicht von 5,95 Prozent bis 7,14 Prozent des Kaufpreises zzgl. USt. Dabei handelt es sich um Erfahrungswerte, da es keine gesetzlichen Vorgaben dazu gibt. Maßgeblich sind jedoch nicht allein die örtlichen Gepflogenheiten. Primär kommt es nämlich auf die Vereinbarung zwischen dem Käufer und dem Verkäufer an.

Der aktuelle Beschluss des Bundestags vom 14. Mai 2020 zum „Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser“ sieht nunmehr vor, dass Maklerkosten bundesweit einheitlich geregelt werden. Insbesondere sollen hiernach Kosten, die vom Verkäufer verursacht worden und in seinem Interesse angefallen sind, auch von diesem getragen werden. Nicht dagegen sollen diese Kosten dem Käufer aufgebürdet werden.

**Das heißt:** Wird der Makler nur von einer Partei des Kaufvertrags beauftragt, wie z.B. dem Verkäufer, so soll dieser im Grundsatz verpflichtet bleiben, den anfallenden Maklerlohn in vollem Umfang zu begleichen. Möchte der Verkäufer in diesem Fall jedoch, dass der Käufer den gesamten Maklerlohn übernimmt, so kann er die Kosten nicht mehr in vollem Umfang auf den Käufer abwälzen. Der Käufer, der den Makler nicht beauftragt hat, muss in diesem Beispiel also nicht den vollen Maklerlohn übernehmen, sondern nur noch bis zu einer maximalen Obergrenze von 50 Prozent des insgesamt zu zahlenden Maklerlohns zur Zahlung beitragen. Eine vollständige Abwälzung der Maklerkosten ist nach der neuen Regelung, wie es bisher in den Bundesländern Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen und Brandenburg oftmals gehandhabt wurde, nicht mehr möglich.

Außerdem soll zunächst die verpflichtete Vertragspartei, also diejenige, die den Makler beauftragt, ihren Anteil am Maklerlohn zahlen und dies gegenüber der anderen Partei nachweisen, bevor deren Kostenanteil fällig wird. Gewerbeimmobilien sind nicht von der Neuregelung erfasst. Für den Fall, dass beide Parteien den Makler beauftragen und dieser neutraler Mittler ist, wird eine hälftige Teilung der Maklerprovision vorgesehen.

#### **ALS BEISPIEL KANN FOLGENDES AUFGEFÜHRT WERDEN:**

Verständigt sich der Makler mit dem Eigentümer auf eine Verkäuferprovision in Höhe von 1,5 Prozent, so darf dem Käufer ebenfalls nur bis zu 1,5 Prozent als Provision abverlangt werden. Verständigt sich der Makler mit dem Eigentümer auf eine Verkäuferprovision von 3 Prozent, dann darf der Makler auch vom Käufer nur bis zu 3 Prozent verlangen. Gelingt es dem Makler nicht, einen Maklerlohn mit dem Verkäufer zu verhandeln, so kann er auch vom Käufer nichts verlangen.

Zwar gilt diese Regelung auch gegenüber dem Käufer. Ist der Käufer alleiniger Vertragspartner des Maklers, gelten die obigen Grundsätze mit Blick auf die Verursachung der Maklerkosten entsprechend. Auch in solchen Fällen bleibt es bei dem Grundsatz, dass primär der Auftraggeber zahlungspflichtig ist und höchstens eine 50:50-Kostenteilung erwirken kann. Verdeutlicht wird in der Begründung des Gesetzesentwurfs dennoch, dass mit der Neuregelung primär der Schutz des Käufers (und nicht des Verkäufers) bezweckt werden sollte.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass das „Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser“ einerseits für Klarheit sorgt. So sollen bundesweit einheitliche und verbindliche Regelungen die Transparenz und Rechtssicherheit bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser erhöhen und die Käufer vor der Ausnutzung einer faktischen Zwangslage schützen. Unter anderem soll dabei verhindert werden, dass die vom Verkäufer verursachten Maklerkosten im Kaufvertrag vollständig oder überwiegend dem Käufer aufgebürdet werden. In den Regionen wie etwa in Hessen, in denen üblicherweise der Käufer den Maklerlohn übernimmt, obwohl der Makler für den Verkäufer und Käufer tätig wird, soll diese „Ungerechtigkeit“ – wie sie vor allem von der Politik empfunden wird – als Leitbild gesetzlich geregelt werden.

**Andererseits** greift das neue Gesetz in die Privatautonomie ein und stellt einen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Bisher waren die Regelungen des § 652 ff. BGB dispositiver Natur und die Parteien waren aufgrund der Privatautonomie in der Gestaltung ihres Vertrags weitgehend frei. Nun greift der Gesetzgeber mit der neuen Regelung in die Privatautonomie ein und gibt vor, wie der Maklervertrag gestaltet und der Maklerlohn geregelt werden sollte. Der bezweckte Schutz von Käufern rechtfertigt diesen Eingriff auch nicht, da hierbei unberücksichtigt bleibt, dass viele Verkäufer ebenfalls schutzbedürftig sind. Dies wird in der Neuregelung nicht (ausreichend) berücksichtigt.

#### **Klaus Beine**

Rechtsanwalt | Notar  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt am Main

#### **Dr. Angela Kogan**

Rechtsanwältin  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt am Main

---

# BB AKTUELL

## 5 % Studie 2020

Die kommende 5 % Studie der bulwiengesa AG – die 6. Ausgabe war traditionell für diesen Herbst geplant – wird aufgrund der umfangreichen notwendigen Recherchen zu den Corona-Einflüssen auf die Immobilienbranche später erscheinen. BEITEN BURKHARDT wird diese Studie wie in den vorangegangenen Jahren wieder unterstützen und nach Möglichkeiten vor der MIPIM 2021 an allen fünf Kanzlei-Standorten präsentieren. Regelmäßig untersucht die bulwiengesa AG die Performance-Erwartungen aller Assetklassen, die im deutschen Immobilienmarkt wichtig sind. Der Leiter der Praxisgruppe Real Estate bei BEITEN BURKHARDT, Rechtsanwalt und Notar Klaus Beine, sagt: „Die von uns unterstützte Studie ist längst fester Bestandteil der Immobilienbranche, wir sehen sie als Pflichtlektüre. Sie trägt für uns als Rechtsanwälte dazu bei, den Markt und unsere Mandanten noch besser zu verstehen.“ Die 7. Ausgabe der Studie ist wieder regulär für Herbst 2021 geplant.

## Veröffentlichungen

### **FRIEDRICH MUNDING:**

Grundsätzlich verwirkt ein Makler seinen Provisionsanspruch nicht dadurch, dass er nicht allgemein über mögliche Schadstoffbelastungen eines Fertighauses aus der betreffenden Bauzeit aufklärt. (*OLG Hamm – 18. Zivilsenat – Urteil vom 18. Februar 2019, Az.: 18 U 99/17*) – In Immobilien Zeitung 10/2020

### **MICHAEL MARTENS:**

Der Abschluss eines Kaufvertrages löst auch dann einen Maklerlohnanspruch aus, wenn der Kaufvertrag entgegen der Vereinbarung im Maklervertrag ein Hinausschieben von Kaufpreisfälligkeit und Übergabe auf einen späteren Zeitpunkt vorsieht. (*OLG Stuttgart, Hinweisbeschluss vom 5. Juni 2019 – 3 U 92/19*) – In Immobilien Zeitung 20/2020

### **LENA CEBULLA:**

Verwalter und WEG sind Mitverantwortliche im Sinne von Art. 26 DSGVO. (*AG Mannheim – Urteil vom 11. September 2019, Az.: 5 C 1733/19*) – In Immobilien Zeitung 30/202

## Impressum

### BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

### REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Thomas Herten | LL.M. | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2020.

### HINWEISE

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten,  
können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff  
„Abbestellen“ an [newsletter@bblaw.com](mailto:newsletter@bblaw.com)) oder sonst  
gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

### IHRE ANSPRECHPARTNER

#### BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin  
Dr. Klaus Kemen | Rechtsanwalt  
Tel.: +49 30 26471-133 | [Klaus.Kemen@bblaw.com](mailto:Klaus.Kemen@bblaw.com)

#### DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf  
Thomas Herten | Rechtsanwalt  
Tel.: +49 211 518989-143 | [Thomas.Herten@bblaw.com](mailto:Thomas.Herten@bblaw.com)

#### FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main  
Klaus Beine | Rechtsanwalt | Notar  
Tel.: +49 69 756095-405 | [Klaus.Beine@bblaw.com](mailto:Klaus.Beine@bblaw.com)

#### MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München  
Dr. Stefan Fink | Rechtsanwalt  
Tel.: +49 89 35065-1444 | [Stefan.Fink@bblaw.com](mailto:Stefan.Fink@bblaw.com)  
Frank Oprée | Rechtsanwalt  
Tel.: +49 89 35065-1446 | [Frank.Opree@bblaw.com](mailto:Frank.Opree@bblaw.com)