

29. September 2016

## RECHT AKTUELL

3. Quartal 2016

**Schwerpunkte dieser Ausgabe: Immobilien- und Steuerrecht**

**aclanz** Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB  
An der Hauptwache 11 (Alemanniahaus), 60313 Frankfurt am Main  
Tel.: +49 (0)69 / 2 97 28 73 - 0, Fax: +49 (0)69 / 2 97 28 73 - 10  
E-Mail: [info@aclanz.de](mailto:info@aclanz.de), Web: [www.aclanz.de](http://www.aclanz.de)

### 1. Dauerhafte Kurzzeitvermietungen einer Wohnung an Touristen erfordert neue Baugenehmigung

Die dauerhafte tage- oder wochenweise Vermietung einer Wohnung an Touristen stellt eine genehmigungsbedürftige Nutzungsänderung dar, die von der Behörde untersagt werden kann. Nach einer Entscheidung des *Oberverwaltungsgerichtes (OVG) Berlin-Brandenburg, 30.05.2016 – 10 S 34.15*, ist diese Nutzungsart als Ferienwohnung zu qualifizieren. Diese unterscheidet sich von der Wohnnutzung, die auf dauerhafte Häuslichkeit angelegt sei. Daher wäre für die Nutzungsänderung eine neue Baugenehmigung erforderlich gewesen, die die Betroffene aber nicht hatte. Unerheblich sei dabei auch, dass die Betroffene möglicherweise eine Baugenehmigung hätte erhalten können. Nur falls ausnahmsweise offensichtlich ein Anspruch auf eine Baugenehmigung bestünde, wäre eine Nutzungsuntersagung ausgeschlossen.

### 2. Pauschale Bearbeitungsgebühr für ein Immobiliendarlehen auch gegenüber Unternehmen unzulässig?

Wird bei einem Immobiliendarlehen mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen eine pauschale Bearbeitungsgebühr erhoben, so ist diese auch gegenüber einem Unternehmen eine unangemessene Benachteiligung und daher unwirksam gem. § 307 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 Nr. 1 BGB. So hat das *Oberlandesgericht Frankfurt (OLG), 25.02.2016 - 3 U 110/15*, entschieden. Die Zurverfügungstellung der Valuta, die Bearbeitung des Darlehensantrages, die Bonitätsprüfung, die Erfassung der Kundenwünsche und -daten, das Führen der Vertragsgespräche, die Abgabe des Darlehensangebots oder die Beratung des Kunden stellen keine separat vergütungsfähige Sonderleistung dar. Dies gelte nicht nur bei Darlehensverträgen mit Verbrauchern, sondern auch mit Unternehmen. Das bedeutet: Das Unternehmen kann die geleistete Bearbeitungsgebühr wieder herausfordern.

### 3. Müssen Verkaufsanzeigen eines Maklers Pflichtangaben zum Energieverbrauch der Immobilien enthalten?

Immobilienmakler werden durch § 16a Abs. 1 der Energieeinsparverordnung (ENEV) nicht eigenständig verpflichtet, in einer Immobilienanzeige die vorgeschriebenen Pflichtangaben zum Energieverbrauch zu machen. Die Norm richtet sich ausschließlich an Verkäufer, Vermieter, Verpächter und Leasinggeber von Immobilien. So sieht es das *Landgericht Berlin (LG), 28.01.2016 – 52 O 204/15*. Das LG stellt dabei vorrangig auf den ausdrücklichen Wortlaut von § 16a Abs. 1 ENEV ab, der sich nun einmal nicht auf Makler erstreckt. Andere Gerichte respektieren diesen einschränkenden Wortlaut des Gesetzes nicht und erweitern eigenständig dessen Anwendungsbereich auch auf Makler (etwa das LG Würzburg, 10.09.2015 – 1 HKO 1046/15 – oder das LG Traunstein, 12.02.2016 – 1 HKO 3385/15). Die Rechtslage ist also derzeit umstritten.

#### 4. Europarechtswidrigkeit der Freibetragsregelung für deutsche Erbschaft- und Schenkungsteuer zugunsten Ansässiger in Großbritannien

Auch die neugeschaffene Optionsregelung, wonach nicht in Deutschland Ansässige (hier: Ansässige in Großbritannien) nur unter bestimmten Voraussetzungen Freibeträge bei der deutschen Erbschaft- und Schenkungsteuer in derselben Höhe wie in Deutschland Ansässige geltend machen können, ist eine diskriminierende Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit und deshalb europarechtswidrig, so der *Europäische Gerichtshof (EuGH)*, 08.06.2016 – C-479/14. aclanz berichtete bereits zu der Europarechtswidrigkeit der Vorgängerregelung in *Recht Aktuell IX-XI/2014 Nr. 6* und der Möglichkeit, dass auch die neue Regelung dieses Verdikt treffen wird. Das ist nun geschehen und umgehend von der deutschen Finanzgerichtsbarkeit umgesetzt worden (vgl. Finanzgericht (FG) Düsseldorf, 13.07.2016 - 4 K 488/14 Erb). Angesichts des BREXITs ist offen, ob sich Ansässige in Großbritannien mit Immobilienbesitz in anderen Mitgliedstaaten der EU auch künftig bei Schenkungen und Erbgängen auf derartige EU-Garantien noch berufen können.

#### 5. „Treaty Override“ bei Doppelbesteuerungsabkommen verfassungsgemäß

Der Gesetzgeber kann auch dann Gesetze wirksam erlassen, wenn diese zu völkerrechtlichen Verträgen im Widerspruch stehen. Dies gilt insbesondere auch für zusätzliche Nachweispflichten, die der deutsche Gesetzgeber mit § 50 Abs. 8 S. 1 EStG für die Steuerfreistellung von Einkünften aus unselbständiger Arbeit im Ausland entgegen einiger Doppelbesteuerungsabkommen fordert (*Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*, 15.12.2015 - 2 BvL 1/12). Das höchste deutsche Gericht hat damit einen Vorstoß des *Bundesfinanzhofs (BFH)* zurückgewiesen, dem in der deutschen Steuergesetzgebung und anderen Ländern seit einiger Zeit grassierenden „Treaty Override“ mit einer verfassungsrechtlichen Normenkontrolle entgegen zu wirken. Laut *BVerfG* ist das Überschreiben eines völkerrechtlichen Vertrages („Treaty Override“) verfassungsgemäß; der spätere Gesetzgeber müsse Rechtssetzungsakte früherer Gesetzgeber revidieren können; etwas anderes folge weder aus dem Rechtsstaatsprinzip noch aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes. Das Gericht sieht sich dabei im Einklang mit seiner früheren Rechtsprechung und dem Völkerrecht. Auch das Völkerrecht schließe die innerstaatliche Wirksamkeit völkerrechtswidriger Rechtsakte nicht aus.

#### 6. Stellt die Bildung eines Arbeitszeitkontos zugunsten des Geschäftsführers eine verdeckte Gewinnausschüttung dar?

Die Bildung eines Arbeitszeitkontos zugunsten eines Geschäftsführers, der zugleich beherrschender Gesellschafter der betroffenen GmbH ist, im Gegenzug zum Verzicht auf einen Teil seiner Entlohnung, hält dem sog. Fremdvergleich nicht stand und stellt deshalb steuerlich eine verdeckte Gewinnausschüttung dar. Aus Sicht des *Bundesfinanzhofes (BFH)*, 11.11.2005 – I R 26/15 wäre bei einem Fremdvergleich die „Allzuständigkeit“ eines Geschäftsführers zu beachten. Danach käme es weniger darauf an, ob ein Geschäftsführer wirklich eine bestimmte Stundenzahl pro Arbeitstag leiste oder nicht. Vielmehr bestimme er seine Arbeitszeit zur Erledigung der notwendigen Arbeiten regelmäßig selbst. Überdies sei eine Vermögensminderung der GmbH zu verzeichnen, weil Betriebsaufwand gebucht und zur Sicherung des Auszahlungsanspruchs aus dem Arbeitszeitkonto auch ein Investmentkonto aufgebaut und verpfändet wurde. Steuerlich gelte die geschäftsvorfallbezogene, nicht die handelsbilanzielle Betrachtungsweise.



**JOACHIM HUND-VON HAGEN, D.E.A. (PARIS II)**

Rechtsanwalt, Wirtschaftsmediator  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Fachanwalt für Steuerrecht  
[Joachim.HundvHagen@aclanz.de](mailto:Joachim.HundvHagen@aclanz.de)

**DR. JOACHIM WICHERT**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Wirtschaftsmediator  
[Joachim.Wichert@aclanz.de](mailto:Joachim.Wichert@aclanz.de)

**DOMINIK HOIDN**

Rechtsanwalt  
[Dominik.Hoidn@aclanz.de](mailto:Dominik.Hoidn@aclanz.de)

**SABA MEBRAHTU**

Rechtsanwältin  
[Saba.Mebrahtu@aclanz.de](mailto:Saba.Mebrahtu@aclanz.de)

---

RECHT AKTUELL fasst Rechtsprechung, Gesetzgebung und Rechtsfragen abstrakt zusammen, gibt also keinen Rechtsrat zu einem konkreten Sachverhalt oder Problem. Soweit Urteile dargestellt werden, betrifft die Darstellung immer nur die konkrete Entscheidung des jeweiligen Gerichts, ungeachtet deren späterer Aufhebung oder einer anderweitig eingetretenen Rechtsänderung. Für den Inhalt dieses Schreibens übernehmen wir daher keine Haftung. Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

---

**aclanz** Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

An der Hauptwache 11 (Alemanniahaus), 60313 Frankfurt am Main  
Tel.: +49 (0)69 / 2 97 28 73 - 0, Fax: +49 (0)69 / 2 97 28 73 - 10  
E-Mail: [info@aclanz.de](mailto:info@aclanz.de), Web: [www.aclanz.de](http://www.aclanz.de) (Impressum siehe dort)