

# KANZLEIBRIEF

## 1/10

PRIVATES BAURECHT	PUBLIC-PRIVATE-PARTNERSHIP	STRAFRECHT
IMMOBILIENRECHT	BAUTRÄGERRECHT	NOTARIAT
ARCHITEKTENRECHT	ÖFFENTLICHES BAURECHT	INTERNATIONALES BAURECHT
INGENIEURRECHT	UMWELTRECHT	STEUERRECHT
VERGABERECHT	ANLAGENBAURECHT	BAUVERSICHERUNGSRECHT

### DIE KANZLEI IM INTERNET: [WWW.HFK-RECHTSANWAELTE.DE](http://WWW.HFK-RECHTSANWAELTE.DE)

#### HFK RECHTSANWÄLTE ERÖFFNEN BÜRO IN DÜSSELDORF

HFK Rechtsanwälte, eine der führenden Kanzleien in den Bereichen Bau-, Immobilien- und Vergaberecht, mit Niederlassungen in Frankfurt, Berlin, München, Hamburg, Hannover und Wien, ist ab dem 1. Januar 2010 auch in Düsseldorf vertreten.

„Diese Neugründung ist die logische Weiterentwicklung unserer Wachstumsstrategie. Wir freuen uns, in einem der bedeutendsten Märkte der Republik mit einem eigenen Büro Mandantennähe zeigen zu können. Die neu gewonnenen Kollegen ergänzen unsere Kernkompetenzen im Bau-, Immobilien- und Vergaberecht und helfen beim Aufbau neuer Betätigungsfelder im Steuer-, Gesellschafts-, Versicherungs-, Arbeits- und Strafrecht“, kommentiert Prof. Horst Franke, Gesellschafter der Kanzlei HFK. „Nur so können wir ‚rechtlicher Komplettanbieter‘ z.B. im Bereich Immobilienrecht und Facility Management sein.“

Das neue Büro geht mit fünf Anwälten an den Start:

**Leiter Frank Oehl** (43) ist seit gut elf Jahren im privaten Bau- und Architektenrecht sowie bei Immobilientransaktionen tätig, hier auch an der Schnittstelle zum M&A. Er sammelte seine Erfahrungen in internationalen Großkanzleien wie Nörr Stiefenhofer Lutz sowie PwC Veltns.

**Stefan Schulte** (40) besitzt zwölf Jahre Berufserfahrung und verfügt zudem über die Zulassung als Steuerberater. Seine Spezialgebiete sind Strukturierung und Restrukturierung von Immobilieninvestitionen und -finanzierungen. Zuvor war er bei KPMG und dann als Generalbevollmächtigter des größten deutschen Aluminiumproduzenten, der Trimet Aluminium AG, tätig.

#### BAUFORDERUNGSSICHERUNGSGESETZ – AKTUELLER STAND UND VERSCHÄRFTE PROBLEME BEI DER ORGANHAFTUNG

Das Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) erfuhr nach seinem Inkrafttreten am 1. Januar 2009 eine rechtspolitische Diskussion. Diese mündete am 16. Juni 2009 in eine gesetzgeberische Korrektur. Danach ergibt sich der nachstehend skizzierte Sachstand hinsichtlich des mit lediglich zwei Paragraphen wahrscheinlich kürzesten Bundesgesetzes:

HFK Rechtsanwälte, neuer Standort Düsseldorf:  
Königsallee 24, 40212 Düsseldorf,  
Tel.: 0211 / 54 21 65 – 0 oder Fax: 0211 / 54 21 65 – 99  
E-Mail: [duesseldorf@hfk-rechtsanwaelte.de](mailto:duesseldorf@hfk-rechtsanwaelte.de)



**Christine Rester** (43), die seit 2000 in Berlin und in Nordrhein-Westfalen für HFK tätig ist, verstärkt das Team mit ihrer ausgewiesenen Kompetenz in den Bereichen Bau- und Immobilienrecht.

**Caroline Swiatowy** (33) ist Fachanwältin für privates Bau- und Architektenrecht und kennt den Markt sowohl von Auftraggeber- als auch von Auftragnehmerseite. Ihre Erfahrungen sammelte sie bei der internationalen Großkanzlei Luther sowie zuletzt bei Hoffmann Liebs Fritsch & Partner.

**Cornelius Görts** (39) ist seit rund acht Jahren im Bereich der internationalen Immobilientransaktionen und -finanzierungen sowie bei der Restrukturierung von Immobilienfonds und -portfolios tätig. Er erwarb diese Kenntnisse in mehrjähriger Tätigkeit für internationale Großkanzleien in London, z.B. Freshfields und Debevoise & Plimpton. Zuletzt war er als Syndikus bei der Projektfinanzierungstochter der ABN Amro Bank in den Niederlanden aktiv.

- Der Baugeldbegriff wurde erweitert. Umfasst sind jetzt nicht nur dinglich gesicherte Fremdmittel mit der schuldrechtlichen Abrede, dieses Geld zur Bestreitung der Kosten des Baues zu verwenden, sondern auch Eigenkapital des Bauherrn und öffentliche Fördermittel etc., wenn diese Gelder – insbesondere, aber nicht nur – von einem Generalbauunternehmer (GU), Generalbau-

übernehmer (GÜ), Bauträger (BT) etc. empfangen wurden und sich diese wiederum Nachunternehmern zur Erbringung der Bauleistung bedienen.

- Die Baubuchführungspflicht ist entfallen. Dies hilft dem Baugeldempfänger jedoch nicht, denn: Ist die Baugeldeigenschaft oder die (gesetzmäßige) Verwendung des Baugeldes streitig, so trifft die (Darlegungs- und) Beweislast (jetzt) vollumfänglich den Empfänger.
- Der Baugeldempfänger darf sich zwar nun „in Höhe des angemessenen Wertes der von ihm erbrachten Leistungen“ Baugeld aus den empfangenen Zahlungen entnehmen. Er ist also nicht mehr auf die Hälfte des angemessenen Wertes begrenzt.
- Die Zweckbindung des Baugeldes zur Verwendung ausschließlich in das spezifische Bauvorhaben bleibt aber bestehen und Cash-Pooling damit brandgefährlich.

### Generalunternehmer & Co. als Treuhänder des Nachunternehmers

Die mit den vorstehenden Neuregelungen erzielten Verschärfungseffekte treffen insbesondere die GU und GÜ, aber auch BT, die Nachunternehmer werk-, dienst- oder kaufvertraglich hinzuziehen. Sämtliche Geldmittel, die sie vom Bauherrn für eine im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues oder Umbaues stehende Leistung empfangen, müssen zunächst als Baugeld angesehen und deshalb streng nach dem gesetzlichen Leitbild verwendet werden. Sicherheitshalber sollte sogar ein Treuhandkonto eingerichtet werden, das vor dem Pfändungszugriff Dritter schützt. Anderenfalls droht den Vertretungsorganen und der (bau-)kontoverfügbaren zweiten Führungsebene die persönliche Haftung. Die hierzu vorgesehene strafrechtliche Sanktionierung steht dabei noch nicht einmal im Vordergrund. Weitaus bedeutender ist die zivilrechtliche Verantwortlichkeit dieses Personenkreises für die mit ihren Bauforderungen ausfallenden Nachunternehmer.

### Persönliche Haftung mit dem gesamten Privatvermögen; fehlende Versicherbarkeit bei Verurteilung

Die vorstehend skizzierte Ausfallhaftung besteht für den betreffenden Personenkreis persönlich mit dem gesamten Privatvermögen. Es handelt sich um eine Schadenersatzpflicht aufgrund unerlaubter Handlung (Delikt). Besonders gefährlich dabei ist, dass sich die Leitungsorgane selbst mittelgroßer Generalbauunternehmungen bzw. -übernehmer in der Regel nicht selbst um die Zahlungsflüsse auf den einzelnen Baustellen kümmern, ja gar nicht kümmern können und deshalb von einzelnen Baustellen manchmal noch nicht einmal Kenntnis haben und demgemäß auch gar nicht wissen, von wem für welchen Bau genau wie viel Geld empfangen und wie dieses verwendet wird. All dies schützt vor einer Haftung nicht, Stichworte: Wissenszurechnung und Organisationsverschulden. Oder anders ausgedrückt: Jede Wissensschnittstelle im Unternehmen muss einen lückenlosen Informationsfluss bis hin zum gesetzlichen Vertretungsorgan ermöglichen und zwar so, als besetzte jenes die Schnittstelle in eigener Person. Dieses Idealbild dürfte aber de facto in kaum einem Unternehmen von wenigstens mittlerer Größe gelebte Realität sein, soll-

te es aber. Denn: Die persönliche Haftung der gesetzlichen Vertretungsorgane für Ausfälle von Nachunternehmern im Anwendungsbereich des BauFordSiG ist nicht über eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung (D & O - Police) versicherbar. Eine solche Police wird regelmäßig nur vorläufig die Abwehrdeckung übernehmen. Kommt es aber zu einer Verurteilung, bedingt dies, dass vorsätzliches Handeln nachgewiesen wurde und die Eintrittspflicht des D & O-Versicherers entfällt dann komplett, also auch rückwirkend für die Abwehrdeckung. Im Zuge der in den letzten 10 Jahren erlebten größeren Bauinsolvenzen hätten die Regelungen des neuen Rechts zu einer Vielzahl sich anschließender Privatinsolvenzen geführt. Denn anders als nach altem Recht muss nun nicht mehr der ausgefallene Baugläubiger die schwere Darlegungs- und Beweislasthürde nehmen, ob und wie viel Baugeld vom GU, GÜ oder BT etc. empfangen wurde. Denn diesen Vorwurf zu entkräften, ist nun – vermöge gesetzlicher Beweislastumkehr – Sache des beklagten Organmitglieds.

### Compliance-Thema BauFordSiG: Sicherheit durch rechtliche Optimierung der Baustellenabwicklung

Die aufgezeigten Risiken für oberste und obere Leitungsebenen von GU, GÜ und BT bedingen eine rechtssichere Ablauforganisation und ein juristisches Coaching sämtlicher mit potentiell Baugeld in „Berührung“ kommender Personen und sollten als das behandelt werden, was sie haftungsrechtlich sind: Chefsache!

*Frank Oehl, Rechtsanwalt  
Caroline Swiatowy, Rechtsanwältin und Fachanwältin  
für Bau- und Architektenrecht,  
Büro Düsseldorf*



**HFK KANZLEIBROSCHÜRE „VERGABE VON AUFTRÄGEN IM BEREICH VERKEHR, TRINKWASSER UND ENERGIEVERSORGUNG“**

Bestellen Sie unter  
Tel.: 069 / 97 58 22 – 0 oder Fax: 069 / 97 58 22 – 225  
E-Mail: frankfurt@hfk-rechtsanwaelte.de

**HFK KANZLEIBROSCHÜRE „ARCHITEKTEN- UND INGENIEURRECHT – HOAI 2009“**

Bestellen Sie unter  
Tel.: 069 / 97 58 22 – 0 oder Fax: 069 / 97 58 22 – 225  
E-Mail: frankfurt@hfk-rechtsanwaelte.de

## IMMOBILIENINVESTITIONEN IN DER KRISE

Immobilieninvestitionen waren in Zeiten des „billigen“ Geldes nahezu unproblematisch realisierbar. Dies haben uns insbesondere die Investitionen US-amerikanischer oder britischer Anleger in Deutschland gezeigt. Durch die Finanzkrise und die ihr nunmehr nachfolgende realwirtschaftliche Krise verschlechtern sich zusehends sowohl die Renditeaussichten als auch die Finanzierungsmöglichkeiten.

### Die Ambivalenz-Krise auf dem Immobilienmarkt

Die Krise lässt sich hinsichtlich der Immobilieninvestitionen sowohl aus Restrukturierungs- als auch aus Strukturierungssicht betrachten. Für die bestehende Investition in der Krise steht primär die Restrukturierung bzw. Sanierung im Vordergrund. Neuinvestitionen, die die Krise als Chance erblicken, werden unter dem Gesichtspunkt der Strukturierung von Investitionen betrachtet.

### Restrukturierungsberatung

Eine erfolgreiche Restrukturierung bestehender Immobilieninvestitionen setzt bei der Analyse der Ursachen und Handlungsoptionen an. Im Rahmen der Restrukturierungsberatung sind die Mittel zur Erreichung der Ziele meistens rechtliche oder steuerliche Ansätze. Die Lösung besteht jedoch fast immer in wirtschaftlich tragfähigen Konzepten. Dazu ist beispielsweise ein Team aus erfahrenen juristischen, steuerlichen, kaufmännischen und immobilienwirtschaftlichen Beratern bzw. Experten erforderlich, die ihre Lösungsideen zusammenführen.

Dazu ein Beispiel:

Der Investor GB hat steueroptimiert ein fremdfinanziertes Immobilienportfolio in Deutschland erworben, um es nach einigen Verbesserungen wieder schnell zu veräußern. Die erhofften Mietsteigerungen konnten nicht erzielt werden, die Finanzierungskosten steigen und die sogenannten Covenants konnten wiederholt nicht eingehalten werden. Ein professionelles Facility Management findet nicht statt. Ohne weitere Maßnahmen seitens des Investors würde die finanzierende Bank Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung betreiben.

Die Lösung für den Investor besteht darin, die Immobilie in einem geordneten Prozess, z. B. im Rahmen einer Sanierungsvereinbarung mit den Banken, zu verwerten, nachdem ein professionelles Facility Management anstatt eines Zwangsverwalters etabliert wurde. Aus Sicht des Investors könnten sogar aufgrund von Fremdwährungsverbindlichkeiten Verluste bei einem Verkauf egalisiert werden (hat gegenüber dem Pfund an Wert gewonnen). Die Verwertung muss noch berücksichtigen, dass die beim Erwerb etablierten steueroptimierten Strukturen in der Krise nicht zu Steuernachteilen führen. Das Restrukturierungskonzept umfasst daher die ganzheitliche Beratung des Investors.

Dies soll nur strukturell verdeutlichen, in welchen Bereichen Restrukturierungslösungen entwickelt und umgesetzt werden können.

### Strukturierungsberatung

Bei der Strukturierungsberatung geht es – im Gegensatz zur Restrukturierungsberatung – um die Gestaltung von neuen Immobilieninvestitionen. Diese können beispielsweise in Form von geschlossenen Immobilienfonds oder REITs erfolgen. Darüber hinaus werden für einzelne Investoren optimale Strukturen entwickelt. Diese müssen nicht nur steueroptimiert sein, da eine maximale Steuerersparnis aus der Erfahrung auch mit dem Verzicht auf Flexibilität verbunden ist – was gerade in der Krise zu einem erheblichen Nachteil werden kann. Die Strukturen werden daher individuell an den Zielen der Investoren ausgerichtet und entwickelt.

Dazu ein Beispiel:

Der Unternehmer P erwirbt eine Gewerbeimmobilie mit langlaufenden Mietverträgen als Alternative zur Festgeldanlage. Nachfolgend, im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge, sollen Ehegatte sowie die volljährigen Kinder beteiligt werden. Ziel ist die Einkommenssicherung für die nachfolgende Generation im Rahmen der Ausbildungssituation unter Minimierung der Transaktionskosten, Schenkungsteuer und Einkommensteuer.

Es muss die richtige gesellschaftsrechtliche Form gefunden werden, die sowohl grundbuchfähig ist als auch bei Eintritt neuer Gesellschafter keine beurkundungspflichtigen Vorgänge auslöst. Die Höhe der Beteiligung ist an schenkungsteuerlichen Freibeträgen und Bewertungsvorschriften zu orientieren und das zugewendete Mieteinkommen soll zu einer möglichst geringen Einkommensteuerbelastung führen. Hier ist eine fortlaufende Beratung und Prüfung durchzuführen, ob und wann Beteiligungen zugewendet werden können.

### Steuergestaltung und Planungssicherheit

Die Diskussionen in Deutschland über Steuerreformen sind beinahe so alt wie die Steuern selbst. Für Unternehmer und Unternehmen ist bei eingehender Analyse jedoch nicht die Höhe der Steuer, das heißt Steuerlast, das wahre Problem. Vielmehr sind es die Komplexität des Steuerrechts und die Unberechenbarkeit der Rechtsanwendung, die Investitionsentscheidungen, bzw. Gestaltungen erschweren oder blockieren.

Über die Komplexität des deutschen Steuerrechts ist genug geschrieben worden. Es ist mittlerweile ein „trauriger“ Fakt. Hingegen wird die Unberechenbarkeit der Rechtsanwendung, das heißt fehlende Planungssicherheit, noch viel zu wenig bei Entscheidungen und Gestaltungen berücksichtigt. Eine Steuergestaltung, die die Vermeidung oder Minimierung von Steuern zum Ziel hat, darf nicht nur daran gemessen werden, wie hoch die Ersparnis bzw. der Vorteil nominell ist, z. B. die vollständige Vermeidung von Grunderwerbsteuer beim Verkauf großer Immobilienportfolios. Bei allen Abwägungen für und gegen eine Steuergestaltung sollte immer mit berücksichtigt werden, wie lange die Finanzverwaltung, das heißt der Rechtsanwender, noch eine Entscheidung über die „Legalität“ einer Gestaltung treffen kann. In der Praxis ist ein Zeitraum von 4 bis 13 Jahren nicht ungewöhnlich. Dies liegt einzig am Ver-

fahrensrecht der Abgabenordnung (AO). Die AO erlaubt es der Finanzverwaltung unter bestimmten Voraussetzungen, bereits bestandskräftige Steuerbescheide zu Lasten des Steuerpflichtigen zu ändern. Dies geschieht in der Praxis oftmals anlässlich von steuerlichen Außenprüfungen (sogenannte Betriebsprüfungen).

Die Kosten (insbesondere für Berater) der Verteidigung gegen einen geänderten Steuerbescheid übersteigen nicht selten die ursprünglich eingeplanten Steuervorteile einer bestimmten Gestaltung. Abwehrmaßnahmen beginnen vielfach schon in der sog. Betriebsprüfung und können sich über Jahre bis zur Revision zum Bundesfinanzhof ziehen. So kommt es nicht selten vor, dass der Bundesfinanzhof in letzter Instanz über einen steuerlich relevanten Sachverhalt entscheidet, der bereits 20 Jahre zurückliegt.

Diese Planungsunsicherheit ist weder für Unternehmer noch Unternehmen tragbar. Eine ausgewogene Steuergestaltung muss daher auch immer Planungssicherheit im Auge haben. Auf verfahrensrechtliche Maßnahmen seitens

des Unternehmens zur Erreichung einer frühestmöglichen Planungssicherheit, wie beispielsweise Anträge auf verbindliche Auskunft, sollte daher nur in den seltensten Fällen verzichtet werden. Solange eine Steuerreform nicht das Verfahrensrecht zugunsten einer größeren Planungssicherheit ändert, müssen Unternehmer und Unternehmen die Unwägbarkeiten weitestgehend durch entsprechende Beratung reduzieren.

Wer mittel- und langfristig „böse“ Überraschungen vermeiden möchte, muss sich im Spannungsfeld zwischen maximaler Steuerersparnis und absoluter Planungssicherheit bewegen und die Gestaltung oftmals zugunsten der Planungssicherheit anpassen. Unsere Beratung besteht gerade in der Optimierung von Ersparnis und Planungssicherheit.

*Stefan Schulte  
Rechtsanwalt und Steuerberater  
Cornelius Görts  
Rechtsanwalt  
Büro Düsseldorf*

## KANZLEI INTERN

### NEUE PARTNER:

**WIR FREUEN UNS, FOLGENDE KOLLEGEN  
AUF DER PARTNEREBENE BEGRÜßEN ZU KÖNNEN:**  
**RECHTSANWALT DR. STEPHAN GÖTZE**  
**RECHTSANWALT DR. FLORIAN SCHRAMMEL**

### NEUE KOLLEGEN:

### IN FRANKFURT:

**RECHTSANWALT WOLFGANG A. MÜNCHOW**  
Seit dem 1. November 2009 ist RA Wolfgang A. Münchow im Frankfurter Büro von HFK Rechtsanwälte tätig. Nach Studium in Jena und Dresden und Referendariat in Dresden und San Diego, CA, USA war Herr Münchow von 2000 bis 2004 als Rechtsanwalt im Frankfurter Büro von Haarmann,

Hemmelrath & Partner im Bereich Gesellschaftsrecht, Private Equity, Mergers & Acquisitions und von 2004 bis 2009 als Rechtsanwalt im Frankfurter Büro der internationalen Kanzlei Willkie Farr & Gallagher LLP im Bereich Corporate & Financial Services tätig. Herr Münchow wird sich dem Aufbau des Bereiches Gesellschaftsrecht widmen, um den Mandanten der Kanzlei künftig neben der Beratung in den Bereichen Bau-, Vergabe- und Immobilienrecht auch erstklassige Beratung im Gesellschaftsrecht sowie bei Unternehmenstransaktionen anbieten zu können. Herr Münchow berät ferner in Finanzierungsfragen und verstärkt den Bereich Immobilienrecht.

**BITTE GEBEN SIE UNS IHRE MAIL-ADRESSE AN, DAMIT WIR IHNEN  
ZUKÜNFTIG DEN KANZLEIBRIEF PER MAIL ZUSENDEN KÖNNEN.**

KANZLEIBRIEF 1/10

REDAKTION: BIRGIT WEBER, DR. RAINER KOHLHAMMER

BITTE BEACHTEN SIE, DASS DIESER KANZLEIBRIEF NUR ALLGEMEIN INFORMIERT, DIE RECHTLICHE BERATUNG ABER NICHT ERSETZEN KANN.

**HFK**  **RECHTSANWÄLTE**  
HEIERMANN FRANKE KNIPP

**FRANKFURT a. M.**  
Kettenhofweg 126  
60325 Frankfurt a. M.  
Tel. +49/69/975822-0  
Fax +49/69/975822-225/-230  
frankfurt@hfk-rechtsanwalte.de

**BERLIN**  
Knesebeckstraße 1  
10623 Berlin  
Tel. +49/30/318675-0  
Fax +49/30/318675-29  
berlin@hfk-rechtsanwalte.de

**MÜNCHEN**  
Maximilianstraße 29  
80539 München  
Tel. +49/89/291930-0  
Fax +49/89/291930-22  
muenchen@hfk-rechtsanwalte.de

**HAMBURG**  
Am Kaiserkai 10  
20457 Hamburg  
Tel. +49/40/288095-30  
Fax +49/40/288095-40  
hamburg@hfk-rechtsanwalte.de

**DÜSSELDORF**  
Königsallee 24  
40212 Düsseldorf  
Tel. +49/211/542165-0  
Fax +49/211/542165-99  
duesseldorf@hfk-rechtsanwalte.de

**HANNOVER**  
Aegidientorplatz 2 B  
30159 Hannover  
Tel. +49/511/811209-60  
Fax +49/511/811209-70  
hannover@hfk-rechtsanwalte.de

**WIEN**  
Singerstraße 20 / 11  
1010 Wien  
Tel. +43/1/8900761  
Fax +43/1/8900721  
wien@hfk-rechtsanwalte.at