

Gewerbemiete Und Teileigentum

Beiträge

K. E. Heinz: Warum gilt „Kauf bricht nicht Miete“?
Zur Rechtstheorie des Miet- und Pachtvertrags

M. H. Kraus: Du kannst es nicht verhindern ...
Über Krisen, Risiken, Sozialstress

Wirtschaft und Verbände

DStV: Pendlerpauschale bei der Lohnabrechnung

Spitzenorganisationen der Sozialversicherung:
Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen aufgrund der
Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Pendlerpauschale

12/08

8. Jahrgang

Heft 46

Dezember 2008

S. 473–520

Erscheinungsort Bonn

Gewerbemiete

**Bekleidungsgeschäft; Schönheitsreparatur; Grundreinigung
des Teppichbodens (BGH)**

**Grundstückskauf; selbständiges (Makler-)Provisionsversprechen
des Käufers (BGH)**

**Prozesskosten der juristischen Person; Verdienstausfall des
Geschäftsführers bei Terminwahrnehmung (BGH)**

Teileigentum

Grundbuchfähigkeit der GbR (BGH)

Wettbewerb

D. Dingeldey: Internet – Umschau Dezember 2008

Irreführende Werbung mit Selbstverständlichkeiten (BGH)

Besteuerung

K.-Chr. Callsen: Steuern – Umschau Dezember 2008

**Pendlerpauschale; Mangel übergreifender Konzeption; Mangel der
Folgerichtigkeit (BVerfG)**

**BMF-Schreiben: Entfernungspauschale; Pauschalbesteuerung von
Fahrtkostenzuschüssen**

Magazin

Inhalt

Beiträge

K. E. Heinz,
Warum gilt „Kauf bricht nicht Miete“?
Zur Rechtstheorie des Miet- und Pachtvertrags 475

M. H. Kraus,
Du kannst es nicht verhindern ...
Über Krisen, Risiken, Sozialstress 479

Wirtschaft und Verbände

Deutscher Steuerberaterverband e. V. (DStV),
Pendlerpauschale bei der Lohnabrechnung 481

Spitzenorganisationen der Sozialversicherung,
Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen aufgrund
der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur
Pendlerpauschale 482

Gewerbemiete

Gewerberaumiete; Bekleidungsgeschäft;
Schönheitsreparaturvereinbarung; Übertragung auf
den Mieter; Reinigung des Teppichbodens (BGH) 484

Grundstückskauf; selbständiges (Makler-)Provisions-
versprechen des Käufers; Verflechtung des Dritten
mit dem Verkäufer (BGH) 486

Prozesskosten der juristischen Person; Verdienstausschlag
des Geschäftsführers bei Terminwahrnehmung (BGH) 487

Kurzfassungen / Leitsätze Gewerbemiete etc. 489

Teileigentum

Teileigentum; Grundbuchfähigkeit der GbR; Eintragung
der GbR in das Grundbuch (BGH) 489

Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet – Umschau Dezember 2008 493

Wettbewerb; irreführende Werbung mit
Selbstverständlichkeiten; gebührenfreier
Edelmetallankauf von Privatpersonen (BGH) 494

Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Steuern – Umschau Dezember 2008 494

Einkommensteuerrecht; Betriebskosten;
Werbungskosten; Pendlerpauschale; Werkstorprinzip;
finanzielle Leistungsfähigkeit; Existenzminimum;
Typisierungsbefugnis; rein fiskalischer Zweck
staatlicher Einnahmenerhöhung; Lastengleichheit;
Nettoprinzip; zwangsläufiger Aufwand;
Veranlassungsprinzip; Mangel übergreifender
Konzeption; Mangel der Folgerichtigkeit (BVerfG) 496

Steuerberatung; Erörterung der Möglichkeit eines
Einspruchs wegen möglicherweise verfassungswidriger
Steuerrechtsnorm; Erhebungsgleichheit (BGH) 506

BMF-Schreiben: Entfernungspauschale;
Pauschalbesteuerung von Fahrtkostenzuschüssen;
Pendlerpauschale 509

Magazin

Politik und Recht 510

Die Einbandecke GuT-Jahrgänge 2006–2007
Preis: 15,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Die zwei Einbanddecken
2001–2003 und 2004–2005
Paketpreis: 24,60 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt
Einzelpreis je 15,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Die drei Einbanddecken
2001–2003, 2004–2005, 2006–2007
Paketpreis: 36,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Lieferung solange vorrätig.

Bestellungen an
Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn
Tel 02 28 / 47 63 78, Fax 02 28 / 47 09 54, info@prewestde

Impressum

Herausgeber und Redaktion (verantwortlich): Ulrich von Schoenebeck M. A.,
Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn.

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburg-
weg 1, 53227 Bonn; Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. Telefon 02 28 / 47 63 78,
Telefax 02 28 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewestde> e-mail: info@prewestde

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 4/2008.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Straße 6,
41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 73 / 5 21 90 54, Telefax
0 21 33 / 22 04 29, ISDN 0 21 33 / 22 04 32, e-mail: kontakt@kluth-dtpde,
Internet: www.kluth-dtpde

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss,
Telefon 0 21 31 / 1 24 74-0, Telefax 0 21 31 / 1 24 74-20, e-mail: koch-druckerei@t-onlinede

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Prei-
se (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 16,00 €, Doppelheft 25,00 €, jew.
inkl. 7% MwSt. zzgl. Porto. Jahresabonnement (Neuabonnements) ab 1.1.2008:
159,43 € einschl. 9,- € Versand und 10,43 € MwSt, zahlbar zu Beginn des
Abonnementszeitraumes. Auslandsabonnement: 174,80 € (inkl. Versand und
ggf. MwSt). Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jah-
resrechnung erstellt. Abonnementskündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wo-
chen zum Ende des Kalenderjahres.

Bankverbindung: Sparkasse KölnBonn (BLZ 370 501 98), Konto 36 207 645.
IBAN: DE84 3705 0198 0036 2076 45 SWIFT-BIC.: COLSDE33

Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Verfassers,
nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder. Beiträge und
Gerichtsentscheidungen sind an den Verlag zu senden, dem an Bearbeitungen
der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf des Urheberrechts über-
tragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Einspeicherung in Datenban-
ken und zur Digitalisierung sowie das Recht weiterer Vervielfältigung und Ver-
arbeitung zu gewerblichen Zwecken.

Die persönlichen Beiträge werden nur unter der Voraussetzung angenommen,
dass sie keiner weiteren Stelle zur Veröffentlichung angeboten werden. Nach
Ablauf von zwei Jahren seit Veröffentlichung kann der Autor anderen Verlagen
eine einfache Abdruckgenehmigung für Printmedien erteilen, ein Honorar hier-
aus steht dem Autor zu. Die Abdruckgenehmigung ist auch dem Verlag mitzu-
teilen.

Für unaufgefordert eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen.
Sie werden nur auf Anforderung des Einsenders, die spätestens bis zum Ablauf
von 6 Monaten schriftlich beim Herausgeber eingegangen sein muss, auf Kos-
ten und Gefahr des Einsenders zurückgesandt. Nachdruck, fotomechanische
Wiedergabe, Mikroverfilmung und Aufnahme in Datenbanken, ähnliche Ein-
richtungen und auf Datenträger aller nicht amtlichen, geschützten Werke sind
nur mit vorheriger schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet.

Anschriftenänderungen und Umbestellungen können nur berücksichtigt wer-
den, wenn sie dem Verlag unmittelbar mitgeteilt werden. Allein Adressummel-
dung oder Nachsendeantrag bei der Post sind seit 1. 7. 2005 nicht ausreichend.
Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem
Erscheinungstermin reklamiert werden.

Dr. jur utr. Karl Eckhart Heinz, Bonn

Warum gilt „Kauf bricht nicht Miete“?

Zur Rechtstheorie des Miet- und Pachtvertrags

Die Regel des § 566 BGB – schon vor der Mietrechtsreform des Jahres 2001¹ als § 571 BGB vorhanden – enthält eine Rechtsansicht, die nicht etwa ein „hergebrachtes Rechtspruchwort“² ausdrückt; denn sie trat erst mit dem deutschen „Bürgerlichen Gesetzbuch“ am 1. Januar 1900 in Kraft³, kann also nicht auf eine gefestigte dogmatische Tradition wie andere zivilrechtliche Regeln zurückblicken, die in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen wurden. Immerhin ist diese Regel nun schon seit mehr als 100 Jahren bei uns in Gebrauch, und es ist kaum noch vorstellbar, daß vordem diese Regel vielleicht nicht galt. Dennoch war es so: bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs herrschte an deutschen Gerichten die Ansicht, „Kauf bricht Miete“, die Otto (v.) Gierke 1889 in einem Vortrag vor der juristischen Gesellschaft zu Wien mit Verachtung „romanistisch“ nannte und zugleich den deutschen Gesetzgeber aufforderte, bei der Schaffung einer Privatrechtsordnung, die „soziale Ziele“ verfolgt, „die Brücken, welche das germanische Recht zwischen Obligationenrecht und Sachenrecht schlägt, nicht einem doktrinären Trennungsschnitt zu Liebe abzubrechen, sondern zu befestigen und auszubauen“⁴. Diese Eigenart germanischen Rechts führte Gierke auf das Fehlen eines souveränen Staates wie auf das Fehlen eines souveränen Individuums zurück, denn das germanische Individuum sei stets in einer Gemeinschaft beschlossen gewesen und habe von daher eine soziale Bindung erfahren⁵. So habe das germanische Recht neben dem Eigentum auch ein „Recht an fremder Sache“ anerkannt⁶; hierin liege „eine Welt sozialer Ausgleichung“: deshalb sei der „dingliche Zug der auf Sachbesitz abzielenden oder mit Sachbesitz verbundenen Obligationen, (und damit) die Möglichkeit voller Verdinglichung eines obligationenrechtlichen Inhalts“ eine *soziale Aufgabe des Staates*, die besonders bei Miete und Pacht verwirklicht werden müsse⁷.

Man darf annehmen, daß dieser Appell bei den Vätern des Bürgerlichen Gesetzbuchs seine Wirkung nicht verfehlte. Hinzu kam aber, daß die Väter des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Unterscheidung zwischen „Inhaberschaft“ (*detentio*) und „Besitz“ (*possessio*), mit dem sich Friedrich Carl v. Savigny ausführlich noch beschäftigt hatte⁸, für entbehrlich hielten⁹; hierauf beruht das Fehlen einer Regelung der „Inhaberschaft“ im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, was zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Besitzdogmatik führt¹⁰. Während nach römischem Recht der Mieter lediglich einen *Gewahrsam* an der Mietsache erlangte¹¹ und damit jederzeit dem dinglichen Anspruch des Vermieters weichen mußte – bei einem Verkauf der Mietsache und der Geltendmachung des dinglichen Anspruchs durch den neuen Eigentümer blieb dem Mieter nur der schuldrechtliche, aber nicht mehr erfüllbare Anspruch gegen den Vermieter – ließ sich aus einem „Besitzrecht“ ein *dinglicher* Anspruch ableiten, der auch gegen den neuen Eigentümer wirken mußte und daher den Spruch „Kauf bricht nicht Miete“ rechtfertigte.

Vor allem für die existentiellen Wohnbedürfnisse von Bürgern, die wirtschaftlich nicht in der Lage sind, für sich selbst

Wohneigentum zu begründen – was auch heute noch für den größten Teil der Bürgerschaft unseres Staates gilt – bedeutet dies eine wesentliche Verbesserung, wie fragwürdig auch der Weg sein mochte, der zu diesem Ziel führte. Heute wird über diesen Weg nicht mehr diskutiert, nachdem das Gesetz die entsprechende Regel vorgibt, obwohl unter der Garantie, die unser Grundgesetz für die Privatautonomie gewährt¹², diese Regel zweifellos der Überprüfung bedarf. Ferner stellt sich die Frage, ob ein solches Recht für die Wohnraummiete allein gelten darf, wie die Stellung des § 566 BGB unter den Regeln der Wohnraummiete im Bürgerlichen Gesetzbuch – und der Wortlaut der Regel – nahelegt, oder ob dieses Recht nicht für jedes Mietverhältnis gelten muß, unabhängig davon, daß im Bereich der Wohnraummiete vielleicht besondere Bedürfnisse vorhanden sind.

Gierkes „deutschrechtliches Mietverständnis“

Die Forderung Otto Gierkes, der Gesetzgeber möge Miete und Pacht im Sinn germanischer Rechtstradition ordnen, hätte wohl eine Untersuchung zum deutschrechtlichen Mietbegriff nahegelegt, die jedoch bei Gierke fehlt, allerdings auch bei anderen Autoren nicht thematisiert erscheint. Ethymologischen Wörterbüchern läßt sich nur entnehmen, daß der Begriff „Miete“ die *Entgeltlichkeit* des Rechtsverhältnisses hinsichtlich einer Sache andeutet¹³, ohne daß diese Rechtsbeziehung näher umschrieben wird. Zieht man aber in Betracht, daß es tatsächlich ein germanisches Rechtsverhältnis gab, das dingliche Befugnisse in einem kollektiven Rahmen gewährte – nämlich das

1) MünchKomm-Häublein (5. Aufl. München 2008) Einl § 535 Rz 3.

2) Elmar STREYL Zum Identitätserfordernis in § 566 BGB – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 9. April 2008 – XII ZR 89/06 -, GuT 2008, 317.

3) Verf. Der Mietvertrag, GuT 2006, 111.

4) Otto (v.) GIERKE: Die soziale Aufgabe des Privatrechts (Leipzig 1889) S. 25/26.

5) S. 8.

6) S. 27.

7) S. 26.

8) Friedrich Carl von SAVIGNY Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung (1803; Nachdruck 1985). Wenn Rudolf (v.) JHERING Über den Grund des Besitzeschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz (Jena 1869) S. 179, den Besitz als „die Thatsächlichkeit des Eigentums“ bezeichnete, so verwischte er mit dieser Definition den Unterschied zwischen Inhaberschaft und Besitz, obgleich er in seiner späteren Schrift „Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode“ (Jena 1889) dieser Schlußfolgerung entgegenzuwirken suchte.

9) Benno MUGDAN (Hrsg.) Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, III. Bd.: Sachenrecht (Berlin 1899) S. 50.

10) Verf. Der Besitz als Rechtsverhältnis, in: Verf. (Hrsg.) Holzwege der deutschen Zivilistik (Bonn 2008) S. 59.

11) Verf. (FN 3) ebd.

12) Artikel 2 Absatz 1 GG.

13) HEIDELBERGER AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN (Hrsg.) Deutsches Rechtswörterbuch – Wörterbuch der älteren deutschen Rechtssprache, 9. Bd. (Weimar 1992-1996) Sp. 614.

*Lehen*¹⁴ – dann wird man schwerlich annehmen können, daß daneben ein gleiches oder ähnliches Rechtsverhältnis unter der Bezeichnung „Miete“ existierte. Auch bei den Germanen dürfte also die Miete nur einen *Gewahrsam* gewährt haben, wofür dann ein Entgelt zu entrichten war. Damit entsprach die Konstruktion der germanischen Miete aber der römischrechtlichen *locatio conductio rei*¹⁵. Trifft es außerdem zu, daß das germanische Leben wesentlich von *Kollektivität* geprägt war – Gierke beschwört die Einbindung des Individuums in Gemeinschaften – so läßt sich auch hierbei eine Parallelität zum römischrechtlichen Brauch sehen, insofern als die Begründung eines Mietverhältnisses normalerweise die Zugehörigkeit des Mietwilligen zur „Klientel“ des römischen Vermieters voraussetzte¹⁶. Die Forderung Otto Gierkes nach der gesetzlichen Begründung eines allgemein – und damit auch gegenüber dem Vermieter – geltenden *Besitzrechts*¹⁷ stand damit auf schwachen Füßen, und für die rechtliche Durchsetzung der Maxime „Kauf bricht nicht Miete“ im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch gab es demnach keine tragfähige Grundlage.

Entscheidungen des Gesetzgebers

Gleichwohl nahmen die Väter des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Regel in § 571 auf, sodaß die Frage zu stellen ist, wieweit der staatliche Gesetzgeber zu dieser Maßnahme befugt war. Nun gab es im Jahre 1900 noch keine staatlich garantierten Grundrechte, zu denen insbesondere auch die *privatrechtliche Autonomie* gehört – das heißt die Freiheit der Bürger, untereinander Verträge zu schließen – und nach dem damaligen Verständnis der gesetzgeberischen Aufgabe wird der Gesetzgeber kaum eine Schranke bei der Anordnung des § 571 BGB gesehen haben, zumal das privatautonome Verhalten der Bürger nur dann Geltung erlangen konnte, wenn es dem Gesichtspunkt von *Treu und Glauben* entsprach. Treu und Glauben verlangen vielleicht für die einseitige Beendigung eines unbefristet vereinbarten Verhältnisses das Vorliegen eines *wichtigen Grundes*, soweit keine Bereitschaft des Vertragspartners zur einvernehmlichen Beendigung des Verhältnisses besteht – aber kann es hier *Kündigungsfristen* zur Beendigung eines Mietverhältnisses geben, und darf etwa ein fürsorglicher („sozialer“) Gesetzgeber solche Fristen nach seinem Gutdünken *festlegen*? Ähnlich läßt sich auch die Regel des § 571 BGB als Handeln eines fürsorglichen, aber seine eigenen Regeln setzenden Staates verstehen.

Nach dem Inkrafttreten des deutschen Grundgesetzes mit seinem Grundrechtskatalog mußten jedenfalls strengere Maßstäbe angelegt werden. Zweifellos gehört der Zwang zur Einräumung eines Besitzrechts gegenüber einer bloßen Gewahrsamsgewährung zu jenen Beschränkungen der Privatautonomie, die unter der Geltung des deutschen Grundgesetzes unzulässig wäre, es sei denn, ein solcher Vertrag würde gegen geltendes Recht oder gegen Regeln der Sittlichkeit verstoßen¹⁸. Auch hier kommt also wieder die Regel des § 242 BGB zum Tragen; aber dieser sittliche Grundsatz gilt nur zwischen *Vertragschließenden*, falls die nötigen Voraussetzungen gegeben sind. Eine allgemeine Regel kann hieraus nicht gebildet werden, so wenig wie etwa bestimmte Kündigungsfristen seitens des Gesetzgebers vorgeschrieben werden dürfen, denn außer solchen Beschränkungen der Privatautonomie steht hier auch die Garantie des Artikels 3 Absatz 1 GG entgegen: der Gesetzgeber darf keinen Zwang auf eine Vertragspartei üben, um die andere Vertragspartei zu begünstigen. Entsprechende Gesetzesregeln sind daher heute nicht zulässig. Der Gesetzgeber darf ohnehin keine Regelungen für den Privatrechtsbereich erlassen, denn seine Aufgabe erschöpft sich insoweit in einer *kodifizierenden Sammlung von Richterrecht*¹⁹; jene Trennung zwischen privatem und öffentlichem Recht, die Gierke für das römische Recht erwähnt, gilt heute umso mehr unter der Geltung unseres Grundgesetzes, das nicht nur überhaupt den Eingriff des Staates in den privatautonomen Rechtsbereich verwehrt, sondern auch den Rechtsstaat mit der Trennung zwischen Legislative und Judikative fordert²⁰; die Erkenntnis des Willens der Vertragschließenden und dessen Vereinbarkeit mit den Regeln der Sittlichkeit zählt keinesfalls zu den Aufgaben des Gesetzgebers, sondern kann überhaupt nur

eine *richterliche* Aufgabe darstellen. In diesem Sinn darf nicht etwa nach einem „Willen des Gesetzgebers“ bei der Auslegung der (abstrakten) Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs gesucht werden, vielmehr ergibt sich eine richtige Auslegung solcher Regeln allein auf dem Hintergrund der einschlägigen Judikatur – angeleitet von rechtstheoretischer Analyse – sowie deren Weiterentwicklung mit Hilfe der analytischen Methode logischer Schlußtechniken²¹. Aber selbstverständlich sind hierbei auch jene rechtslogischen Erwägungen von Bedeutung, die einstmals zu den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs geführt haben²².

Die Sozialpflichtigkeit des Eigentums

Seit dem Inkrafttreten des deutschen Grundgesetzes und seines Katalogs von „Grundrechten“, die auch das *Eigentum* schützen, ergibt sich aber möglicherweise eine neue Lage dadurch, daß die Eigentumsgarantie des Artikel 14 GG zugleich mit einem *sozialen Auftrag* verbunden ist: Eigentum soll „sozialpflichtig“ sein, die Garantie erfährt eine entsprechende Einschränkung, die offenbar allgemein gelten soll.

Wollte man hieraus jedoch eine Rechtfertigung für Eingriffe des Gesetzgebers zugunsten der Interessen von Mietern herleiten – und seien es nur die Interessen von Wohnraummieter – so müssen sich Bedenken erheben. Denn Artikel 14 GG schützt zunächst einmal jene Interessen, die durch *Leistung* zu Sachherrschaft geführt haben, während auch Wohnraummieter lediglich ihr *Bedürfnis* als Interesse geltend machen, ohne daß sie zur Befriedigung dieses Bedürfnisses eine Leistung erbracht haben, sondern an der Leistung des Eigentümers teilhaben wollen; daß sie für eine Nutzung des fremden Eigentums ein *Entgelt* bieten, ändert nichts am Unterschied dieser Interessen. Aus welchem Grund soll der Eigentümer bereit sein, seine Sachherrschaft zugunsten eines Mieters einzuschränken – sieht man einmal davon ab, daß er vielleicht an der Erlangung des Entgelts interessiert sein könnte, daß also sein Interesse mit dem Interesse des Mieters insoweit zusammenfällt²³? Grundsätzlich besteht zwischen Eigentümer und Mieter kein Verhältnis, das den Eigentümer zu einem „sozialen“ Verhalten gegenüber dem Bedürfnis des Mieters verpflichten würde; es ist allein der *Staat*, der als Existenzgemeinschaft seiner Bürger dafür sorgen muß, daß das existentielle Wohnbedürfnis der Bürger befriedigt wird, und diese Aufgabe darf der Staat nicht auf jene Bürger abwälzen, deren Leistung durch die Garantie des Eigentumsgrundrechts gerade geschützt sein soll.

Nun möchte man annehmen, daß diese Zusammenhänge längst geklärt sind, aber die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit hat sich bisher sehr schwer getan, die Garantie des Artikel 14 GG und insbesondere den Grund für die Sozialpflichtigkeit des Eigentums zu erläutern und deren Grenzen abzustecken²⁴; selbst über das Wesen der sogenannten Grundrechte gibt es bis

14) *Verf. Lehen*, Amt, Dienst. Die Organisation staatlicher Aufgaben (RECHTSTHEORIE; Veröffentlichung in Vorbereitung); ferner ders. Zur Typologie der persönlichen und der dinglichen Rechtsverhältnisse, RECHTSTHEORIE 2006, 360. Man muß bedauern, daß die deutsche Rechtswissenschaft dieses Instrument – das im *Preußischen Allgemeinen Landrecht* noch seinen festen Platz hatte – heute nicht mehr kennt. Anzunehmen ist, daß auch die römischrechtliche *emphyteusis* – Reinhard ZIMMERMANN The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition (München 1993) S. 358 – ähnlichen Vorstellungen entsprach.

15) ZIMMERMANN (FN 14) S. 338.

16) ZIMMERMANN (FN 14) S. 349.

17) (FN 4) ebd.

18) Artikel 2 Absatz 1 GG.

19) *Verf.* Kodifikation des Arbeitsrechts.

20) Artikel 20 GG.

21) *Verf.* (FN 19) ebd.

22) Vergl. etwa Werner SCHUBERT (Hrsg.) Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB (Nachdruck; Berlin/New York 1980).

23) *Verf.* Der Besitz, in: ders. (Hrsg.) Inhaberschaft – Eigentum – Besitz. Gesammelte Schriften zur Theorie der Sache, Eigentum und Besitz an Sachen und Informationen einschließlich Patent- und Urheberrecht (Bonn 2003) S. 230.

24) *Verf.* Probleme hoheitlich-„sozialer“ Marktregulierung am Beispiel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 14 des Grundgesetzes, in: ders. (Hrsg.) (FN 24) S. 95.

heute keine verbindliche Aussage, obgleich kaum anzunehmen ist, daß es sich dabei tatsächlich um „Rechte“ der Bürger handelt²⁵. Noch gravierender sind die Versäumnisse der *Zivilistik* bei der Klärung des Eigentumsbegriffs; Eigentum wird als „umfassende Sachherrschaft“ verstanden, doch weder wird dargelegt, was diese Sachherrschaft bedeutet, noch wie sie zustande kommt. Auch wird das Eigentum zwar als ein zivilrechtliches „Institut“ bezeichnet, aber welche Folge sich daraus ergibt, ist nicht bekannt; die *Zivilistik* verfügt nicht einmal über einen Begriff des *Rechtsinstituts*²⁶! Unter diesen Umständen wird man keine tragfähige Eigentumsdogmatik der *Zivilistik* erwarten dürfen, und dieser Mangel muß sich unmittelbar auch auf die Garantie des Artikels 14 GG und deren Einschränkung durch Sozialpflichtigkeit auswirken.

Raumordnung und Sachordnung²⁷

Jene Zufriedenheit mit oberflächlichen Erkenntnissen, welche die Völker-, Verfassungs- und Verwaltungsrechtswissenschaft zu falschen Schlüssen führt, weil sie die umgangssprachliche Verwendung der Begriffe „Grundrechte“ oder „Menschenrechte“ für bare Münze nehmen, ist kennzeichnend auch für die Haltung der *Zivilistik* hinsichtlich der Eigentumsproblematik. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält unter dem Titel „Sachenrecht“ einen Abschnitt über „Rechte an Grundstücken“, deren Besonderheit sich in Regelungen der Grundstücksverwaltung und der Fürsorge mit den Vertragsparteien angesichts der wirtschaftlichen Risiken, die oft mit der Übertragung von Grundstücken verbunden sind, erschöpft. Im übrigen gilt das „Eigentum“ an Grundstücken als vergleichbar mit dem Eigentum an Sachen, wie dies aus dem römischen Recht anscheinend herzuleiten ist.

Nun haben die römischen Rechtsgelehrten zweifellos ein imponantes Rechtssystem aufgebaut, aus dem heute noch viel zu lernen ist, aber auch dieses Rechtssystem bedarf einer ständigen Überprüfung, wie auch das römische Recht grundsätzlich entwicklungsfähig war. So ist nicht zu verkennen, daß Grund und Boden einen ganz anderen Ursprung haben als Sachen, die eine Person künstlich geschaffen oder natürlich erworben hat. Denn Grund und Boden ist für eine einzelne Person nicht dauerhaft zu bewahren; es bedarf einer Gemeinschaft des Stammes oder Staates, um Grund und Boden zu sichern, und folglich ist es nur die *Gemeinschaft*, die Grund und Boden einzelnen (oder Gruppen) ihrer Mitglieder zur Verfügung stellen kann, indem sie entsprechende *Befugnisse* erteilt. Bei diesen Befugnissen handelt es sich also um *abgeleitete* Rechtslagen, und das Instrument, das hierzu verwendet wird, ist herkömmlich das „Lehen“²⁸. Wer also in Rechtsform Grund und Boden erwirbt, erlangt kein Eigentum, sondern ein *Lehen*, und es versteht sich, daß die Lehnbeziehung grundsätzlich ganz anderen Regeln folgt als das Eigentum. Beispielsweise ist eine „Enteignung“ von Grund und Boden – als Rücknahme des gewährten Lehens – selbstverständlich, wenn die staatliche Gemeinschaft ein entsprechendes Bedürfnis hat²⁹.

Über die vom Staat erteilten Lehen kann letztlich auch kein Streit entstehen. Demgegenüber werden (bewegliche) Sachen, an denen Personen einen *Gewahrsam* begründet haben, oftmals von anderen Personen beansprucht, solange die Zuordnung der Sache zu einer Person nicht geklärt ist; hiergegen schützt auch nicht die Friedensordnung des Staates, die lediglich den *gewaltsamen* Zugriff Dritter auf die Sache eines Inhabers hindern kann. Die Zuordnung einer Sache zu einer Person bedarf also einer *Vereinbarung mit allen übrigen Bürgern des Staates*, mit welcher die Zuordnung *anerkannt* wird, und diese Vereinbarung kann durch den Staat in der Form der *rechtlichen Institution* ersetzt werden, die hierdurch eine „Ausschließlichkeit“ der Zuordnung von Person und Sache gegenüber dem Anspruch Dritter bewirkt; die rechtliche Institution erzeugt das sogenannte *Eigentum*, dessen Ausschließlichkeit die „Souveränität“ der Person bezüglich ihrer Sache begründet³⁰.

Im Unterschied zum Lehen, dessen *öffentlichrechtlicher* Charakter offensichtlich ist, hat das Eigentum unbestreitbar einen

privatrechtlichen Charakter, denn der Staat handelt bei seiner Institutionalisierung lediglich an der Stelle privatrechtlicher Vereinbarungen seiner Bürger; die Ausschließlichkeit des Eigentums wirkt auch gegen den Staat selbst als „Dritter“! Hieraus ergibt sich, daß der Staat in das Eigentum seiner Bürger grundsätzlich nicht eingreifen darf; zwar kann der Staat notfalls auch das Eigentum seiner Bürger beanspruchen, wenn das Wohl der Allgemeinheit es erfordert, doch ist hierfür niemals eine „Enteignung“ zulässig, sondern nur eine „Sequestrierung“ der benötigten Sache: eine *vorübergehende* Inanspruchnahme, die an der Eigentumslage des Bürgers nichts ändert³¹.

Der Begriff der *Sozialpflichtigkeit* in Artikel 14 GG bedarf daher der Auslegung; er hat einen anderen Inhalt, wenn es um verliehenen Grund und Boden oder um künstliche oder natürliche Sachen im Eigentum von Bürgern geht. Nachdem das Eigentum eine Souveränität der Person bei der Verfügung über ihre Sache begründet, hat der Staat – anders als im Fall der Verfügung über Grund und Boden oder im Fall einer zulässigen Sequestrierung – keine Möglichkeit, auf das Verhalten der Bürger Einfluß zu nehmen. Auch der Gesetzgeber findet hier eine absolute Grenze. Somit sind zwar staatliche Regelungen im Bereich der *Wohnraummiete* grundsätzlich zulässig, doch können diese keine allgemeine Geltung im Sachenrecht finden. Beispielsweise ist daher die Regelung des § 566 BGB richtigerweise auf die Wohnungsmiete beschränkt.

Miete und Pacht

Obwohl die Parzellierung und eventuelle Verteilung von Grund und Boden öffentliches Recht darstellt, ist die erlaubte Verfügung über Grund und Boden dem Privatrecht zuzurechnen, weil insoweit der Bürger *verfügungsberechtigt* ist. Ebenso wie im Fall des Eigentums finden daher alle privatrechtlichen Regeln über Willenserklärungen, Verträge usw. Anwendung.

Während die privatrechtliche Verfügung über Grund und Boden in germanischer Vorstellung ebenfalls nach den Regeln einer *Belehnung* erfolgte³² – sie setzte ein hierarchisch-kollektives Verhältnis zwischen dem Lehngewer und dem Lehnherrn voraus, das rechtlich oder faktisch begründet sein konnte und

25) *Verf.* Über den Charakter von „Grundrechten“ und „Menschenrechten“ – Ihr Verhältnis zu den Statusgewährungen in den Europäischen Gemeinschaften, DöV 1978, 398; ferner *ders.* Grundrechtsschutz und Gemeinschaftsrecht – Zur Entscheidung des BVerfG „Solange-II“, DöV 1987, 851.

26) *Verf.* Zur Theorie der rechtlichen Institution, RECHTSTHEORIE 1992, 106.

27) Ernst Immanuel BEKKER Über die Objekte und die Kraft der Schuldverhältnisse. Geschichtliche Ueberschau, von der Zeit der Manusinjektion bis in die Gegenwart (Weimar 1902) S. 2. Bekker unterschied ausdrücklich zwischen „Sach- und Raumbherrschaft“.

28) *Verf.* (FN 14) ebd.

29) Ebenso selbstverständlich sollte freilich sein, daß der Staat eingezogenes Gut unverzüglich an die vormaligen Grundbesitzer rückgewähren muß, sobald der Anlaß für die Einziehung weggefallen ist, und daß der Staat dieses Gut nicht nach Belieben an andere Bürger verleihen darf; so schon BVerfGE 38, 175. Mit dem Wegfall der Bodenreformziele im heutigen Ostdeutschland mußte deshalb die deutsche Bundesregierung unter Helmut Kohl alle nach der Wiedervereinigung im Jahre 1990 an die Bundesrepublik geratenen Güter an die früheren Grundbesitzer bedingungslos wieder rückverleihen, weil die kommunistischen Bodenreformziele nicht mehr weiterverfolgt wurden. Daß die Rückverleihung verweigert wurde, und daß auch alle Bundesregierungen seit Helmut Kohl bisher die Rückverleihung dieser Güter verweigerten, ist ein politischer Skandal, der auch einen *Justizskandal* darstellt, weil das Bundesverfassungsgericht unter Mißachtung seiner Rechtsprechung das Verhalten dieser Bundesregierung billigte; *Verf.* Zur Rechtslage des Eigentumsentzugs in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands, BB 1993, 733.

30) Es erhellt, daß die *staatliche Souveränität* nichts anderes darstellt als jenes völkerrechtliche „Eigentum“ des Staates, das im Wege der *Anerkennung* des von einem Staat beanspruchten Raums entsteht; *Verf.* Delegation und Mandat, DER STAAT 1997, 485; ferner *ders.* Fürstliche Domäne, Hausgut und staatliches Eigentum, in: *ders.* Holzwege (FN 10) S. 119.

31) *Verf.* (FN 29) S. 736. Auch solches Eigentum kann allerdings im Wege der „Konfiskation“ entzogen werden, S. 737.

32) HEIDELBERGER AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN (FN 13.) Bd. X (Weimar 1997) Sp. 442.

in der faktischen Form der römischen Klientel entsprach, aber auch zur sogenannten *Leibeigenschaft* führen konnte³³ – entwickelten römische Juristen zwei Arten der *locatio conductio rei*, nämlich einerseits mit bloßer *Nutzungsmöglichkeit* einer Sache und andererseits mit der *Möglichkeit der Fruchtziehung* aus der Sache³⁴. Hiernach unterschied die Pandektistik bekanntlich die „Miete“ von der „Pacht“, doch genügen diese Kriterien, die noch immer verwendet werden³⁵, keinen rechtstheoretischen Erkenntnissen. Die Einräumung einer bloßen Mietnutzung muß vielmehr richtigerweise als „delegativ“ bezeichnet werden, während die Möglichkeit der Fruchtziehung bei der Pacht auf einem „mandativen“ Vertrag beruht³⁶; der Unterschied besteht darin, daß der Mietvertrag ein *kollektives* Verhältnis begründet, mit dem der Vermieter die *Kontrolle* der Nutzung des Mietgegenstands durch den Mieter erhält³⁷, während ein Pächter keiner solchen Kontrolle unterliegt.

„Inhaberschaft“ oder „Besitz“ bei Miete/Pacht?

Der Miet- oder Pachtvertrag gibt als solcher aber zumeist noch keinen Hinweis, ob der Mieter oder Pächter lediglich einen *Gewahrsam* an der ihm überlassenen Sache erlangt oder ob ihm darüber hinaus eine entsprechende „Befugnis“ erteilt wird. Letzteres würde seinen *Besitz* an der Sache begründen³⁸ und damit einen „dinglichen“ Anspruch gewähren, der auch gegenüber dem Eigentümer wirkt. Obgleich die Möglichkeit eines solchen dinglichen Anspruchs häufig verneint wird³⁹, sind Gründe für diese Ablehnung bisher nicht erkennbar geworden.

Dabei läßt sich heute wohl kaum mehr vertreten, daß für die Nutzung einer Sache ein *Entgelt* zu leisten ist, ohne hierfür ein *Recht* an der Sache geltend machen zu können. Die durch das *Klientelverhältnis* geprägte faktische Lage in römischer Zeit zwischen Mieter und Vermieter bzw. Pächter und Verpächter ließ überhaupt erst Verträge ohne Besitzgewährung entstehen, hier genügten die gegenseitigen moralischen Treuepflichten, um eine einseitige Ausbeutung der Beteiligten zu verhindern⁴⁰. Ähnliches galt im Fall des Lehens, solange ein Verständnis für die gegenseitige Treuepflicht in der zugrundeliegenden Kollektivität von Lehengeber und Lehnehmer vorhanden war; der Verlust dieses Verständnisses – und die hieraus erwachsende *individuale Interpretation* des Lehens im Sinn einer „mandativen“ anstelle einer delegativen Sachnutzung – nahm dem Lehnsweisen seine rechtliche, wirtschaftliche und organisatorische Funktion, sodaß die Lehnverhältnisse schließlich durch andere Konzepte ersetzt wurden⁴¹. Auch den heutigen Miet- und Pachtverträgen fehlen jene faktischen Grundverhältnisse, aus denen eine gegenseitig verlässliche Treue erwächst: der *Vertrag*, der an die Stelle der faktisch zwingenden Verhältnisse tritt und die gegenseitigen Leistungspflichten formuliert, erschöpft sich aber in diesen Pflichten. Kann sich der Mieter/Pächter nicht mehr auf die Bereitschaft des Vertragspartners zur faktischen Gewährung des Zugriffs auf das Vertragsobjekt verlassen, so wird er notwendigerweise eine Sicherheit für diesen Zugriff erwarten und letztlich dann auch verlangen. Eine solche Sicherheit bietet nur die Einräumung des *Besitzes* am Vertragsobjekt; der Vermieter/Verpächter muß also heute bereit sein, dem Mieter/Pächter ein entsprechendes *dingliches Recht* zuzubilligen. In der Tat entsteht hierdurch eine „Belastung“ des Eigentums, die nicht nur den Eigentümer zur Gebrauchüberlassung an den Mieter/Pächter zwingt und ihn in seiner freien Eigennutzung hindert⁴², sondern die auch bei einem Eigentumsübergang – sei es im Wege des Verkaufs oder des Erbfalls des Vertragsobjekts – *erhalten* bleibt⁴³, womit der Spruch „Kauf bricht nicht Miete“ für das heutige Rechtsleben bestätigt wird.

Als Ergebnis ist festzustellen, daß sich der Vermieter/Verpächter heute mit dem Abschluß des Miet-/Pachtvertrags gegenüber seinem Mieter/Pächter nicht mehr allein *schuldrechtlich* zur Einräumung des (faktischen) *Gewahrsams* am Miet-/Pachtobjekt verpflichtet, sondern daß der Mieter/Pächter bereits mit dem Abschluß des Vertrags die *dingliche Befugnis* zum Besitz des Objekts erlangt, denn diese Besitzverfügung ist eine unmittelbare Wirkung der vertraglichen Vereinbarung⁴⁴. Damit kann der Mieter/Pächter direkt den *Gewahrsam* am Miet-

/Pachtobjekt vom Vermieter/Verpächter einklagen und ist nicht mehr auf die Geltendmachung eines bloßen *Forderungsanspruchs auf Einräumung des Gewahrsams* angewiesen.

„Grundbesitz“

Diese Wirkung eines Miet-/Pachtvertrags tritt unabhängig von der Art des Miet-/Pachtobjekts ein, sie gilt bei Verträgen über Grund und Boden ebenso wie bei Verträgen über (bewegliche) Sachen⁴⁵, doch ist zu beachten, daß *Eigentum an Grund und Boden* immer nur seitens jenes souveränen Staates beansprucht werden kann, in dessen anerkanntem Bereich der Grund und Boden liegt, womit an Grund und Boden niemals ein bürgerlicher Eigentumserwerb möglich ist. Grund und Boden können vielmehr stets nur als *Besitz* in die Hand von Bürgern gelangen. Weil dies aber allein in der Form der *Belehnung*, nicht dagegen in der Form eines Miet- oder Pachtvertrags geschehen kann, und weil die Belehnung notwendig ein kollektives Verhältnis zwischen Lehengeber und -nehmer voraussetzt, ist die *Staatsbürgerschaft* des zu Belehnenden eine unerläßliche Voraussetzung für die Erlangung von „Grundbesitz“⁴⁶. Hieran ändert nichts, daß die Europäische Union eine „Unionsbürgerschaft“ eingeführt hat; denn die Europäische Union – oder richtiger: die *Europäische Gemeinschaft*⁴⁷ – erhält ihre Befugnisse im Wege der *Delegation* von ihren Mitgliedstaaten, und die Mitgliedstaaten haben ihre Raumbefugnis nicht auf die Europäische Gemeinschaft delegiert; dazu wird es auch nicht kommen, weil dies einen zu weit gehenden „Verzicht auf Souveränität“ bedeuten würde. Auch ein europäischer Bürger muß daher die Staatsbürgerschaft eines Mitglieds der Europäischen Gemeinschaft annehmen, wenn er in diesem Staat Grundbesitz erwerben will und noch nicht Bürger dieses Staates ist.

33) Der Begriff der Leibeigenschaft, ursprünglich mit einem positiv bewerteten Rechtsinhalt, wandelte sich in der Zeit der Aufklärung zu einem negativ bewerteten politischen Bild, das auch heute noch vorherrschend ist. Neure Forschungen revidieren aber dieses Bild: Peter BLICKLE *Von der Leibeigenschaft zu den Menschenrechten. Eine Geschichte der Freiheit in Deutschland* (München 2003); Jan KLUSSMANN (Hrsg.) *Leibeigenschaft. Bäuerliche Unfreiheit in der frühen Neuzeit* (Köln 2003); Emil NIEDERHAUSER (engl. v. Paul Bödy) *The Emancipation of the Serfs in Eastern Europe* (New York 2004); Marion WIESE *Leibeigene Bauern und Römisches Recht im 17. Jahrhundert. Ein Gutachten des David Mevius* (Berlin 2006; zugl. Diss. Münster 2004).

34) ZIMMERMANN (FN 14) S. 351.

35) MünchKomm (FN 1) Vor § 535 Rz 8.

36) *Verf.* Risikoverteilung bei Miete und Pacht, GuT 2004, S. 79

37) *Verf.* (FN 3) ebd.

38) *Verf.* (FN 10) ebd.

39) MünchKomm (FN 1) Einl § 535 Rz 6-7; § 566 Rz 1-3.

40) ZIMMERMANN (FN 14) S. 355.

41) *Verf.* Lehen (FN 14).

42) STREYL (FN 2) ebd.; *Verf.* Der Besitz, in: *Verf.* Hrsg. (FN 10) S. 209.

43) *Verf.* Das „Berliner Testament“ und andere Testamentsformen, in: *Verf.* Hrsg. (FN 10) S. 98.

44) *Verf.* (FN 43) S. 211. Es versteht sich, daß diese Befugnis nur von demjenigen, der die Befugnis ursprünglich oder abgeleitet erlangt hat, auch wirksam weitergegeben werden kann; STREYL (FN 2) ebd.

45) Wenn die heutige Sachenrechtsdogmatik eine *Pacht an beweglichen Sachen* ablehnt, so offenbar nur deshalb, weil an beweglichen Sachen keine Fruchtziehung möglich ist. Doch kommt es beim Pachtvertrag auf die Absicht einer Fruchtziehung nicht an, denn entscheidend ist lediglich, daß der Nutzer der Sache eine *Kontrollbefugnis* des Eigentümers der Sache ablehnt.

46) So werden beispielsweise die aus den ehemaligen ostdeutschen Gebieten jenseits der Oder-Neiße-Grenze vertriebenen Deutschen notwendigerweise die polnische Staatsbürgerschaft annehmen müssen, wenn sie den Anspruch auf ihren einstigen Grundbesitz im heutigen Polen geltend machen wollen. Mit dem Verzicht der Bundesrepublik Deutschland auf ostdeutsche Gebiete ist zwar die Souveränität hinsichtlich dieser Gebiete auf Polen übergegangen, doch änderte dies nichts an der Rechtslage der in diesen Gebieten vorhandenen Güter, an denen lediglich die Oberherrschaft von Deutschland auf Polen übergang. Der Anspruch der Vertriebenen auf Rückverleihung entzogenen Grundbesitzes – soweit diese Entziehung überhaupt rechtmäßig erfolgt ist – besteht daher auch heute noch, doch unterliegt dieser Anspruch der normalen *Verjährung von Grundbesitzansprüchen*, die in Polen 20 Jahre beträgt.

47) *Verf.* Europäische Verfassung. Grundlinien einer allgemeinen Verfassungstheorie und Kritik des europäischen Verfassungsprojekts 2004 (Bonn 2005).

Grundbesitz hat also nur eine scheinbare Ähnlichkeit mit dem Eigentum, denn er enthält stets nur eine *abgeleitete Befugnis*. Diese Befugnis kann jedoch im Wege des normalen Miet- oder Pachtvertrags weitergegeben werden, und das Lehen des Grundbesitzes ist grundsätzlich auch *verkäuflich*, ohne daß hierbei aber die Regeln für den *Eigentumsübergang* an (beweglichen) Sachen anwendbar wären; die Sonderregeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Verkehr mit Grundstücken finden hierin – und nur hierin – ihre Erklärung. Nachdem es sich bei diesen Regeln allerdings um *öffentliches Recht* handelt, ist die Frage zu stellen, ob diese Regeln im Bürgerlichen Gesetzbuch – als *Kodifikation eines aktuell geltenden deutschen Privatrechts*⁴⁸ – ihren richtigen Platz gefunden haben.

Ergänzend ist nachdrücklich darauf hinzuweisen, daß juristische Personen ihrem Wesen nach nicht „staatsbürgerfähig“ sind – selbst wenn sie etwa in einem Staat (oder in der Europäischen Gemeinschaft) „Rechtsfähigkeit“ genießen⁴⁹ – und daß sie deshalb auch niemals Grundbesitz erwerben können. Inländische und ausländische juristische Personen stehen in dieser Hinsicht einander gleich. Juristische Personen können daher – entgegen der heutigen Praxis – stets nur *Miet- oder Pachtverträge* über Grund und Boden abschließen⁵⁰.

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß die Regel des § 566 BGB nicht etwa einer Willkür des Gesetzgebers entsprungen ist, sondern – weil sie ihre Existenz einer rechtstheoretischen Logik verdankt – in gleicher Weise auch hinsichtlich des *Pächters von Grund und Boden* gilt, ohne daß hier nach einer „analogen Anwendung“ zu suchen wäre. Ferner sind die *Pachtre-*

geln des Bürgerlichen Gesetzbuchs entgegen der herrschenden Zivilrechtsdogmatik sehr wohl auch auf die Nutzung *beweglicher Sachen* anzuwenden, nämlich immer dann, wenn die beabsichtigte Nutzung *unabhängig von einer Kontrollbefugnis* des Eigentümers der Sache stattfinden soll. Ebenso versteht es sich, daß *Rechte*, soweit sie *dinglichen Charakter* haben, zum Gegenstand eines *Pachtvertrags* werden können; vereinbart aber der Rechtsträger bei der Gewährung der Nutzungsbefugnis eine *Kontrollbefugnis* hinsichtlich des Nutzungsgebrauchs, dann liegt kein Pacht-, sondern ein *Mietverhältnis* vor. Dingliche Rechte können folglich nicht nur gepachtet, sondern auch *gemietet* werden.

48) Zur heutigen Aufgabe der Kodifikation von Privatrecht siehe *Verf.* Das europäische Zivilrecht und die Kontroverse zwischen Thibaut und Savigny 1814, in: *Verf.* Hrsg. (FN 10) S. 15.

49) *Verf.* Persönlichkeit und Subjektivität, ARSP 1988, 256.

50) Dies gilt natürlich auch für eine *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (GbR), wenn sie Rechtsfähigkeit erlangt hat, was STREYL (FN 2) S. 319 – ebenso wie der Bundesgerichtshof in dem von Streyll besprochenen Urteil – nicht erkannte. Hier ging es also nicht um die Identität von Eigentümer und Vermieter, sondern um die Identität eines *Mieters/Pächters* – nämlich die GbR, wobei es nicht darauf ankam, daß auch ihre Mitglieder juristische Personen waren – hinsichtlich der Eigenschaft *als Vermieter*, sieht man einmal von der Vertretungsfrage des Falles ab. Es handelte sich also um einen Fall der „Untervermietung“, die an der dinglichen Stellung des Hauptmieters nichts ändert; STREYL S. 318. Insofern bedurfte es keiner Überlegungen zu einer eventuellen *analogen* Anwendung des § 566 BGB; STREYL ebd. Es erhellt auch, daß § 566 BGB durchaus nicht einem „Bestandsschutzinteresse“ dient, sondern unabhängig vom Mieterinteresse einer *rechtstheoretischen Logik* folgt.

Mario H. Kraus, Berlin

Du kannst es nicht verhindern ... Über Krisen, Risiken und Sozialstress

Konfliktpotentiale und Sozialstress in Wohngebieten als Folge wirtschaftlicher Umbrüche und der daraus folgenden Entmischung von Quartieren (Segregation) wirken auch auf Gewerbemietverhältnisse in den betroffenen Einzugsgebieten. Derzeit werden die meisten Sozialkonflikte gerade in städtischen Siedlungsräumen vielfach gewandelt und abgeleitet, aber selten verhindert oder gelöst – einige Betrachtungen aus aktuellem Anlass.

Streit ohne Ende?

Ein guter Anlass für den „Blick aufs Ganze“ war der zehnte Todestag des Systemtheoretikers und „Herrn der Zettelkästen“ Niklas Luhmann (1927–1998). Er lehrte die Begrenztheit der Ressourcen aller Sozialsysteme, seien es Familien, Unternehmen, Städte oder Staaten. 1979 erinnerte Ernst Benda, damals Präsident des Bundesverfassungsgerichtes, auf dem Deutschen Richtertag mit der Charakteristik der „Rechtsgewährung als knappes Gut“ daran, dass dies auch für die Rechtspflege gilt: Die Regulierungskapazitäten der Gerichtsbarkeit sind nicht beliebig erweiterbar. Und Nachschub an Streitigkeiten und Feindseligkeiten, oftmals Folge umfassender Sozialkonflikte, gibt es gerade in städtischen Siedlungsräumen täglich. Die Immobilienbranche arbeitet hier in einem Spannungsfeld: Nachbarschaft und Wohnumfeld als Rückzugsorte einer Gesellschaft mit vielerlei Zwängen sind überaus stör- und streitanfällig. Derartige Streitigkeiten strahlen aus der Privatsphäre auch in das örtliche Wirtschaftsleben ab,

– wenn es um vermeintliche Lärmbelastungen, vorschriftswidrige Abfallentsorgung oder das (Fehl-)Belegen von Stell-

flächen durch (Klein-)Gewerbebetriebe in Wohngebieten geht;

- die Entmischung der Bevölkerung (Segregation) durch den Abzug von Kaufkraft in benachteiligten Lagen die Zukunft der örtlichen Gewerbetreibenden gefährdet oder
- im Zuge der baulichen Aufwertung von „Trendgegenden“ (Gentrifizierung) gegensätzliche Begehrlichkeiten von Vermietern, Gewerbeentwicklern und (Alt-)Mietern entstehen.

Diese Abläufe zeichnen sich durch selbstbeschleunigende Dynamiken aus, die Verwerfungen zwischen bevorzugten und benachteiligten Quartieren fördern. Eine „Wirtschaftskrise“ (deren Ausmaß nüchtern betrachtet werden sollte) kann verstärkend wirken. Doch wie steht es tatsächlich um das Konfliktpotential in Siedlungsgebieten?

Trau keiner Statistik ...

Als Beispiel sollen hier Daten für das Land Berlin im Vergleich zu bundesweiten Daten dienen (wobei die Aktualität an den amtlichen Erhebungsverfahren leidet). Der Berliner Mieterverein führte 2005 nach eigenen Angaben 99 435 Beratungen in mietrechtlichen Streitsachen mit einer vorgeblichen Beilegungsquote von 98% durch: 19 182 Fälle (19,3%) betrafen Wohnungsmängel, 14 607 (14,7%) Betriebskostenabrechnungen, 11 199 (11,3%) Miethöhen, 9168 (9,2%) Probleme beim Ein-/Auszug, 8507 (8,6%) Heizkosten, 8047 (8,1%) Kündigungen, 6505 (6,5%) Schönheitsreparaturen, 4025 (4,0%) Modernisierungen und 1386 (1,4%) Untermietverhältnisse; 16,9% wurden nicht näher beschrieben. Mietervereine sind keine wirksamen Lobbyverbände der Mieterschaft, sondern lediglich (ver-

mietenseitig oft wenig ernstgenommene) Rechtsberatungsstellen: Es waren nur 8% (etwa 150 000) der 1,9 Millionen Berliner Haushalte Vereinsmitglieder, 5% haben sich beraten lassen, rechtsanhängig wurden noch 2% (Bundesdurchschnitt 0,75%), was nicht dramatisch erscheint. Damit verhandelten die zwölf Amtsgerichte in Berlin (4% Anteil an der Gesamtbevölkerung) etwa 8% des bundesweiten Aufkommens an Zivilsachen, in Wohnungsmietsachen mit 37 000 Streitsachen sogar 12,5%. In der Hauptstadt sind sechs von sieben Haushalten Mietvertragspartner; entsprechend waren Mietrechtsfälle an den Fallerledigungen mit einem Drittel beteiligt – gegenüber einem Fünftel bundesweit.

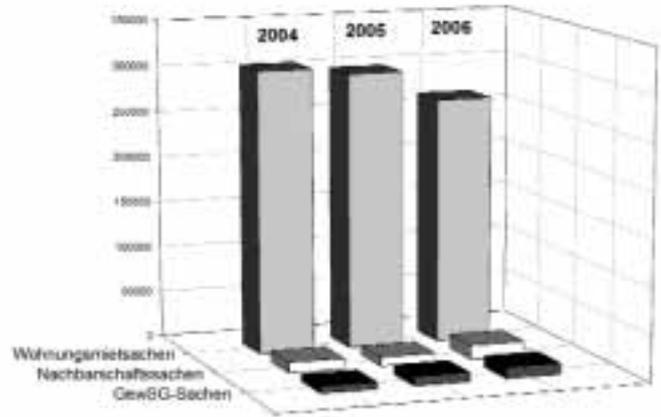
Wie bekomme ich Recht?

Nach Luhmanns auch nach 15 Jahren noch lesenswertem Standardwerk „Das Recht der Gesellschaft“ ist das Ausbrechen offener Auseinandersetzungen „ein Sonderfall, der in weitem Umfang außerhalb des Rechts reguliert wird“ (138 f.). Sie „werden auf enorm vielfältige Weisen erträglich gestaltet oder auch zur Entscheidung gebracht; und das Recht ist dabei nur eine der Möglichkeiten“ (160). Dabei erscheinen einige Annahmen in der Praxis als Wunschdenken, wie noch zu zeigen ist: „Da Entscheiden als Verhalten jedermann vertraut ist und im übrigen die Gerichte ausdrücklich, öffentlich und ... mit Würde entscheiden, unterbleibt zumindest die Frage nach der Eigenart des Vorgangs“ (307). Andere sind wenig befriedigend: „So fragwürdig die Entscheidung auch sein mag, sie wird durch Rechtskraft von einem dauernden Infragestellen entlastet“ (316). Die Gerichtsbarkeit „hat keine Kontrolle über die Anlässe, die zum Streit führen und Entscheidungen nötig machen“ (268); sie muss zunächst jegliche „Rechtsfälle mit Entscheidungsbegehren“ annehmen einschließlich der Forderung, „ihrer Unterschiedlichkeit Rechnung zu tragen“ (374), und unterliegt verfassungsrechtlichen Verweigerungsverboten.

Doch genügt längst nicht jeder Streitfall den rechtlichen Vorgaben (Justitiabilitätskriterien), auch wenn die Beteiligten ihn als besonders schwere Einschränkung der Lebensqualität empfinden. Zudem ist die Gerichtsbarkeit mit bestimmten Konfliktkonstellationen ebenso überfordert wie die Wohnungswirtschaft: „Zuständigkeit“ entsteht hier erst – wenig erfreulich für die Beteiligten – durch Konflikteskalation, dann kann der Fall bearbeitet werden. Bemerkenswert ist die Entwicklung der besonders hartnäckigen Nachbarschaftsstreitigkeiten, die gelegentlich auch Gewerbetreibende betreffen und bisher gern als Querulanten abgetan wurden. Solche Kleinkriege um Befindlichkeiten und verletzte Ehrgefühle können jahrelang andauern, selbst wenn nicht jeder Fall gerichtsanhängig wird. Wenige enden mit schweren Verletzungen oder Todesfällen; doch auch Fälle, die „nur“ zu gegenseitigen Beschimpfungen und Anwaltsschreiben führen, belasten das wohnungswirtschaftliche Tagesgeschäft und ziehen stetig größere Kreise. Immer stärker zeigen sich Feindseligkeiten als Folge gesellschaftlicher Spannungen – mit Abstiegsängsten und verletztem Selbstwertgefühl.

Datenlagen und Stimmungslagen

Zwar liegen die Fallzahlen selbst in Großstädten nur im unteren dreistelligen Bereich, doch bundesweit ging es hier 2004, 2005 und 2006 immerhin um 11 436, 9680 und 15 199 Fälle (bei etwa 40 Millionen Haushalten). Während die Zahl der Mietrechtssachen, in denen laufende Rechtsprechung Rechtssicherheit für alle Beteiligten schafft, über Jahre hinweg abnahm, stieg die Zahl der zwischenmenschlich bedingten Streitfälle und der nach dem neuen Gewaltschutzgesetz (GewSG) behandelten Auseinandersetzungen im Familien- und Bekanntenkreis (s. Graphik). Die Zähigkeit ersterer zeigte sich an der bundesweiten Übergangsrate (Beispiel wieder 2005) von 8,3:1 in die Berufung am Landgericht gegenüber 22,4:1 für reine Mietrechtssachen (in Berlin 9,2:1 und 17,1:1). Verborgen bleibt, wie viele Parteien wegen fehlender Rechts- und Sprachkenntnisse oder aus Furcht vor Rache auf Klärung verzichten: Gewaltakte in Familien oder unter Jugendlichen sind mit hohen Dunkelziffern behaftet, nur wenig wird angezeigt.



Die amtlichen Daten geben also nicht das Gesamtbild wieder: In belasteten städtischen Wohnlagen Berlins etwa werden jährlich 5–15% der Mietparteien durch Belästigungen und Bedrohungen ihrer Mitmenschen oder Übergriffe auffällig und 2–3% der Bevölkerung sind jährlich in Gewalthandlungen verwickelt – „meist im Bekanntenkreis, unter Alkohol und/oder im Umfeld von Diskotheken, Sport- und Gaststätten“ (Kraus 2007). Doch laut Polizeilicher Kriminalstatistik und Ziviljustizstatistik war 2004–2006 jährlich nur etwa 1% der Berliner Haushalte Schauplatz häuslicher Gewalt (auch hier: Dunkelziffer?), während über 5% an gerichtsanhängigen Familien- und Erbstreitigkeiten beteiligt waren. Die Fluktuation zwischen Quartieren ist gleichfalls kein sicherer Konfliktindikator. Eine bundesweite Befragung des Bundesamtes für Bauwesen und Raumordnung zu Umzügen in den fünf Vorjahren ergab 2007, dass 40% aus privaten und 13% aus beruflichen Gründen erfolgten, 13% wegen Wohneigentumserwerbs und 4% nach vermietenseitiger Kündigung. In 25% der Fälle wurden Wohnungs- und Umfeldmängel angegeben, weitere 5% nicht beschrieben. In diesen 30% können nachteilige Veränderungen des Quartiers umzugsfördernd gewirkt haben (Berlin: jährlich bis zu 63 000 Haushalten?). Da Umzüge Aufwand erfordern und nicht immer die gewünschte Wohnung verfügbar ist, muss ein Leidensdruck bestehen, etwa über Bedrohungsgefühle. Kontexteffekte wirken dabei ohne Vorkommnisse; so schaden arme und ausländische Nachbarschaften dem Ruf von Quartieren (BBR 2008). Schnelle Veränderungen der Lebenswelten und geringe Wohneigentumsquoten halten gegenseitige Abhängigkeiten und Verständigungszwänge gering. Ausweichmöglichkeiten durch Wohnungsleerstand wirken kurzfristig als Konfliktprävention, fördern aber langfristig die Entmischung der Quartiere.

Implosion oder Explosion?

Städtische (und damit wohnungswirtschaftliche) Konfliktpotentiale der nächsten Jahrzehnte erscheinen verteilt über mehrere Statistiken. Sie werden Abstieg, Verwahrlosung und Ausgrenzung genannt und zeigen sich deutlicher als in den Kriminalstatistiken beispielsweise an der Verschuldung: Nach den Daten der Wirtschaftsauskunfteien Creditreform und Schufa sind etwa in Berlin seit langem ein Achtel aller Haushalte (ein Siebentel aller Volljährigen) verschuldet; Jahr für Jahr bearbeiten die Berliner Amtsgerichte etwa 400 000 Mahn- und 200 000 Vollstreckungssachen. Und hier schließt sich wiederum der Kreis zu den Problemen der Gewerbetreibenden: Verschuldung und Entmischung vernichten Kaufkraft, halten Sozialkonflikte aufrecht und schaffen neue Problemlagen. Benachteiligte Quartiere vieler Städte bewegen sich heute zwischen sozialer Implosion und Explosion: Erstere zeigt sich an selbstzerstörerischem Verhalten, Rückzug aus Beziehungen oder Stresserkrankungen, letztere an Gewalt (wenn auch noch nicht an Aufruhr wie vor wenigen Jahren in Großbritannien und Frankreich). Noch werden Krisensymptome durch wohlfahrtsstaatliche Leistungen abgefangen, noch ist die Segregation schwächer als in anderen Ländern. Wächst aber der Anteil derjenigen, die jegliche Kritik oder Probleme ihres Umfeldes als persönlichen Angriff auffassen oder sich mit Gewalt durchsetzen wollen, blei-

ben letztlich nur übliche rechtliche (Zwangs-)Mittel. Reicht dann das „knappe Gut“ der Ordnungsleistungen für alle? Auch die Gewalt gegen Menschen und Dinge beeinflusst über tatsächliche Vorkommnisse, aber mehr noch über das Sicherheitsgefühl (Gerüchte, Ängste, Meidungsverhalten!) die Nutzung gewerblicher Angebote im Umfeld. Der Ruf der Wohnlage wirkt überdies auf die Art der zuziehenden Personenkreise. Schlichtungsinstanzen bleiben nach wie vor Polizei und Gerichte, trotz weitverbreiteter Kritik am „Staat“. Luhmann sah zwar Gründe für die Anpassungsfähigkeit der Gesellschaft „im schlichten Vergessen“ (46); doch würden Enttäuschungen die ohnehin drohende Entfremdung der Bevölkerung von der Rechtsordnung befördern: „Es darf nicht dabei bleiben, dass dem, dessen Rechtserwartungen enttäuscht worden sind, nur bestätigt wird, richtig erwartet zu haben“ (118). Was bringt die Zukunft?

Quellen:

Die aufgeführten Daten stammen aus Veröffentlichungen und Mitteilungen von Bundes- und Landesbehörden sowie Verbänden;

ausführliches Quellenverzeichnis wird in einer Übergangszeit zugesendet.

Kraus, Mario H.: Erfassung und Behandlung des Konfliktaufkommens im Wohnumfeld. Die Wohnungswirtschaft 60(8) (2007) 43–44

Luhmann, Niklas (1993): Das Recht der Gesellschaft. Suhrkamp, Frankfurt/Main

Bildlegende: Bundesweite Entwicklung des einschlägigen amtsgerichtlichen Fallaufkommens 2004–2006 (Daten: Statistisches Bundesamt, Graphik: Mario H. Kraus).

Zum Autor:

Mario H. Kraus, Konfliktsoziologe und Publizist aus Berlin, Autor von „Mediation – wie geht denn das?“ (Junfermann Paderborn 2005) und zahlreichen Artikeln, ist „Luhmannist“ und seit Jahren Mediator der landeseigenen HOWOGE Wohnungsbau-Gesellschaft Berlin; er befasst sich beruflich mit Sozialkonflikten und Sozialpolitik.

Wirtschaft und Verbände

Deutscher Steuerberaterverband e.V. (DStV), Berlin

Pendlerpauschale bei der Lohnabrechnung

Die gesetzliche seit 2007 geltende Regelung zur Pendlerpauschale ist mit dem Grundgesetz unvereinbar (BVerfG, Urt. v. 9. 12. 2008 [GuT 2009, 496, Red.]). Die jetzige Regelung ist mit der Maßgabe, dass die Beschränkung auf erhöhte Aufwendungen ab dem 21. Entfernungskilometer entfällt, bis zu einer gesetzlichen Neuregelung weiter anzuwenden.

Bisher nicht abschließend beantwortet war die Frage, inwieweit Lohn- und Gehaltsabrechnungen der Monate ab Januar 2007 korrigiert werden können, in denen aufgrund der bisherigen gesetzlichen Regelung die ersten 20 Kilometer bei Zuschüssen zu den Aufwendungen des Arbeitnehmers zu den Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte nicht berücksichtigt wurden. Nunmehr liegen sowohl vom Bundesministerium der Finanzen als auch von den Spitzen der Sozialversicherungsträger Stellungnahmen vor.

Die zuständigen Stellen kommen zu dem arbeitnehmerfreundlichen Ergebnis, dass eine rückwirkende Änderung der Lohn- und Gehaltsabrechnungen sowohl steuerrechtlich als auch sozialversicherrechtlich ab Januar 2007 möglich ist.

Im Einzelnen:

Steuerliche Konsequenzen:

Das BMF stellt in seinem Schreiben vom 30.12.2008 (IV C 5 – S 2351/08/10005 [= GuT 2009, 509, Red.]) ausdrücklich fest, dass eine Pauschalbesteuerung von Fahrtkostenzuschüssen und geldwerten Vorteilen aus Sachleistungen im Zusammenhang mit den Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte für alle nach dem 31. 12. 2006 beginnenden Lohnzahlungszeiträume bereits ab dem ersten Entfernungskilometer vorgenommen werden kann. Hierbei ist es unerheblich, ob bereits Lohnsteuerbescheinigungen (§ 41b Einkommensteuergesetz – „EStG“ –) für das Jahr 2007 bzw. 2008 übermittelt bzw. erteilt wurden.

Wird durch den Arbeitgeber eine Pauschalbesteuerung derartiger Zuschüsse übernommen, so ist eine bereits übermittelte oder erteilte Lohnsteuerbescheinigung nicht zu ändern (vgl. § 41c Abs. 3 Satz 1 EStG). Jedoch hat der Arbeitgeber dem Ar-

beitnehmer zu bescheinigen, dass und in welcher Höhe er einen bisher im jeweiligen Jahr individuell besteuerten und bescheinigten Arbeitslohn nunmehr nach § 40 Abs. 2 Satz 2 EStG pauschal besteuert hat.

Der Arbeitnehmer kann mit der Bescheinigung des Arbeitgebers über die rückwirkend durchgeführte Pauschalbesteuerung im Rahmen seiner Einkommensteuerveranlagung für das Jahr 2007 und ggf. 2008 eine entsprechende Korrektur des Arbeitslohns geltend machen (§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Abgabenordnung – „AO“). Die nunmehr nach § 40 Abs. 2 Satz 2 EStG pauschal versteuerten Fahrtkostenzuschüsse und geldwerten Vorteile bleiben bei der Veranlagung zur Einkommensteuer außer Betracht (§ 40 Abs. 3 Satz 3 EStG); sie mindern jedoch die Entfernungspauschale (§ 40 Abs. 2 Satz 3 EStG). Die Änderung des Arbeitslohns bedingt jedoch eine ggf. zwischenzeitlich erfolgte (vorläufige) Anerkennung wie Werbungskosten rückgängig zu machen.

Die infolge der (rückwirkenden) Pauschalierung erstatteten Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteil, siehe hierzu sogleich) sind grundsätzlich in der Lohnsteuerbescheinigung des Jahres der Erstattung der Beiträge zu berücksichtigen. Ist die Lohnsteuerbescheinigung für 2008 noch änderbar, kann die Erstattung in dieser Bescheinigung berücksichtigt werden.

Sofern der Arbeitgeber seine Leistungen für die ersten (bis zu 20) Entfernungskilometer in 2007 und 2008 individuell lohnversteuert hat und keine rückwirkende Pauschalierung vornimmt, steht dem Arbeitnehmer für jeden vollen Kilometer der Entfernung die Entfernungspauschale von 0,30 Euro je Entfernungskilometer zu.

Sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen:

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 i.V.m. Satz 2 Sozialversicherungsentgeltverordnung – „SvEV“ – sind u. a. Einnahmen nach § 40 Abs. 2 Satz 2 EStG dann nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen, soweit der Arbeitgeber die Lohnsteuer mit einem

Pauschsteuersatz erheben kann und die Lohnsteuer nicht individuell nach den Merkmalen der Lohnsteuerkarte des Arbeitnehmers erhebt. Hierzu zählen beispielsweise Fahrtkostenzuschüsse.

Bereits im Vorfeld zu dem nunmehr veröffentlichten o.g. BMF-Schreiben hatten die Spitzen der Sozialversicherungsträger mit einem Schreiben vom 12.12.2008 [s. GuT 2009, 482, Red.] Stellung zu der Frage genommen, welche Auswirkungen eine rückwirkende Pauschalbesteuerung derartiger Zuschüsse für bereits abgerechnete Entgeltabrechnungszeiträume in der Sozialversicherung hat.

Hiernach liegt eine unrechtmäßige Beitragszahlung für vorangegangene Abrechnungszeiträume nur dann vor, wenn eine Pauschalbesteuerung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 EStG tatsächlich erfolgt ist. Es erfolgt somit eine Anknüpfung an die steuerliche Behandlung der Zuschüsse.

Nach erfolgter Pauschalbesteuerung ist ein sozialversicherungsrechtlicher Erstattungsanspruch auch für zurückliegende Beschäftigungszeiträume grundsätzlich gegeben. Erstattungsanträge sind hierbei in der Regel nicht erforderlich. Zur unbürokratischen Abwicklung wird dem Arbeitgeber eine Ver-

rechnung der zu Unrecht gezahlten Beiträge gestattet. Entgegen den Gemeinsamen Grundsätzen für die Verrechnung und Erstattung zu Unrecht gezahlter Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitsversicherung aus einer Beschäftigung vom 21.11.2006 der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung ist in diesen Fällen ausnahmsweise eine Verrechnung über den Zeitraum von 24 Kalendermonaten hinaus zulässig und muss spätestens bis zum Dezember 2009 erfolgt sein. In diesem Zusammenhang ist aber vom Arbeitgeber zu gewährleisten, dass Verrechnungen nur für die Arbeitnehmer vorgenommen werden, für die zwischenzeitlich keine entgeltabhängigen Leistungen durch Sozialversicherungen gewährt worden sind. Für alle Fälle mit entgeltabhängiger Leistungsgewährung sind gesonderte Erstattungsanträge bei der jeweils zuständigen Einzugsstelle zu stellen.

Zu beachten ist allerdings wegen der Einführung des Gesundheitsfonds ab 2009, dass Verrechnungen für Zeiten bis zum 31.12.2008 ab Januar dieses Jahres nicht in den laufenden Beitragsnachweis aufgenommen werden dürfen, sondern unter Angabe des betreffenden Zeitraums in einem Korrektur-Beitragsnachweis gesondert ausgewiesen werden müssen.

*Spitzenorganisationen der Sozialversicherung**

Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Pendlerpauschale

– Schreiben vom 12. Dezember 2008 –

Das Bundesverfassungsgericht hat die in der Fassung des Steueränderungsgesetzes 2007 (StÄndG 2007) seit Januar 2007 geltende Regelung des § 9 Absatz 2 Einkommensteuergesetz (EStG), wonach Aufwendungen eines Arbeitnehmers für die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte erst ab dem 21. Entfernungskilometer als Werbungskosten behandelt werden, wegen Verstoßes gegen das Gebot der Gleichbehandlung mit Urteil vom 9. Dezember 2008 (2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08) für unwirksam erklärt [= GuT 2009, ..., Red.]. Dies hat zur Folge, dass das zum 31. Dezember 2006 maßgebliche Recht ab sofort wieder Anwendung findet.

Nach § 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 in Verbindung mit Satz 2 Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) sind u. a. Einnahmen nach § 40 Absatz 2 Satz 2 EStG dann nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen, soweit ein Arbeitgeber die Lohnsteuer mit einem Pauschsteuersatz erheben kann und die Lohnsteuer nicht individuell nach den Merkmalen der Lohnsteuerkarte des Arbeitnehmers erhebt. Fahrtkostenzuschüsse des Arbeitgebers gehören zu diesen Einnahmen.

Vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts waren Fahrtkostenzuschüsse des Arbeitgebers ab Januar 2007 für die ersten 20 Kilometer des Arbeitsweges dem Arbeitsentgelt zuzurechnen und beitragspflichtig zu behandeln, weil eine Pauschalbesteuerung nach § 40 Absatz 2 Satz 2 in Verbindung mit § 9 Absatz 2 EStG erst ab dem 21. Kilometer des Arbeitsweges zulässig war. Die dem Arbeitsentgelt zuzurechnenden Fahrtkostenzuschüsse für die ersten 20 Kilometer des Fahrtweges waren stattdessen individuell nach den Merkmalen der Lohnsteuerkarte des Arbeitnehmers zu versteuern.

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts können Fahrtkostenzuschüsse für die ersten 20 Kilometer des regelmäßigen Arbeitsweges wieder pauschal versteuert werden mit der Folge, dass sie nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen sind.

Auswirkungen auf die laufende Beitragszahlung zur Sozialversicherung ab Dezember 2008

Aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sind Arbeitgeber wieder berechtigt, den Fahrtkostenzuschuss bereits ab dem ersten Kilometer des Arbeitsweges pauschal zu besteuern. Diese Einnahmen des Arbeitnehmers sind nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen, so dass im Ergebnis darauf keine Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten sind.

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

*) AOK-Bundesverband, Berlin; IKK Bundesverband, Bergisch Gladbach; Bundesverband der Betriebskrankenkassen, Essen; Bundesverband der Landwirtschaftlichen Krankenkassen, Kassel; Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See, Bochum; Verband der Angestellten-Krankenkassen e.V., Siegburg; AEV-Arbeiter-Ersatzkassen-Verband e.V., Siegburg; GKV-Spitzenverband, Berlin; Deutsche Rentenversicherung Bund, Berlin; Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg

Auswirkungen auf die Beitragszahlung für bereits abgerechnete Entgeltabrechnungszeiträume

Die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift des § 9 Absatz 2 EStG allein bewirkt nicht automatisch, dass die vom Arbeitgeber auf Fahrtkostenzuschüsse bis zum 20. Kilometer entfallenden Sozialversicherungsbeiträge rückwirkend zu Unrecht gezahlt wurden. Vielmehr liegt eine unrechtmäßige Beitragszahlung nur dann vor, wenn mit Zustimmung des Betriebsstättenfinanzamtes eine Pauschalbesteuerung nach § 40 Absatz 2 Satz 2 EStG für zurückliegende Beschäftigungszeiträume tatsächlich erfolgt.

Nach erfolgter zulässiger Pauschalbesteuerung ist ein Erstattungsanspruch auch für zurückliegende Beschäftigungszeiträume grundsätzlich gegeben. Erstattungsanträge sind in der Regel nicht erforderlich. Zur unbürokratischen Abwicklung bietet sich für den Arbeitgeber auch die Möglichkeit der Verrechnung der zu Unrecht gezahlten Beiträge. Entgegen den Gemeinsamen Grundsätzen für die Verrechnung und Erstattung zu Unrecht gezahlter Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung aus einer Beschäftigung vom 21. November 2006 der Spitzenorganisationen der Sozialversiche-

rung ist in diesen Fällen ausnahmsweise eine Verrechnung über den Zeitraum von 24 Kalendermonaten hinaus zulässig und muss spätestens bis zum Dezember 2009 erfolgt sein. In diesem Zusammenhang ist aber vom Arbeitgeber zu gewährleisten, dass Verrechnungen nur für die Arbeitnehmer vorgenommen werden, denen zwischenzeitlich keine entgeltabhängigen Leistungen durch die Sozialversicherung gewährt worden sind. Für alle Fälle mit entgeltabhängiger Leistungsgewährung sind gesonderte Erstattungsanträge bei der jeweils zuständigen Einzugsstelle zu stellen.

Wegen Einführung des Gesundheitsfonds ab Januar 2009 ist zu beachten, dass ab Januar 2009 vorgenommene Verrechnungen für Zeiten bis 31. Dezember 2008 nicht in den laufenden Beitragsnachweis aufgenommen werden, sondern unter Angabe des Zeitraums, auf den die Beiträge entfallen, in einem Korrektur-Beitragsnachweis gesondert nachzuweisen sind (vgl. Ziffer 4 der „Gemeinsamen Grundsätze zum Aufbau der Datensätze für die Übermittlung von Beitragsnachweisen durch Datenübertragung nach § 28b Abs. 2 SGB IV in der vom 01. 01. 2009 an geltenden Fassung“ der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 5. November 2008).

Euro-Business-College Bielefeld – Die Alternative zur Universität

Neue Studienangebote ab dem Wintersemester 09/10

Ab dem Wintersemester 2009/10 können Studierende am Euro-Business-College Bielefeld noch praxisnäher studieren. Die private Business School erweitert die bisherigen Studienangebote „International Business Management“ und „International Tourism & Event Management“ um insgesamt zehn neue, berufsvorbereitende Studienschwerpunkte. Diese Vertiefungen ermöglichen es den Studierenden, sich ab dem vierten Semester zu spezialisieren.

Zur Auswahl stehen im Bereich „International Business Management“ die Schwerpunkte General Management, Health & Medical Wellness Management, Media & Communication Management, Wirtschaftspsychologie & Human Resources, Projektmanagement, Logistikmanagement sowie Handels- & Dienstleistungsmanagement. Studenten des „International Tourism & Eventmanagement“ können zwischen den Schwerpunkten Hotel- & Tourismusmanagement, Event- & Sportmanagement und Event- & Kulturmanagement wählen. „Mit dem neuen und richtungweisenden Produkt- und Preisportfolio bietet das Euro-Business-College motivierten Studieninteressenten ein optimiertes Studium für die akademischen und beruflichen Herausforderungen in einer globalen, krisenanfälligen Welt und eröffnet nachhaltige Chancen und Perspektiven“, erklärt College-Direktor Prof. Dr. Willi Joachim.

Schon seit 2001 stellt das Euro-Business-College Bielefeld jungen Menschen mit der Fachhochschulreife oder allgemeinen Hochschulreife ein Bildungsangebot zur Verfügung, das auf die Qualifikationsanforderungen der internationalen Wirtschaft an ihre Führungskräfte reagiert und eine Alternative zum Studium an traditionellen, staatlichen Universitäten bietet. Die Studienprogramme sind international, gezielt praxisbezogen ausgerichtet und ermöglichen den Studierenden nach nur 3 Jahren das International Diploma der European Management Academy (EMA) und in Kooperation mit einem britischen Kooperationspartner den international und staatlich anerkannten Bachelor-Abschluss. Dank kleiner Studierendengruppen von maximal 30 Teilnehmern, einer intensiven Betreuung durch Verwaltung und Dozenten sowie modern aus-

gestatteter Räumlichkeiten bietet das College optimale Studienbedingungen.

Im Grundstudium werden die betriebs- und volkswirtschaftlichen Kenntnisse vermittelt, einhergehend mit mindestens zwei Welt- bzw. Fremdsprachen (Englisch und Spanisch), IT-Schulungen und Soft Skills, wie z. B. Präsentationstechniken, Verhandlungs- und Konfliktstrategien. Weitere Fremdsprachen (z. B. Französisch, Russisch, Chinesisch oder Japanisch, demnächst auch Türkisch) können als Wahlfächer belegt werden.

Zwei mindestens dreimonatige Praktika im In- und Ausland sind in das Studium integriert. Vertiefend absolvieren die EBC-Studenten außerdem ein Auslandssemester an einer britischen Partnerhochschule. Wahlweise kann im fakultativen siebten Semester ein zweites Auslandssemester durchlaufen werden. Die Studenten können hier zwischen verschiedenen Partnerhochschulen wählen. Zur Auswahl stehen unter anderem Hochschulen in New York, Madrid, Dublin oder Buenos Aires.

Die attraktive monatliche Studiengebühr beträgt 590 Euro für ein durchstrukturiertes, zügiges, praxisrelevantes und individuell betreutes Studium. Studienbeginn ist jeweils im Oktober.

Trends frühzeitig erkennen und Studieninhalte den aktuellen Bedingungen der Wirtschaft anpassen. Unter dieser Devise hat sich das Euro-Business-College in Bielefeld als praxisorientierte Business School in der bundesdeutschen, vor allem in der ostwestfälischen Bildungslandschaft etabliert.

Das College bietet regelmäßig Informationsveranstaltungen an. Die Termine sind auf der Homepage abrufbar. Auf Anfrage können Studieninteressierte jederzeit kostenlos an Schnuppervorlesungen teilnehmen.

Euro-Business-College Bielefeld · Boulevard 9
33613 Bielefeld · Telefon 0521/26090-0

info@ebc.bielefeld.eso.de · www.ebc-bielefeld.de

Gewerbemiete

§§ 535, 157 BGB

**Gewerberaummiete; Bekleidungsge­schäft;
Schönheitsreparaturvereinbarung; Übertragung auf den
Mieter; Reinigung des Teppichbodens**

Vereinbaren die Parteien eines Gewerberaummietvertrages allgemein die Übertragung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter, umfassen diese auch die Grundreinigung des Teppichbodens.

(BGH, Urteil vom 8. 10. 2008 – XII ZR 15/07)

1 Zum Sachverhalt: Die Klägerin verlangt von der Beklagten nach Beendigung eines Mietvertrages über Gewerberäume u. a. Zahlung fiktiver Reparatur- und Reinigungskosten für einen inzwischen ausgewechselten Teppichboden.

2 Die Klägerin vermietete an die Beklagte für die Zeit vom 1. September 1994 bis zum 31. August 2004 eine ca. 4000 m² große Gewerbeeinheit zum Betrieb eines Bekleidungsge­schäfts. Nach § 10 Ziff. 2 des Mietvertrages waren die Instandsetzung und die Instandhaltung einschließlich der Schönheitsreparaturen im Inneren des Mietobjekts Sache der Beklagten. Nach Beendigung des Mietvertrages war die Beklagte gemäß § 25 Ziff. 1 des Mietvertrages verpflichtet, die Mieträume ordnungsgemäß gereinigt an die Klägerin zu übergeben. Die Beklagte sollte darüber hinaus vor ihrem Auszug nach Wahl der Klägerin die durch die Nutzung verursachten Schäden beseitigen und fällige Schönheitsreparaturen auf ihre Kosten durchführen oder der Klägerin die für die Durchführung der Schönheitsreparaturen erforderlichen Beträge bezahlen (§ 25 Ziff. 2 des Mietvertrages).

3 Die Mieträume waren mit einem von der Klägerin verlegten Teppichboden ausgestattet. Nach Beendigung des Mietvertrages am 31. August 2004 verlangte die Klägerin von der Beklagten die Erneuerung des Teppichbodens. Nachdem die Beklagte dies abgelehnt hatte, leitete die Klägerin ein selbständiges Beweisverfahren (LG Cottbus 72 OH 2/04) zur Klärung der Frage ein, ob der Teppichboden durch die Nutzung der Beklagten so beschädigt worden sei, dass er ersetzt werden müsse.

4 Die Klägerin erneuerte den Teppichboden auf Wunsch der Nachmieterin. Sie verlangt mit der Klage die von dem Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren ermittelten Kosten für die Reparatur von Mängeln des Teppichbodens (abgestolperte Kanten: 1237,60 €, Bohrlöcher: 149,60 €) und die Reinigung von Verfleckungen im Bereich der Näherei (280 €), sowie die Kosten für eine Grundreinigung des Teppichbodens im Verkaufsbereich (10 150 €).

5 Das Landgericht Cottbus hat der Klage in Höhe von 1517,60 € (abgestolperte Kanten: 1237,60 €, Verfleckungen im Bereich der Näherei: 280 €) stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Das Berufungsgericht [OLG Brandenburg] hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und die Revision zugelassen, soweit die Klägerin die fiktiven Kosten für die Reinigung des Teppichbodens im Verkaufsbereich in Höhe von 10 150 € verlangt. Im Umfang der Zulassung hat die Klägerin Revision eingelegt, mit der sie insoweit ihren Klageantrag weiterverfolgt.

6 Aus den Gründen: Die Revision hat Erfolg. Sie führt im Umfang der Einlegung zur Aufhebung und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

7 I. Das Berufungsgericht hat – soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung – ausgeführt:

8 Die fiktiven Kosten für die Reinigung des Teppichbodens im Verkaufsbereich seien nicht erstattungsfähig. Es könne dahinstehen, ob die Beklagte, wie das Landgericht angenommen

habe, gegen ihre Pflicht zur Rückgabe der Mieträume in ordnungsgemäß gereinigtem Zustand gemäß § 25 Ziff. 1 des Mietvertrages verstoßen habe. Denn die hieraus hinsichtlich des Teppichbodens folgende Endreinigungspflicht, die wohl nur eine Beseitigung des sich allmählich ansammelnden Schmutzes verlange, sei spätestens dadurch in Wegfall geraten, dass die Klägerin den Boden allein aufgrund der geschmacklichen Vorstellung des Nachmieters ausgetauscht habe. Es ergebe keinen Sinn, einen textilen Bodenbelag, der ohnehin weggeworfen werde, zuvor noch mit großem Aufwand zu säubern. Ein Anspruch auf Ausgleich in Geld sei insoweit ebenfalls nicht entstanden, weil es sich bei der Reinigungspflicht um eine originäre Pflicht der Mieterin handle, die sich aus der ihr obliegenden Obhutspflicht ergebe. Es stelle sich bei der Nichterfüllung dieser Pflicht deshalb, anders als bei der Übertragung von originären Vermieterpflichten, wie der Vornahme von Schönheitsreparaturen auf die Mieterin, nicht die Frage nach einem Ausgleich der Vermieterin in Geld, um die im Vertrag selbst angelegte Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu wahren.

9 Die verlangte Reinigung des Teppichbodens gehöre auch nicht zu den von der Beklagten geschuldeten Schönheitsreparaturen. Das ergebe sich schon daraus, dass die in § 28 Abs. 4 II. BV enthaltene abschließende Aufzählung der Schönheitsreparaturen keinerlei Reinigungsarbeiten enthalte. Auch seien Reinigen und Reparieren nach herkömmlichem Begriffsverständnis zwei völlig unterschiedliche Tätigkeiten. Des Weiteren würde es zu völlig lebensfremden Ergebnissen führen, wenn man die Reinigung des Teppichbodens den Schönheitsreparaturen zuordne. Dann wäre der Vermieter, der die Schönheitsreparaturen nicht auf den Mieter abgewälzt habe, stets verpflichtet, ohne gesonderte Berechnung für die laufende Reinigung des Teppichbodens Sorge zu tragen. Würde die Reinigung dagegen vom Mieter übernommen, so müsste sich dies am Markt erkennbar auf die Höhe des zu zahlenden Nutzungsentgelts auswirken. Dafür fehle indes jeder Anhaltspunkt.

10 Selbst wenn die Reinigung des Teppichbodens als Bestandteil der Schönheitsreparaturen angesehen würde, stünde der Klägerin jedenfalls kein Zahlungsanspruch in der hier geltend gemachten Höhe zu. Der Sachverständige habe in seinem schriftlichen Ergänzungsgutachten ausgeführt, dass lediglich 10 bezüglich der abgestolperten Kanten und der deutlich sichtbaren, nicht wasserlöslichen Verfleckungen auf dem Teppichboden im Bereich der ehemaligen Näherei, nicht aber im Verkaufsbereich, Schönheitsreparaturen erforderlich gewesen seien. Dort habe der Bodenbelag, wie der Sachverständige ausgeführt habe, auch nach rund zehnjähriger Nutzung noch immer eine in jedem Fall befriedigende Beschaffenheit mit geringster Abnutzung im Sinne der Textiltechnologie aufgewiesen. Somit könne es bei dem Teppichboden im Verkaufsbereich höchstens um die Beseitigung des sich allmählich angesammelten Schmutzes gehen, die sich jedoch nicht unter den Begriff der Schönheitsreparaturen fassen lasse. So müsse der Mieter auch nicht etwa die – ebenfalls in § 28 Abs. 4 II. BV erwähnten – Heizkörper, Türen oder Fenster neu streichen, wenn er eventuelle Verschmutzungen ohne weiteres mit dem Wischlappen beseitigen könne.

11 II. Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

12 1. Zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass ein etwaiger Verstoß der Beklagten gegen die hier gemäß § 25 Ziff. 1 des Mietvertrages auferlegte Pflicht zur Rückgabe der Mieträume in ordnungsgemäß gereinigtem Zustand zu keinem Zahlungsanspruch der Klägerin führen kann.

13 Der Senat ist der Auffassung, dass die gemäß § 25 Ziff. 1 des Mietvertrages geschuldete ordnungsgemäße Reinigung kei-

ne Grundreinigung des Teppichbodens, sondern nur die übliche Reinigung von dem sich allmählich ansammelnden Schmutz umfasst. In diesem Umfang hat die Beklagte den Boden während der Mietzeit aufgrund der ihr obliegenden Obhutspflicht zu pflegen (Schmidt-Futterer/Gather Mietrecht 9. Aufl. § 546 BGB Rdn. 84).

14 a) Die etwaige Unterlassung einer solchen Reinigung begründet keinen Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB. Denn der Klägerin ist hieraus kein Schaden entstanden. Sie hat den Teppichboden nämlich nicht reinigen, sondern entfernen lassen, weil er dem Geschmack der Nachmieterin nicht entsprochen hat. Ein Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB wäre aber auch deshalb nicht gegeben, weil die Klägerin der Beklagten keine Frist zur ordnungsgemäßen Reinigung gesetzt hat (§§ 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB). Die Klägerin hat vielmehr von der Beklagten zunächst die Erneuerung des Teppichbodens und erst nachdem der Sachverständige im Beweissicherungsverfahren seine Gutachten (27. September 2004 und 6. März 2005, 72 OH 2/04 Landgericht Cottbus) erstattet hatte, nicht die Reinigung des Teppichbodens, sondern die Zahlung der Reinigungskosten verlangt.

15 b) Ein Anspruch der Klägerin auf Geldersatz für die etwa unterlassene übliche Reinigung des Teppichbodens lässt sich auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung von § 25 Ziff. 1 des Mietvertrages begründen. Bei der danach geschuldeten üblichen Reinigung des Teppichbodens handelt es sich, anders als bei der Übernahme der Schönheitsreparaturen, nicht um die Übernahme einer ursprünglich der Klägerin als Vermieterin obliegenden Pflicht und damit um einen Teil der Gegenleistung der Beklagten für die von der Klägerin geschuldete Gebrauchsüberlassung (vgl. zu den Schönheitsreparaturen: BGHZ 77, 301, 304 f. [= WuM 1980, 241]; 92, 363, 369 ff. [= WuM 1985, 46]). Vielmehr folgt die Pflicht der Beklagten als Mieterin zur üblichen Reinigung des Teppichbodens aus der ihr unmittelbar obliegenden Obhut- und Sorgfaltspflicht.

16 Die Klägerin hat aber dem Grunde nach einen Anspruch auf finanziellen Ausgleich für nicht durchgeführte Schönheitsreparaturen, der sich aus ergänzender Vertragsauslegung ergibt (BGHZ 92, 363, 373 [= WuM 1985, 46]; BGH Urteil vom 20. Oktober 2004 – VIII ZR 378/03 – NJW 2005, 425, 426 [= WuM 2005, 50]; für Instandsetzungskosten: Senatsurteil BGHZ 151, 53, 58 ff. [= GuT 2002, 136 = WuM 2002, 484]).

17 Zu Unrecht geht das Berufungsgericht davon aus, dass die von der Klägerin verlangte Grundreinigung des Teppichbodens nicht zu den gemäß §§ 10 Ziff. 2, 25 Ziff. 2 des Mietvertrages auf die Beklagte übertragenen Schönheitsreparaturen gehört. Schon dem Zusammenspiel der mietvertraglichen Regelungen in § 25 Ziff. 1 einerseits, der lediglich die (übliche) ordnungsgemäße Reinigung der Mieträume bei Beendigung des Mietverhältnisses verlangt, und in §§ 10 Ziff. 2 und 25 Ziff. 2 andererseits, die die Durchführung von Schönheitsreparaturen beim Auszug vorsehen, lässt sich entnehmen, dass die Vertragsparteien unter der Regelung in den §§ 10 Ziff. 2 und 25 Ziff. 2 mehr als die bloße Übergabe der Mieträume in gereinigtem Zustand verstanden haben. Ziel dieser Regelung war vielmehr, die Mieträume insgesamt wieder in einen ansehnlichen, zur Weitervermietung geeigneten Zustand zu versetzen.

18 a) Da es keine für alle Mietverhältnisse geltende gesetzliche Definition der Schönheitsreparaturen gibt und die Parteien nicht näher geregelt haben, welche konkreten Arbeiten hiervon umfasst sein sollen, ist deren Umfang durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist, da es sich nach den Feststellungen des Landgerichts, auf die das Berufungsgericht Bezug nimmt, um einen Formularvertrag handelt, von dem typischen Verständnis redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der an Geschäften dieser Art üblicherweise beteiligten Kreise auszugehen (Senatsurteil BGHZ 162, 39, 44 m.w.N. [= GuT 2005, 124 KL]).

19 Für das Verständnis des Begriffs Schönheitsreparaturen wird nach übereinstimmender Auffassung in Rechtsprechung

und Literatur auf dessen Definition in § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV, der allerdings unmittelbar nur für den preisgebundenen Wohnraum gilt, zurückgegriffen (BGHZ 92, 363, 368 [= WuM 1985, 46]; KG NZM 2005, 181 [= GuT 2004, 172]; OLG Hamm NJW-RR 1991, 844 [= RE WuM 1991, 248]; Staudinger/Emmerich BGB <Neubearb. 2006> § 535 Rdn. 102; Erman/Jendrek BGB 12. Aufl. § 535 Rdn. 93; Langenberg Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau 3. Aufl. I. Teil Rdn. 3; ders. NZM 2005, 801, 805; Kraemer NZM 2003, 417, 418; Glaser ZMR 1986, 109).

20 Danach umfassen Schönheitsreparaturen „nur das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen“. Von dieser Definition, die auch bei preisfreiem Wohnraum zugrunde gelegt wird (Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau 3. Aufl. I. Teil Rdn. 2; OLG Hamm NJW-RR 1991, 844 [= RE WuM 1991, 248]), ist auch bei der Gewerberaummiete auszugehen (Wolf in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiere Kap. 13 Rdn. 180; Kraemer in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiere 3. Aufl. Kap. III Rdn. 1068; Staudinger/Emmerich aaO; Erman/Jendrek aaO).

21 b) Ob die Parteien eines Gewerberaummietvertrages, in dem nur allgemein die Schönheitsreparaturen auf den Mieter übertragen werden, nach dem typischen Verständnis redlicher Vertragspartner aus der Beschreibung der Schönheitsreparaturen in § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV schließen müssen, dass davon auch die gründliche Reinigung von Teppichböden umfasst wird, ist umstritten.

22 Nach einer Ansicht soll – auch ohne ausdrückliche Vereinbarung – an die Stelle des in § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV genannten nicht mehr zeitgemäßen Streichens der Fußböden bei vom Vermieter verlegtem Teppichboden dessen Reinigung treten (Schmidt-Futterer/Langenberg Mietrecht 9. Aufl. § 538 BGB Rdn. 7; Blank/Börstinghaus Miere 3. Aufl. § 535 Rdn. 356; Fritz Gewerberaummietrecht 4. Aufl. Rdn. 220; Langenberg aaO Teil I Rdn. 3 m.w.N.; Kraemer NZM 2003, 417, 418; Starnel NZM 1998, 833, 843; Both WPM 2007, 3; Erman/Jendrek 12. Aufl. § 535 Rdn. 94; MünchKomm/Schilling BGB 4. Aufl. § 535 Rdn. 115; Soergel/Heintzmann BGB <Stand: Sommer 2007> § 538 Rdn. 18).

23 Nach anderer Ansicht, die auch das Berufungsgericht vertritt, fällt die Reinigung von Teppichböden ohne ausdrückliche Vereinbarung nicht unter den Begriff der Schönheitsreparaturen (AG Braunschweig WuM 1986, 310; Staudinger/Emmerich <Neubearbeitung 2006> § 535 Rdn. 103; Bub in Bub/Treier aaO Kap. II Rdn. 479).

24 c) Der Senat schließt sich der ersten Auffassung an.

25 aa) Bei den Schönheitsreparaturen handelt es sich nicht um Reparaturen im eigentlichen Sinn, sondern um Maßnahmen zur Erhaltung eines ansprechenden äußeren Erscheinungsbildes der Mieträume durch Beseitigung der Spuren des vertragsgemäßen Gebrauchs (Erman/Jendrek aaO Rdn. 93; Langenberg aaO I. Teil Rdn. 16; Staudinger/Emmerich aaO § 535 Rdn. 102). Nach § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV werden hierunter in erster Linie Malerarbeiten für das gesamte Innere der Mieträume verstanden. Soweit auch für die Böden Malerarbeiten, nämlich deren Streichen vorgesehen ist, geht die Vorschrift von den früher üblichen, inzwischen aber kaum noch vorhandenen gestrichenen Holzdielenböden aus. Da die Schönheitsreparaturen folglich nicht nur die Oberflächen der Decken und Wände, sondern auch die Oberfläche des Bodenbelags in einen ansehnlichen Zustand versetzen sollen, muss der redliche Mieter davon ausgehen, dass er an Stelle des nur für Holzdielenböden geeigneten Streichens des Bodens die Maßnahme ergreifen muss, die für den vorhandenen Boden zu einem vergleichbaren Ergebnis führt.

26 bb) Der Verschönerung der Oberfläche des Holzdielenbodens durch Streichen entspricht bei einem Teppichboden des-

sen gründliche Reinigung. Dadurch wird die Oberfläche des Fußbodens aufgefrischt. Nicht ausreichend ist demgegenüber die nur übliche Reinigung von dem sich allmählich ansammelnden Schmutz durch Staubsaugen. Diese Reinigung ist – wie oben ausgeführt – keine Schönheitsreparatur. Sie ergibt sich vielmehr aus der vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflicht des Mieters zur Beseitigung von Verschmutzungen und entspricht dem Abwischen von verschmutzten Heizkörpern, Fenstern und Türen.

27 cc) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts führt die Annahme, es handele sich bei der Grundreinigung von Teppichböden um eine Schönheitsreparatur, auch nicht zu lebensfremden Ergebnissen. Ebenso wie der Vermieter gemäß § 535 BGB ohne Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter verpflichtet ist, Decken, Wände und Böden immer dann, wenn sie unansehnlich geworden sind, zu streichen, ist er verpflichtet, den im Laufe der Jahre infolge des vertragsgemäßen Gebrauchs unansehnlich gewordenen Teppichboden einer Grundreinigung zu unterziehen.

28 3. Die Klägerin kann danach gemäß §§ 10 Ziff. 2, 25 Ziff. 2 des Mietvertrages von der Beklagten im Rahmen der Schönheitsreparaturen eine Grundreinigung des Teppichbodens verlangen, wenn der Boden bei Beendigung des Mietvertrages infolge vertragsgemäßer Nutzung und normaler Umwelteinflüsse durch Zeitablauf unansehnlich geworden war. Dazu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

29 Nach dem Grad der Unansehnlichkeit richten sich der Umfang und damit die bei Beendigung des Mietvertrages erforderlichen Kosten der Grundreinigung. Diese Kosten kann die Klägerin von der Beklagten als Ausgleich in Geld verlangen, da eine Grundreinigung durch die Entfernung des Teppichbodens zunichte gemacht worden war (BGHZ 92, 363, 373 [= WuM 1985, 46]).

30 Die von der Klägerin geltend gemachten Reinigungskosten hat der Sachverständige im Beweissicherungsverfahren aus den qm-Kosten, die er für die Beseitigung der Flecken im Bereich der Näherei angesetzt hat, errechnet. Da der Verkaufsraum nach den Ausführungen des Sachverständigen aber keine Verfleckungen aufwies, kann von diesem Betrag, worauf das Berufungsgericht zu Recht hinweist, nicht ausgegangen werden.

31 Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden. Das Berufungsgericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellung dazu getroffen, ob und in welchem Umfang eine Grundreinigung des Teppichbodens erforderlich war und welche Kosten bezogen auf den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung gegebenenfalls angefallen wären. Die Sache war daher zur Nachholung dieser Feststellungen an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 307 BGB

**Grundstückskauf;
selbständiges (Makler-)Provisionsversprechen des
Käufers; Verflechtung des Dritten mit dem Verkäufer**

Die in einem zwischen Unternehmern geschlossenen Grundstückskaufvertrag enthaltene Klausel, in der sich der Käufer verpflichtet, die seitens des Verkäufers einem – mit diesem gesellschaftsrechtlich verflochtenen – Dritten aufgrund eines selbständigen Provisionsversprechens geschuldete Vergütung zu zahlen, ist wirksam, wenn die Verflechtung dem Käufer bekannt ist.

(BGH, Urteil vom 20. 11. 2008 – III ZR 60/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten um die Rückforderung einer von der Klägerin an die Beklagte gezahlten (Makler-)Provision.

2 Die Beklagte erhielt von ihrer Streithelferin den Auftrag, das Grundstück im Wege des Höchstgebotsverfahrens zum Min-

destgebot von 560 000 € zu vermarkten. Die für die Kaufinteressenten erstellte „Verkaufsaufgabe“ enthielt den näher erläuterten Hinweis, dass zusätzlich zum Kaufpreis eine Provision in Höhe von 6% an die Beklagte zu zahlen sei. Zwischen der Beklagten und ihrer Streithelferin bestand eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung. Die Streithelferin der Beklagten veräußerte sodann mit notariellem Kaufvertrag vom 1. Juni 2004 das Grundstück an die Klägerin. Der Kaufpreis betrug 671 000 €. Nr. 13 des Kaufvertrags lautet wie folgt:

„13. Eigenständiger Provisionsanspruch

(1) Dieser Vertragsgegenstand wurde aufgrund eines vom Verkäufer erteilten Auftrages von der H. Projektmanagement und Consult GmbH (*der Beklagten*) vermarktet. Die H. Projektmanagement und Consult GmbH gehört zu 100% der H. Bank AG, die zugleich zu 94% Gesellschafterin der Verkäuferin ist. Die H. Projektmanagement und Consult GmbH kann deshalb eine Maklertätigkeit im Sinne von § 652 BGB nicht erbringen. In Kenntnis der die Verflechtung begründenden rechtlichen und tatsächlichen Umstände besteht Einvernehmen, dass die H. Projektmanagement und Consult GmbH für Verkäufer und Käufer tätig werden durfte. Der Käufer übernimmt hiermit die vom Verkäufer an die H. Projektmanagement und Consult GmbH zu zahlende Provision in Höhe von **€ 40 260,00**.

(2) Der Käufer verspricht dem Verkäufer und der H. Projektmanagement und Consult GmbH diese Provision an die H. Projektmanagement und Consult GmbH zu zahlen, die hiermit einen selbständig begründeten und direkten Zahlungsanspruch gegenüber dem Käufer erhält (abstraktes Schuldversprechen). Der Anspruch ist mit Abschluss dieses Vertrages fällig. Die Provision ist vom Käufer spätestens 10 Tage nach Rechnungseingang direkt an die H. Projektmanagement und Consult GmbH auf deren Konto Nr. 123 456 bei der H. Bank AG (BLZ 210 500 00) zu zahlen.

(3) Der Notar hat die Vertragsparteien darüber belehrt, dass die Regelung über die vorstehende Provision nicht beurkundungsbedürftig ist und dass Mehrkosten durch die notarielle Beurkundung der Vereinbarung über die Provision entstehen. Die Vertragsparteien wünschen dennoch die Beurkundung der vorstehenden Vereinbarung betr. die Provision.“

3 Nachdem die Beklagte entsprechend der Vereinbarung im Grundstückskaufvertrag der Klägerin 40 260 € in Rechnung gestellt und diese gezahlt hatte, fordert sie nunmehr den Betrag zurück. Bei Nr. 13 des notariellen Kaufvertrags handelt es sich nach ihrer Rechtsauffassung um eine unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung. Eine erfolgsunabhängige Provision könne nur in einer Individualvereinbarung wirksam versprochen werden.

4 Die Klägerin hat Teilklage auf Rückzahlung von 8000 € erhoben. Die Beklagte hat widerklagend die Feststellung begehrt, dass der Klägerin auch über die geltend gemachten 8000 € hinaus kein Rückzahlungsanspruch zusteht.

5 Das Landgericht Hamburg hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

6 Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht Hamburg das Urteil des Landgerichts abgeändert, die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

7 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter und begehrt die Abweisung der Widerklage.

8 **Aus den Gründen:** Die Revision ist unbegründet.

9 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass der Klägerin der geltend gemachte Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Fall BGB nicht zustehe. Rechtsgrund für die Zahlung sei Nr. 13 des notariellen Kaufvertrags. Dabei handele es sich um eine wirksame Allgemeine Geschäftsbedingung. Mit der Klausel sei die Klägerin verpflichtet worden, die der Beklagten seitens ihrer Streithelferin geschuldete Maklerprovision zu über-

nehmen. Die Klausel sei nicht am gesetzlichen Leitbild des Maklers zu messen, da sie zwischen den Parteien des Kaufvertrags vereinbart worden sei. Wesentliche Grundlagen des Kaufrechts würden durch die Vereinbarung nicht berührt. Die Klausel sei auch weder unklar, noch liege ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot nach § 306a BGB vor.

10 II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision stand. Der Klägerin steht kein Rückzahlungsanspruch bezüglich der an die Beklagte gezahlten Provision nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall BGB zu. Rechtsgrund für die Zahlung ist Nr. 13 des zwischen der Klägerin und der Streithelferin der Beklagten geschlossenen Grundstückskaufvertrages.

11 1. Nr. 13 des Vertrages ist nicht nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 BGB unwirksam.

12 a) Bei der Vertragsbestimmung handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diesen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts nimmt die Revision als ihr günstig hin. Damit ist die Vereinbarung unbeschadet des Umstandes ihrer notariellen Beurkundung an § 307 BGB zu messen, auch wenn der Grundstückskaufvertrag zwischen Unternehmern geschlossen wurde und es sich nicht um ein Verbrauchergeschäft handelt (§ 310 Abs. 1, 3 BGB).

13 b) Ohne Erfolg macht die Klägerin geltend, Nr. 13 des Grundstückskaufvertrages benachteilige sie unangemessen, weil sie von den wesentlichen Grundgedanken eines Maklervertrages abweiche. Sie verpflichte zur Zahlung einer erfolgsunabhängigen Provision, da die Beklagte aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Verflechtung mit der Verkäuferin keine Maklerprovision verdient habe.

14 aa) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingung im Zweifel vor, wenn sie mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bei Maklerverträgen anzunehmen, wenn durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eine erfolgsunabhängige Provision vereinbart wird (BGHZ 119, 32, 33 f; 99, 374 382). Ob es sich bei Nr. 13 des Vertrages um das Versprechen einer erfolgsunabhängigen Provision im Sinne dieser Rechtsprechung handelt, kann dahinstehen.

15 bb) Im vorliegenden Fall handelt es sich nach der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht nicht um eine Klausel zur Bestimmung des Inhalts eines zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossenen Maklervertrages, sondern des zwischen der Klägerin und der Streithelferin der Beklagten geschlossenen Grundstückskaufvertrages.

16 (1) In den Fällen der provisionshindernden Verflechtung zwischen Makler und Verkäufer kann gleichwohl eine Provision vereinbart werden und zwar auch innerhalb des vermittelten Hauptvertrages als Vertrag zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB). Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn dem Versprechenden die tatsächlichen Umstände bekannt sind, die einer echten Maklerleistung entgegenstehen (Senatsurteil vom 6. Februar 2003 – III ZR 287/02 – NJW 2003, 1249, 1250 [= WuM 2003, 221]). Welchen rechtlichen Charakter die Vereinbarung hat, ist durch Auslegung unter Berücksichtigung der konkreten Einzelfälle zu ermitteln (vgl. Senatsurteile vom 12. Oktober 2006 – III ZR 331/04 – NJW-RR 2007, 55 [= WuM 2006, 632]; vom 6. Februar 2003 aaO; BGH, Urteil vom 6. März 1991 – IV ZR 53/90 – NJW-RR 1991, 820, 821). Es kann sich insoweit auch um einen verschleierte Teil des Kaufpreises handeln (Senatsurteil vom 12. Oktober 2006 aaO; BGH, Urteil vom 15. April 1987 – IVa ZR 53/86 – NJW-RR 1987, 1075). Eine Auslegung in diese Richtung liegt insbesondere dann nahe, wenn der Käufer sich gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, die dem Verkäufer entstandenen Maklerkosten zu tragen (Althammer, Die Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag, 2004,

S. 132; Staudinger/Reuter, BGB, Neubearbeitung 2003, §§ 652, 653 Rn. 184; MünchKommBGB/Roth, 5. Aufl., 2009, § 652 Rn. 34; Bethge NZM 2002, 193, 196).

17 (2) Hier sprechen alle Umstände dafür, dass die Nr. 13 des Grundstückskaufvertrages die Vereinbarung eines verschleierte Kaufpreises darstellt, der an die Beklagte zu zahlen war. Die Klägerin verpflichtete sich nicht zur Zahlung einer Provision für ihr gegenüber geleistete Maklerdienste, sondern übernahm die Erfüllung des der Beklagten gegen ihre Streithelferin zustehenden Provisionsanspruchs. Als für die Prüfung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB maßgebenden gesetzlichen Grundgedanken ist damit auf das Kaufrecht und nicht das Maklerrecht abzustellen. Dabei war der Klägerin die gesellschaftsrechtliche Verflechtung zwischen der Beklagten und ihrer Streithelferin bekannt. Durch die „Verkaufsaufgabe“ und den Text der Vertragsklausel war sie ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass dem Provisionsanspruch keine echte Maklerleistung zugrunde liegt und es sich hierbei um ein selbständiges Provisionsversprechen handelt (siehe zu dem Gesichtspunkt Senatsurteil vom 12. März 1998 – III ZR 14/97 – NJW 1998, 1552 f).

18 (3) Von dieser Prämisse ausgehend bestehen – unbeschadet der Frage, ob unter kaufrechtlichen Aspekten überhaupt eine kontrollfähige Entgeltregelung vorliegt (vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., 2006, § 307 Rn. 71 ff) – keine Bedenken, wenn der Verkäufer den Kaufvertrag hinsichtlich eines Teils des vom Käufer zu tragenden Gesamtaufwands in der Weise ausgestalten will, dass der Käufer diesen Teil direkt an den für den Verkäufer tätigen Makler zahlt, um die in dem Verhältnis bestehende Forderung zu tilgen. Unter dem Blickwinkel des Kaufrechts führt auch die Revision keine besonderen Umstände an, die eine andere Beurteilung begründen können.

19 Der Umstand, dass zusätzlich ein abstraktes Schuldversprechen vereinbart ist, ist hier ohne Belang. Ein Rechtsgrund für die Zahlung der Klägerin ergibt sich bereits aus der insoweit selbständig zu beurteilenden Übernahme der Provisionsschuld der Streithelferin der Beklagten und würde durch eine Unwirksamkeit des abstrakten Schuldversprechens nicht berührt.

20 2. Der von der Klägerin geltend gemachte Verstoß gegen das Umgehungsverbot nach § 306a BGB liegt ebenfalls nicht vor. Nach § 306a BGB finden die für die Wirksamkeitskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingung maßgeblichen Vorschriften auch dann Anwendung, wenn sie durch andere Gestaltungen umgangen werden. Hier sind die Vorschriften auch ohne § 306a BGB anzuwenden und führen nicht zur Unwirksamkeit. Weitergehende Wirkungen kann die Klägerin aus der Vorschrift nicht für sich ableiten.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 91 ZPO

Prozesskosten der juristischen Person; Verdienstaufschlag des Geschäftsführers bei Terminwahrnehmung

Einer juristischen Person kann wegen der Teilnahme ihres Geschäftsführers an einem Gerichtstermin ein Anspruch auf Verdienstaufschlag zustehen.

(BGH, Beschluss vom 2. 12. 2008 – VI ZB 63/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin hat gegen die Beklagten ein rechtskräftiges Endurteil erwirkt, nach dem die Beklagten als Gesamtschuldner die Kosten des Rechtsstreits zu tragen haben.

2 Im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens beantragte die Klägerin, den Verdienstaufschlag ihres Geschäftsführers für die Teilnahme an zwei Verhandlungsterminen festzusetzen. Zu diesen Terminen hatte das Amtsgericht das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet.

3 Das Amtsgericht Eilenburg hat die Festsetzung des Verdienstausfalls abgelehnt. Das Landgericht Leipzig hat die sofortige Beschwerde der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Festsetzung des Verdienstausfalls weiter.

4 **Aus den Gründen:** II. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO) und auch im Übrigen zulässig.

5 1. Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, die gerichtliche Vertretung einer GmbH gehöre zu den gesetzlichen Aufgaben des Geschäftsführers und sei deshalb von seiner Vergütung abgedeckt. Daher sei die Vertretung der Gesellschaft vor Gericht nicht als Arbeitskraftausfall des Geschäftsführers anzusehen und der geltend gemachte Verdienstausfall nicht zu ersetzen.

6 2. Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde mit Erfolg.

7 a) Die Frage, ob einer juristischen Person wegen der Teilnahme ihres Geschäftsführers an einem Gerichtstermin ein Anspruch auf Verdienstausfall wegen der dadurch eingetretenen Zeitversäumnis zusteht, ist umstritten. Insbesondere in der älteren Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, der „Verdienstausfall“ eines Geschäftsführers sei nicht erstattungsfähig, weil die Voraussetzungen des § 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO i.V.m. § 2 Abs. 2 ZSEG a.F. bzw. §§ 20, 22 JVEG nicht vorlägen. Ein Geschäftsführer versäume durch die Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung keine Arbeitszeit. Die gerichtliche Vertretung einer juristischen Person gehöre zu den gesetzlichen Aufgaben des Geschäftsführers und sei daher von seiner Vergütung abgedeckt. Die gerichtliche Durchsetzung der unternehmerischen Betätigung diene ebenso der Gewinnerzielung wie die Betätigung selbst. Ein Verdienstausfall könne daher nicht eintreten (vgl. OLG Naumburg JMBL LSA 2004, 128 und OLGR Naumburg 2002, 327, 328; OLG Hamm OLGR 1993, 315; MDR 1984, 673; MDR 1978, 1026). Entgegen dieser auch vom Beschwerdegericht vertretenen Auffassung billigt die überwiegende Rechtsprechung, teilweise unter Aufgabe ihrer früher abweichenden Meinung, einer juristischen Person gemäß § 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO i.V.m. § 2 ZSEG a.F., §§ 20, 22 JVEG eine Entschädigung für Zeitversäumnis jedenfalls dann zu, wenn – wie hier – das Gericht zu einem Verhandlungstermin das persönliche Erscheinen eines ihrer Organe oder eines sachkundigen Mitarbeiters angeordnet und die Partei eine solche Person zu dem Termin entsandt hat (vgl. KG KGR Berlin 2007, 707 f.; OLG Karlsruhe OLGR 2005, 776, 777 f.; OLG Stuttgart OLGR 2001, 391 f.; OLG Rostock OLGR 2000, 237 f.; OLG Köln OLGR 2000, 61 f.; OLG Bamberg OLGR 2000, 295; OLG Dresden OLGR 1999, 145; OLG Düsseldorf OLGR 1997, 360 ff.; OLG Brandenburg OLGR 1997, 15 f.; OLG Hamm OLGR 1997, 97 unter Aufgabe von OLG Hamm MDR 1984, 673; vgl. auch Lappe NJW 2006, 270, 275; Zöller/Herget, ZPO, 27. Aufl., § 91 Rn. 13 „Allgemeiner Prozessaufwand“, „Zeitversäumnis“).

8 b) Die letztgenannte Auffassung ist richtig. Nach § 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO umfasst die Kostenerstattung auch die Entschädigung des Gegners für die durch notwendige Reisen oder durch die notwendige Wahrnehmung von Terminen entstandene Zeitversäumnis; die für die Entschädigung von Zeugen geltenden Vorschriften sind entsprechend anzuwenden. Darin lag bis zum 30. Juni 2004 eine Verweisung auf § 2 ZSEG „Entschädigung von Zeugen“. Diese erfasste sowohl den Verdienstausfall (§ 2 Abs. 1 ZSEG) als auch sonstige Nachteile (vgl. § 2 Abs. 3 Satz 5 ZSEG). Seit dem 1. Juli 2004 verweist die Vorschrift auf das Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz (JVEG), also die §§ 19 ff. JVEG. Nach diesem Gesetz ist in § 20 eine Entschädigung für Zeitversäumnis und in § 22 eine Entschädigung für Verdienstausfall vorgesehen.

9 Auch wenn in § 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO nur die Zeitversäumnis genannt ist, steht dies einem Ersatz des Verdienstausfalls – wie nach § 2 ZSEG a.F. – nicht entgegen. Unabhängig davon, ob man den „Verdienstausfall“ schon von dem Begriff

„Zeitversäumnis“ mit umfasst sieht, ist durch die Verweisung in § 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO auch eine Entschädigung für den Verdienstausfall im Sinne des § 22 JVEG mit erfasst. Der Gesetzgeber hat bei der Neuregelung des Kostenrechts durch das Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts vom 5. Mai 2004 (BGBl. I 2004 S. 718) das ZSEG durch das JVEG ersetzt, dabei aber § 91 Abs. 1 ZPO nicht an die Neuregelung des JVEG angepasst. Es handelt sich daher um einen typischen Fehler der Gesetzgebung, bei der die Anpassung der Verweisungen nicht exakt erfolgt ist. Unter diesen Umständen ist nicht davon auszugehen, dass mit der Neuordnung des Kostenrechts eine von der bisherigen Regelung und Praxis abweichende Regelung für eine etwaige Entschädigung wegen eines Verdienstausfalls erfolgen sollte.

10 Demgemäß kann aus den von der überwiegenden Rechtsprechung zutreffend angeführten Gründen einer Partei, die als natürliche Person selbst einen Gerichtstermin wahrnimmt, oder als juristische Person sich in einem solchen Termin durch einen Geschäftsführer oder andere Mitarbeiter vertreten lässt, eine Entschädigung wegen der Zeitversäumnis bzw. des Verdienstausfalls durch die Teilnahme an einem solchen Termin zugebilligt werden. Der Prozessgegner soll im Umfange seines Ob-siegens von den Nachteilen freigestellt werden, die ihm aufgrund seiner Teilnahme am Rechtsstreit entstanden sind. Dies gilt auch für den terminsbedingten Zeitaufwand, der einem Geschäftsführer durch seine Teilnahme an einem Gerichtstermin entsteht. Die Aufgabe des gesetzlichen Vertreters ist es in erster Linie, die Erzielung des erstrebten Unternehmensgewinns durch entsprechende Betätigung im Rahmen des Gegenstands des Unternehmens zu fördern, nicht aber Unternehmensgewinne dadurch zu verdienen, dass ein Prozess geführt wird. Demgegenüber vermag nicht der Einwand zu überzeugen, die Bereitstellung von Vertretungspersonen während einer gerichtlichen Auseinandersetzung gehöre zu den gesetzlichen Voraussetzungen für die Teilnahme der juristischen Person am Rechts- und Geschäftsverkehr, weshalb der Einsatz derselben für ihre bestimmungsgemäßen Aufgaben keinen entschädigungspflichtigen Nachteil begründen könne. Fällt die Arbeitskraft des Geschäftsführers für seine eigentliche unternehmerische Aufgabe zeitweise aus, weil er für die vertretene Gesellschaft an Gerichtsterminen teilnehmen muss, stellt sich dies vielmehr bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise für die Gesellschaft als Nachteil dar, für den sie nach Maßgabe des § 22 JVEG – wie eine natürliche Person, die als Partei persönlich am Termin teilnehmen muss – eine Entschädigung verlangen kann.

11 Da § 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO für einen Anspruch auf Entschädigung nur auf die entstandene Zeitversäumnis abstellt, ist für einen Anspruch auf Entschädigung nicht erforderlich, dass ein konkreter Verdienstausfall nachgewiesen ist. Es reicht – mit der überwiegenden Rechtsprechung – vielmehr aus, wenn die Zeitversäumnis einen messbaren Nachteil für die Partei mit sich bringt, was bei wirtschaftlicher Betrachtung für die Teilnahme eines Geschäftsführers an einem Gerichtstermin regelmäßig anzunehmen ist. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass es einem Wirtschaftsunternehmen schwerlich möglich sein wird, die durch Abwesenheit des Geschäftsführers entstehenden konkreten finanziellen Nachteile im Einzelnen zu quantifizieren. Für die Zwecke des Kostenfestsetzungsverfahrens reicht es daher im Regelfall aus, sich – wie in § 22 JVEG vorgesehen – am regelmäßigen Bruttoverdienst zu orientieren (vgl. KG, aaO; OLG Karlsruhe, aaO; OLG Stuttgart, aaO; OLG Rostock, aaO; OLG Brandenburg, aaO; OLG Düsseldorf, aaO; OLG Köln, aaO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

www.gut-netzwerk.de

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.

**§ 1007 BGB – Besitz einer beweglichen Sache;
Ansprüche des früheren Besitzers; Besitzschutz**

Die Beschwerde der Kläger gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Senats für Landwirtschaftssachen des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 21. April 2008 wird zurückgewiesen.

Der von der Beschwerde geltend gemachte Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung ist nicht gegeben. Die von ihr aufgeworfene Frage nach der Reichweite der Vorschrift des § 1007 Abs. 1 BGB beantwortet das Gesetz selbst klar und deutlich. Der Anspruch steht nur dem zu, der eine bewegliche Sache in Besitz gehabt hat; für den Immobilienbesitzer gilt die Vorschrift folglich nicht. Soweit der Bundesgerichtshof in einer frühen Entscheidung eine analoge Anwendung der Norm auf den Besitz von Wohn- und Geschäftsräumen, wenn sie Teile einer unbeweglichen Sache sind, befürwortet hat (BGHZ 7, 208, 215 ff.), beruhte dies - wie er betont hat - auf den besonderen Umständen der Nachkriegszeit, in der wegen der in den letzten Kriegsmonaten und in der ersten Zeit nach der Kapitulation eingetretenen verworrenen Verhältnisse ein Besitzschutz nach § 861 BGB nicht ausreichend erschien. Für die Zeit da-

nach, also für normale Umstände, die der Gesetzgeber bei der Beschränkung des petitorischen Besitzschutzes nach § 1007 Abs. 1 BGB auf bewegliche Sachen zugrunde gelegt hat, ist diese Auffassung vom Bundesgerichtshof nicht mehr vertreten worden. Sie wird auch in der Kommentarliteratur - zu Recht - nicht für vertretbar gehalten (Staudinger/Gursky, BGB <2005>, § 1007 Rdn. 6; MünchKomm-BGB/Medicus, 4. Aufl., § 1007 Rdn. 4; Palandt/Bassenge, BGB, 67. Aufl., § 1007 Rdn. 1; Bamberger/Roth/Fritzsche, BGB, 2. Aufl., § 1007 Rdn. 5; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 1007 Rdn. 4; NK-BGB/Schanbacher, 2. Aufl., § 1007 Rdn. 1). Die Beschwerde zeigt nicht auf, dass es gewichtige Stimmen in der übrigen Literatur oder Rechtsprechung der Instanzgerichte gibt (zu den Erfordernissen der Darlegung insoweit s. BGHZ 154, 288, 291; 152, 182, 192 f.), die für eine analoge Anwendung der Norm auf den Besitz von Grundstücken eintreten. Soweit sie auf RGRK-BGB/Pikart, 12. Aufl., § 1007 Rdn. 5, hinweist, handelt es sich um eine nahezu 30 Jahre zurückliegende Kommentierung, in der lediglich auf die frühe BGH-Entscheidung (BGHZ 7, 208) und die sie tragenden Gründe Bezug genommen wird und der sonach keine aktuelle Bedeutung mehr zukommt.

Eine Entscheidung ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2 ZPO).

(BGH, Beschluss vom 28. 11. 2008 – LwZR 9/08)

Teileigentum

§ 15 GVB
**Teileigentum; Grundbuchfähigkeit der GbR;
Eintragung der GbR in das Grundbuch**

a) Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann unter der Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben.

b) Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung der GbR vor, wird die GbR als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus...“ und den Namen ihrer Gesellschafter eingetragen.

c) Leitet die GbR ihr Recht aus einer Gerichtsentscheidung ab, genügt deren Rubrum als Nachweis ihrer Identität und der Vertretungsbefugnis des handelnden Gesellschafters. Zusätzliche Nachweise können nur verlangt werden, wenn konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich nach Erlass der Gerichtsentscheidung Veränderungen bei Namen, Gesellschafterbestand oder Vertretungsbefugnissen ergeben haben; der bloße Zeitablauf genügt als Anhaltspunkt nicht.

(BGH, Beschluss vom 4. 12. 2008 – V ZB 74/08)

1 Zum Sachverhalt: Die Beschwerdeführerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts <GbR>, erwirkte am 28. November 2005 unter ihrer Bezeichnung ein Versäumnisurteil gegen die Beteiligte zu 2, durch welches diese gesamtschuldnerisch mit dem mitverurteilten W. L. verurteilt wurde, an die Beschwerdeführerin 40 157,67 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen. Außerdem erwirkte sie gegen die Beteiligte zu 2 am 7. Dezember 2005 einen Kostenfestsetzungsbeschluss, durch welchen dieser die Erstattung von Prozesskosten in Höhe von 3070,88 € nebst Zinsen aufgegeben wurde. Wegen beider Zahlungsansprüche beantragte

sie unter Vorlage der Titelausfertigungen die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf dem Miteigentumsanteil der Beteiligten zu 2.

2 Das Grundbuchamt [AG Schöneberg] hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin hat das Landgericht Berlin zurückgewiesen. Ihrer weiteren Beschwerde möchte das vorlegende Kammergericht entsprechen und das Grundbuchamt anweisen, die beantragte Zwangssicherungshypothek einzutragen. Daran sieht es sich durch Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts (NJW 2003, 70 [= WuM 2002, 676]; NJW-RR 2005, 43) und des Oberlandesgerichts Schleswig (NJW 2008, 306) gehindert. Mit Beschluss vom 6. Mai 2008 (NJW 2008, 3444) hat es die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

3 Aus den Gründen: II. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, die Voraussetzungen des § 29 GBO lägen bei einer GbR mangels Möglichkeit, die Identität und Verfügungsbefugnis des Einzutragenden sicher festzustellen, nicht vor. Einer Eintragung der Gesellschaft selbst stehe zudem die Vorschrift § 15 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 GBV entgegen. Gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR spreche auch, dass der Bundesgerichtshof der GbR die Fähigkeit abgesprochen habe, Verwalterin einer Wohnungseigentümergeinschaft zu sein (Senat, Beschl. v. 26. Januar 2006, V ZB 132/05, NJW 2006, 2189 [= WuM 2006, 166]).

4 III. Die Vorlage ist statthaft (§ 79 Abs. 2 GBO).

5 Das vorlegende Kammergericht und das Oberlandesgericht Stuttgart (NJW 2008, 304) einerseits und das Bayerische Oberste Landesgericht sowie das Oberlandesgericht Schleswig andererseits sind unterschiedlicher Ansicht darüber, ob eine GbR (unter ihrem Namen) in das Grundbuch eingetragen werden kann. Während die erstgenannten Oberlandesgerichte die Fragen bejahen (wollen), werden sie von den zweitgenannten Gerichten verneint. Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage.

6 IV. Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO) und hat auch in der Sache Erfolg. Die von dem Amtsgericht – Grundbuchamt – in seinem Beschluss vom 27. Juni 2006 genannten Gründe (mangelnde Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft Bürgerlichen Rechts sowie fehlender Nachweis der Zustimmung und der Wartefrist) rechtfertigen die Zurückweisung des Eintragungsantrags nicht.

7 1. Nach §§ 864 Abs. 2, 866 Abs. 1, 867 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat das Grundbuchamt zur Zwangsvollstreckung in einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück auf Antrag des Gläubigers eine Sicherungshypothek in das Grundbuch einzutragen, wenn eine vollstreckbare Ausfertigung des Vollstreckungstitels vorgelegt wird, dieser zugestellt ist und, bei der Vollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss, der nicht auf das zugrunde liegende Urteil gesetzt ist, die in § 798 ZPO bestimmte Wartefrist von zwei Wochen ab Zustellung verstrichen ist. Diese Voraussetzungen lagen entgegen der Annahme des Grundbuchamtes schon bei Antragstellung vor. Dem Antrag waren, wie das vorlegende Kammergericht in seinem Beschluss festgestellt hat, die vollstreckbaren Ausfertigungen des Versäumnisurteils und des Kostenfestsetzungsbeschlusses beigelegt. Diese waren der Schuldnerin am 16. Februar 2006 durch den Gerichtsvollzieher zugestellt worden. Damit war auch die hinsichtlich des Kostenfestsetzungsbeschlusses zu beachtende Wartefrist bei Eingang des Antrags am 26. Juni 2006 abgelaufen. Der Eintragung der Sicherungshypothek steht auch nicht entgegen, dass die Gläubigerin eine GbR ist. Eine GbR kann unter ihrem Namen in das Grundbuch eingetragen werden.

8 2. Die Frage nach der so genannten Grundbuchfähigkeit einer GbR ist allerdings umstritten. Nach einer wohl überwiegenden Ansicht kann eine GbR nicht als solche als Eigentümerin oder Inhaberin von beschränkten dinglichen Rechten an einem Grundstück oder – wie hier – einem Miteigentumsanteil an einem Grundstück in das Grundbuch eingetragen werden (BayObLG NJW 2003, 70, 71 [= WuM 2002, 676]; NJW-RR 2004, 810, 811; 2005, 43; OLG Celle NJW 2006, 2194 f.; OLG Schleswig NJW 2008, 306 f.; LG Aachen Rpfleger 2003, 496, 497; RNotZ 2006, 348, 349; LG Berlin Rpfleger 2004, 283 f.; LG Dresden NotBZ 2002, 384; LG Hagen Rpfleger 2007, 26 «für nicht rechtsfähigen Verein»; wohl auch OLG München BB 2005, 1621, 1622; Demharter, GBO, 26. Aufl., § 19 Rdn. 108; Hügel/Holzer, GBO, § 1 Rdn. 54 f.; Meikel/Böhringer, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 47 GBO Rdn. 182 b; Meikel/Ebeling, aaO; § 15 GBV Rdn. 30 c Anm. dd; Abel/Eitzert, DZWiR 2001, 353, 361; Ann, MittBayNot 2001, 197, 198; Armbrüster, Grundeigentum 2001, 821, 826; R. Böttcher, NJW 2008, 2088, 2094; Demharter, Rpfleger 2001, 329, 330 f.; 2002, 538; Derleder, BB 2001, 2485, 2490; Heil, NZG 2001, 300, 305; ders., NJW 2002, 2158, 2159; ders., DNotZ 2004, 379; 381 f.; Keil, EWIR 2003, 913, 914; ders., DZWiR 2003, 120, 121; Kremer, RNotZ 2004, 239, 245; Münch, DNotZ 2001, 535, 548 f.; Prütting, Festschrift f. Wiedemann <2002>, S. 1177, 1185; Schemmann, DNotZ 2001, 244, 250; K. Schmidt, NJW 2001, 993, 1002; Schöpflin, NZG 2003, 117 f., Stöber, MDR 2001, 544, 545; Vogt, Rpfleger 2003, 491, 492; Volmer, ZfIR 2006, 475 f.; Westermann, NZG 2001, 289, 293 f.; Wiedemann, JZ 2001, 661). Nach anderer Auffassung ist eine solche Eintragung möglich (OLG Stuttgart FGPrax 2007, 66, 67, m. krit. Anm. Demharter; OLG Dresden NL-BzAR 2008, 349, 352; LG Magdeburg NotBZ 2008, 39 f.; Dümig in Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl.,

Einl. B 61 f.; ders., Rpfleger 2003, 80, 82; Münch-Komm-BGB/Ulmer, 4. Aufl., § 705 Rdn. 314; Ulmer, ZIP 2001, 585, 595; Behrens, ZfIR 2008, 1, 2 ff.; L. Böttcher/Blasche, NZG 2007, 121, 122 ff.; Demuth, BB 2002, 1555, 1558 ff.; Eickmann, ZfIR 2001, 433, 436 f.; Elsing, BB 2003, 909, 914; Hadding, ZGR 2001, 712, 724; HeBeler/Kleinhenz, NZG 2007, 250, 251 f.; Hess, ZZZP 117 <2004>, 267, 299 f.; Kazemi, ZfIR 2007, 101 f.; Knöfel, AcP 205 <2005>, 645, 663; ders. ZfIR 2006, 428, 429; Krebs, NL-BzAR 2008, 327, 329; Leipold, Festschrift f. Canaris <2007>, 221, 230 ff.; Ott, NJW 2003, 1223; Pohlmann, WPM 2002, 1421, 1430; Schmeken, Festschrift f. Streitböhrer <2008>, S. 251, 258 ff.; Schodder, EWIR 2007, 167, 168; Tava-koli/Fehrenbacher, DB 2007, 382, 384; G. Wagner, ZZZP 117 <2004>, 305, 348 f.; ders. ZIP 2005, 637, 645 f.; K.-R. Wagner, ZNotP 2006, 408, 410). Nach einer dritten Meinung sind neben der Gesellschaft selbst auch ihre Gesellschafter einzutragen (Bauer/v. Oefele/Wilke, Grundbuchordnung, 2. Aufl., § 13 Rdn. 34 a.E.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdn. 240, 240b; Böhringer, BwNotZ 2006, 118, 121; Hammer, NotBZ 2002, 385; Kessler, ZIP 2007, 421, 423; ders., ZNotP 2008, 231, 234; Lautner, MittBayNot 2005, 93, 99; 2006, 37, 38; Nagel, NJW 2003, 1646, 1647; dagegen aber Demharter, FGPrax 2007, 68). Nach einer vierten Meinung ist die GbR grundbuchfähig, aber – wie bisher – unter Eintragung ihrer Gesellschafter mit einem Hinweis auf das Gesellschaftsverhältnis einzutragen (Bieltke, Rpfleger 2007, 441, 442; Hertel, in: Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rdn. 1000 b ff.; Langenfeld, BwNotZ 2003, 1, 4; Pohlmann, EWIR 2003, 107, 108; Priester, BB 2007, 837, 838; Ruhwinkel, MittBayNot 2007, 92, 95 f.; Weidenmann, BwNotZ 2004, 130, 139).

9 3. Der Senat folgt im Ansatz der zweiten Meinung.

10 a) Auszugehen ist davon, dass die GbR, ohne juristische Person zu sein (BGHZ 146, 341, 343 [= WuM 2001, 134]; Leipold, FS Canaris <2007> S. 221, 227 f.), (teil-) rechtsfähig ist, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (BGHZ 146, 341, 344 [= WuM aaO.]; Senat, Urt. v. 25. Januar 2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379). Im Rahmen ihrer Teilrechtsfähigkeit ist die GbR natürlichen und juristischen Personen einerseits und den registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften andererseits allerdings nicht in jeder Hinsicht gleich gestellt. Es gibt Aufgaben mit Anforderungen, denen zwar natürliche und juristische Personen und auch registerfähige rechtsfähige Personengesellschaften genügen können, wegen ihrer strukturellen Unterschiede zu diesen aber nicht die GbR. Der Senat hat das für die Aufgabe des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft angenommen (Beschl. v. 26. Januar 2006, V ZB 132/05, NJW 2006, 2189, 2190 [= WuM 2006, 166]).

11 b) Daraus folgt aber nicht, dass die GbR Eigentum an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten oder beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten nicht erwerben könnte, ihr also die materielle Grundbuchfähigkeit fehlt. Diese Folgerung ist zwar aus den „Besonderheiten des Grundbuchrechts und «der» Eigenart dinglicher Rechtspositionen“ (BayObLG, NJW 2003, 70, 71 [= WuM 2002, 676]) abgeleitet worden. Dem sind aber weder der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 25. September 2006, II ZR 218/05, NJW 2006, 3716 [= GuT 2006, 332]) noch der für das Grundstückssachen- und das Grundbuchrecht zuständige erkennende Senat (Urt. v. 25. Januar 2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378) gefolgt. Danach führt die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR dazu, dass eine GbR auch Eigentum an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten erwerben kann; daran änderte es nichts, wenn ein solcher Rechtserwerb durch die GbR nicht unter der für diese von ihren Gesellschaftern vereinbarten Bezeichnung im Grundbuch gebucht werden könnte (Senat, Urt. v. 25. Januar 2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379). Deshalb ist ein Grundstück, als dessen Eigentümer mehrere natürliche Personen mit dem Zusatz „als Gesell-

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

schafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen sind, auch nicht (gesamthänderisch gebundenes) Eigentum dieser natürlichen Personen, sondern Eigentum der GbR (BGH, Urt. v. 25. September 2006, II ZR 218/05, NJW 2006, 3716, 3717 [= GuT 2006, 332]).

12 c) Der materiellen Grundbuchfähigkeit der GbR steht auch nicht entgegen, dass der Erwerb von Eigentum oder beschränkten dinglichen Rechte von einer GbR auf Schwierigkeiten stößt, die sich in dieser Form bei anderen rechtsfähigen Personengesellschaften nicht stellen. Eine GbR kann wie diese nur durch ihre Organe handeln. Wer zur Vertretung einer GbR befugt ist, lässt sich indessen anders als bei registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften nicht einem öffentlichen Register entnehmen, weil ein solches Register für die GbR nicht vorgesehen ist (Senat, Beschl. v. 6. April 2006, V ZB 158/05, NJW 2006, 2191 f. [= GuT 2006, 156 KL]). Das Vertrauen in die Vertretungsbefugnis eines oder mehrerer Gesellschafter wird auch durch den Grundbucheintrag nicht geschützt (Senat, BGHZ 107, 268, 272; Beschl. v. 26. Januar 2006, V ZB 132/05, NJW 2006, 2189, 2190 [= WuM 2006, 166]). Ob diesen Schwierigkeiten bis zu ihrer erforderlichen (Senat, Urt. v. 25. Januar 2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379) Behebung durch den Gesetzgeber dadurch begegnet werden kann, dass die GbR bei jeder Eintragung den Gesellschaftsvertrag in öffentlich beglaubigter Form vorzulegen hat (so Leipold, FS Canaris <2007> S. 221, 232), oder ob es etwa genüge, wenn die Gesellschafter Änderungen des Gesellschafterbestands oder der Vertretungsbefugnis in notariell beglaubigter Form vornehmen und nachweisen oder in ihrem notariell beglaubigten Gesellschaftsvertrag vereinbaren, dass solche Veränderungen nur wirksam sind, wenn sie dem Urkunds- oder einem anderen Notar gegenüber erklärt werden, mit der Folge, dass dieser die Funktion des fehlenden Registers übernehme, bedarf hier keiner Entscheidung. Die aufgezeigten Schwierigkeiten ändern an der Eigentumslage nichts. Sie sind vielmehr die zwangsläufige und hinzunehmende Folge der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR und der damit geschaffenen Möglichkeit des Grunderwerbs durch die GbR.

13 d) Das materiell-rechtlich bestehende Eigentum der GbR ist auch formell buchungsfähig. Die technischen Einzelheiten dieser Buchung sind zwar bislang weder in der Grundbuchordnung selbst noch in der diese ausführenden Grundbuchverordnung geregelt. Die Grundbuchverordnung geht (s. noch im Folgenden) von der früheren Rechtslage aus. Die damit fehlende Anpassung des Grundbuchrechts an die Veränderung der materiellen Rechtslage erschwert zwar, wie aufgezeigt, den zum Vollzug von Verfügungen der Gesellschaft im Grundbuch notwendigen Nachweis der Befugnis der Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft (vgl. Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330, 336 f.; Nagel, NJW 2003, 1646, 1647; Behrens ZfIR 2008, 1, 2 ff.), ändert aber an der Buchungsfähigkeit von Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten einer GbR und damit an ihrer formellen Grundbuchfähigkeit im Grundsatz nichts (Senat, Urt. v. 25. Januar 2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379). Welche Rechtsträger von Eigentum es gibt, bestimmt sich nämlich allein nach dem materiellen bürgerlichen Recht (vgl. Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330, 332). Allein danach bestimmt sich auch, welche Rechtsträger eintragungsfähig sind. Das Grundbuchrecht beschränkt die Buchbarkeit von Eigentum nicht; dies widerspricht auch seiner dienenden Funktion (vgl. Senat, Urt. v. 25. Januar 2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379; Leipold, FS Canaris <2007> S. 221, 230 f.; Krüger, AcP 208 <2008> S. 699, 711 f.). Das Grundbuchrecht soll den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem nach bürgerlichem Recht möglichen Grundeigentum und beschränkten dinglichen Rechten an Grundstücken nämlich auf sichere und verlässliche Weise ermöglichen, aber nicht verhindern. Die fehlende Anpassung des Grundbuchrechts an die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR darf deshalb nicht zu einer Blockade des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit Grundstücken und beschränkten dinglichen Rechten von Gesellschaften bürgerlichen Rechts führen.

Das Verfahrensrecht ist vielmehr an das geänderte Verständnis des Wesens der GbR anzupassen (Senat, Urt. v. 25. Januar 2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379). Daran hat sich die Auslegung des Grundbuchrechts auszurichten. Es kann damit nicht mehr darum gehen, ob Grundeigentum oder – wie hier – beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken oder Miteigentumsanteilen an Grundstücken gebucht werden. Zu entscheiden ist vielmehr, wie die GbR in der Eintragung bezeichnet werden muss und wie der Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen zu erfolgen hat. Beide Fragen hat der Bundesgerichtshof bislang nicht entschieden.

14 e) Die erste der beiden Fragen ist hier zu entscheiden.

15 aa) Für ihre Beantwortung ist bei der schon angesprochenen Vorschrift des § 15 Abs. 3 Satz 1 GBV anzusetzen. Diese Vorschrift befasst sich zwar nicht unmittelbar mit der Bezeichnung einer GbR im Grundbuch, sondern mit dem Vollzug der Umwandlung einer GbR in eine oHG, KG oder Partnerschaft. Sie beschreibt dabei aber auch die grundbuchtechnische Ausgangslage. Aus dieser Beschreibung ergibt sich, wie sich der Verordnungsgeber die Buchung eines im Gesellschaftseigentum stehenden Grundstücks vorstellt, nämlich in der Weise, dass die Gesellschafter mit einem auf das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses hinweisenden Zusatz eingetragen werden.

16 bb) Gedankliche Grundlage dieser Form der Buchung ist, wie bereits erwähnt und aus § 15 Abs. 1 GBV zu erschließen, dass das Eigentum (und beschränkte dingliche Rechte) an Grundstücken nur entweder natürlichen oder juristischen Personen oder registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften zustehen kann und dass Gesellschaftsvermögen einer GbR Vermögen natürlicher Personen ist, das einer gesamthänderischen Bindung unterliegt. Mit der Anerkennung ihrer Teilrechtsfähigkeit gehört die GbR aber auch zu den Gesellschaften, die im Sinne von § 14 Abs. 2 BGB mit der Fähigkeit ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Das Vermögen einer GbR ist damit nicht mehr, wie von § 15 Abs. 3 GBV vorausgesetzt, Vermögen ihrer Mitglieder, sondern Vermögen einer rechtsfähigen Personengesellschaft. Solches Vermögen wird grundbuchtechnisch bei allen anderen rechtsfähigen Personengesellschaften entsprechend der materiellen Rechtslage wie bei juristischen Personen als deren Vermögen und unter deren Bezeichnung, und nicht unter Nennung ihrer Gesellschafter gebucht.

17 cc) Damit entsteht eine planwidrige Lücke. Die bisher vorgesehene Form der Buchung von Vermögen einer GbR durch Nennung ihrer Gesellschafter entspricht nicht mehr der materiellen Rechtslage. Sie ist im Gegenteil irreführend, weil sie den Blick darauf verstellt, dass das Grundstück oder Recht an einem Grundstück gerade kein Gesellschafts-, sondern Gesellschaftsvermögen ist. Aus diesem Grund ist die bisherige Form der Eintragung für die GbR auch prozessual nicht mehr erreichbar. Ihre Ansprüche können nur durch diese selbst, nicht durch ihre Gesellschafter klageweise durchgesetzt werden. Eine Klage der Gesellschafter wäre als Klage der Gesellschaft anzusehen. Ein auf die Gesellschafter lautendes Rubrum ist ohne Parteiwechsel auf die GbR zu berichtigen (BGH, Urteil vom 15. Januar 2003, XII ZR 300/99, NJW 2003, 1043, 1044 [= GuT 2003, 136]; Beschl. v. 11. Juni 2008, XII ZR 136/05, juris). Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung hätte auch nur die GbR als Gläubigerin des erstrittenen Titels. Mangels einer Anpassung der Grundbuchverordnung an die neue rechtliche Ausgangslage steht aber keine passende Buchungsvorgabe zur Verfügung. Dieser Zustand entspricht nicht den Vorstellungen des Gesetz- und Verordnungsgebers; er kann auch in der Sache nicht hingenommen werden. Denn ohne Vorgaben zur Form der Buchung können eine einheitliche und für den Rechtsverkehr eindeutige Führung der Grundbücher nicht gewährleistet und die Anforderungen an die Eintragungsnachweise nicht sachgerecht bestimmt werden. Selbst die von den Gerichten entsprechend der materiellen Rechtslage erlassenen vollstreckbaren Entscheidungen zugunsten von Gesellschaften bürgerlichen Rechts

könnten im Grundbuch nicht vollzogen werden. Derart widersprüchliche Ergebnisse gefährdeten die Einheit der Rechtsordnung und müssen verhindert werden, indem die durch die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR aufgetretene Regelungslücke geschlossen wird.

18 dd) Das ist nach dem Plan des Gesetzes nur durch eine rechtsanaloge Anwendung der §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB, § 7 Abs. 2 PartGG und § 15 Abs. 1 Buchstabe b GBV möglich.

19 (1) Das Grundbuch hat den Zweck, die Rechtsverhältnisse an Grundstücken genau und verlässlich zu dokumentieren. Dieser Zweck tritt etwa in § 47 GBO zutage, wonach bei einer Mehrheit von Eigentümern auch ihr Rechtsverhältnis untereinander anzugeben ist. Das zwingt zu einer Buchungsform, die das Vermögen einer GbR als das ausweist, was es materiellrechtlich ist, nämlich als Gesellschaftsvermögen. Das ist im Ansatz nur zu erreichen, wenn als Eigentümer oder Inhaber beschränkter dinglicher Rechte die GbR eingetragen wird (Leipold, FS Canaris <2007> S. 221, 231 f.), nicht mehr ihre Gesellschafter.

20 (2) Dazu muss die GbR allerdings in einer Form eingetragen werden, die sie von anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts unterscheidet. Das ist in Anlehnung an die Vorschriften für die registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften dadurch zu erreichen, dass die GbR grundsätzlich unter der Bezeichnung eingetragen wird, die von ihren Gesellschaftern für das Auftreten der Gesellschaft im Rechtsverkehr vereinbart ist (Leipold, FS Canaris <2007> S. 221, 231 f.). Diese Bezeichnung genügt, um die GbR von anderen zu unterscheiden. Die Bezeichnung kann ihre Individualisierungsfunktion zwar im Einzelfall einbüßen, wenn die Gesellschafter mehrerer Gesellschaften bürgerlichen Rechts für ihre Gesellschaft die gleiche Bezeichnung gewählt haben. Darin unterscheidet sich eine GbR aber nicht signifikant von anderen rechtsfähigen Personengesellschaften, von juristischen Personen und letztlich nicht einmal von natürlichen Personen. Gerade bei ihnen tritt der Fall einer Namensgleichheit sehr häufig auf. Deshalb sieht § 15 Abs. 1 Buchstabe a GBV für natürliche Personen zusätzliche Merkmale vor, die zur Unterscheidung in das Grundbuch eingetragen werden können. An ihre Stelle können bei der GbR die Angabe des gesetzlichen Vertreters und des Sitzes treten.

21 (3) Der entsprechenden Anwendung der Buchungsvorschriften für andere rechtsfähige Personengesellschaften steht nicht entgegen, dass diese im Gegensatz zur GbR registerfähig sind. Die Eintragung in das Handels- bzw. Partnerschaftsregister führt zwar dazu, dass Name und Bezeichnung sowie die Rechtsverhältnisse dieser Gesellschaften durch den Auszug aus dem mit den Wirkungen der Registerpublizität versehenen Register in der Form des § 29 GBO leicht und sicher nachgewiesen werden können. Ein inhaltlicher Einwand gegen die Sachgerechtigkeit der Bezeichnung der GbR lässt sich daraus aber nicht ableiten. Das zeigt sich daran, dass eine Gesellschaft nicht erst dann oHG ist, wenn sie in das Handelsregister eingetragen wird, sondern nach § 105 Abs. 1 i. V. m. § 1 Abs. 2 HGB kraft Gesetzes schon dann, wenn sie ein Handelsgewerbe betreibt oder wenn der Umfang ihres Gewerbes wächst und einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Auch für eine solche noch nicht registrierte oHG gilt § 124

Abs. 1 HGB. Seine Voraussetzungen werden ohne Eintragung in das Handelsregister schwieriger nachzuweisen sein. An der Form der Bezeichnung, unter welcher die Gesellschaft in das Grundbuch einzutragen ist, ändert das nichts. Noch deutlicher wird das bei der Partnerschaft, auf die nach § 1 Abs. 4 PartGG die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Gesellschaft anzuwenden sind. Auf sie ist mit dem Vollzug der Eintragung nach § 7 Abs. 2 PartGG die Vorschrift des § 124 HGB anzuwenden, ohne dass sich an ihrer Identität etwas ändert. Die Registerfähigkeit einer rechtsfähigen Personengesellschaft besagt damit nichts darüber, wie sie einzutragen ist; sie erleichtert vielmehr „nur“ den Vollzug der Eintragung im Grundbuch.

22 (4) Gegen die Möglichkeit, die GbR unter ihrer im Gesellschaftsvertrag bestimmten Bezeichnung einzutragen, spricht auch nicht, dass nicht jede GbR nach dem zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrag eine Bezeichnung führt. In solchen Fällen kann die notwendige Individualisierung zwar nicht mit der Bezeichnung erfolgen. Sie bleibt aber möglich (Leipold, FS Canaris <2007>, S. 221, 232; Krüger, AcP 208 <2008>, 699, 712). Sie kann dann in Anlehnung an die bisherige, so nicht mehr mögliche Buchungsform nur, aber auch stets dadurch erfolgen, dass der Bezeichnung des Berechtigten mit „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ der Zusatz „bestehend aus“ und die Namen der Gesellschafter der Gesellschaft hinzugesetzt werden. Das können zwar im Einzelfall, etwa bei Publikumsgesellschaften, sehr viele Gesellschafter sein. Das unterscheidet diese Form der Buchung aber nicht von der in § 15 Abs. 3 Satz 1 GBV unter alter Rechtslage vorgesehenen Form der Buchung.

23 ee) Danach kann die Gläubigerin wie beantragt unter ihrer Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden.

24 d) Die Gläubigerin hat die Voraussetzungen für die Eintragung der Sicherungshypothek auch in der Form des § 29 GBO nachgewiesen.

25 aa) Eine GbR kann ihre Bezeichnung, den etwa nachzuweisenden Bestand ihrer Gesellschafter und ihre Vertretungsverhältnisse zwar nicht, wie die anderen rechtsfähigen Personengesellschaften, durch einen mit öffentlichem Glauben versehenen Auszug aus einem öffentlichen Register nachweisen. Leitet sie ihr Recht aber, wie hier, aus einer vollstreckbaren Gerichtsentscheidung ab, kann sie den Nachweis mit der vollstreckbaren Ausfertigung dieser Entscheidung führen. Denn das Gericht muss diese Umstände vor Erlass seiner Entscheidung prüfen und darüber entscheiden. Das schließt zwar nicht aus, dass sich nach dem Erlass der Entscheidung, aber vor der Eintragung in das Grundbuch Veränderungen ergeben. Darin unterscheidet sich eine vollstreckbare Gerichtsentscheidung aber nicht von anderen öffentlichen Urkunden, ja nicht einmal von einem notariell beurkundeten Kaufvertrag, der ohne Kenntnis des Grundbuchamts materiellrechtlich wirksam Veränderungen erfahren haben kann, oder der Bewilligung, der die nach § 873 BGB erforderliche Einigung im Einzelfall fehlen kann. Deshalb wird sich das Grundbuchamt grundsätzlich an die Gerichtsentscheidung zu halten haben. Etwas anderes gilt nur, wenn sich im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für Veränderungen ergeben, die einen ergänzenden Nachweis erforderlich machen. Dafür ist hier auch unter Berücksichtigung des infolge des Gerichtsverfahrens seit der Antragstellung verstrichenen Zeitraums von etwa zwei Jahren nichts ersichtlich.

26 bb) Die Forderung selbst ergibt sich aus dem Urteil. Die Zustellung und die Einhaltung der Wartezeit sind durch die Zustellungsurkunden des Gerichtsvollziehers nachgewiesen. Der Eintragung stehen deshalb die von dem Grundbuchamt angeführten Gründe nicht entgegen.

27 V. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Gerichtskosten und die Erstattung von Auslagen fallen nach §§ 1, 131 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5 KostO nicht an. Eine Erstattung von außergerichtlichen Kosten ist nach §§ 1, 13 FGG nicht vorgesehen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

www.gut-netzwerk.de

Fachleute auf den Gebieten Recht, Wirtschaft, Wettbewerb, Steuern, Miete, Leasing, Immobilien, Stadtentwicklung, Architektur, Politik und Kultur

im Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum

Erleichtern Sie Ratsuchenden die Kontaktaufnahme über das GuT-Netzwerk!

Wettbewerb

Internet – Umschau Dezember 2008
Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

.de – DENIC ändert Providerwechselverfahren

Die deutsche Domain-Verwaltung DENIC eG ändert das Verfahren für einen Providerwechsel: ein neues Passwort soll den Transfer von .de-Domains schneller, sicherer und zuverlässiger machen. Die Änderungen treten bereits im Dezember 2008 in Kraft.

Wer derzeit mit einer .de-Domain zu einem anderen Provider umziehen möchte, fühlt sich manchmal an den Buchbinder Wanninger erinnert. Sowohl der bisherige als auch der neue Provider müssen prüfen, ob der Umzug von der dazu berechtigten Person veranlasst worden ist – ein Vorgang, der häufig mehrere Werktage in Anspruch nimmt. Dies alles soll mit einem neuen Passwort namens „AuthInfo“ radikal vereinfacht werden: nach dem Start des Providerwechsels wird nur noch die Übereinstimmung der im Auftrag übermittelten AuthInfo mit der bei der DENIC hinterlegten AuthInfo überprüft; im Idealfall erfolgt der Providerwechsel so ohne weitere Verzögerung.

In einer Pressemitteilung erklärt die DENIC, was der Inhaber einer .de-Domain künftig beim Providerwechsel zu beachten hat: In einem ersten Schritt beauftragt er über seinen derzeitigen Provider eine AuthInfo. Die DENIC gibt dabei nicht vor, ob der Domain-Inhaber selbst die AuthInfo auswählt, oder ob das der alte Provider übernimmt und dem Domain-Inhaber mitteilt. Sodann erzeugt der Provider eine verschlüsselte Version des Passworts und teilt es DENIC mit, wo es in verschlüsselter Form hinterlegt wird; damit kennt die DENIC das Klartextpasswort nicht. Der Domain-Inhaber kann dann seinem neuen Provider die AuthInfo mitteilen und dieser startet den Providerwechselauftrag, bei dem er diese AuthInfo an die DENIC übergibt. Da eine AuthInfo nach 30 Tagen verfällt, muss der Umzug innerhalb dieser Frist abgewickelt sein. Sollte der Domain-Inhaber die AuthInfo nicht über seinen Provider erhalten, kann er das Providerwechself Passwort von der DENIC auch über seinen neuen Provider erhalten; der veranlasst die Generierung der AuthInfo bei der DENIC, die dem Domain-Inhaber dann per Einschreiben das Passwort an die in den Domain-Daten hinterlegte Adresse (bei ausländischen Inhabern an den Admin-C) zu sendet.

Zeitgleich mit dem Providerwechsel kann auch ein Inhaberwechsel erfolgen, AuthInfo steht dem nicht entgegen. Andere Verwaltungsprozesse wie beispielsweise Updates der Domain-Daten nach einem Umzug oder Löschungen können dagegen nicht per AuthInfo abgewickelt werden. In diesem Zusammenhang noch ein Hinweis aus der Praxis: zahlreiche Domain-Inhaber verwechseln den Umzug einer Domain mit ihrer Löschung („Close“). Bei einem Close wird die Domain endgültig gelöscht, der Inhaber verliert sämtliche Nutzungsrechte und sie kann wieder frei registriert werden. Bei einem Providerwechsel zieht der Inhaber seine Domain dagegen nur zu einem anderen Provider um. Wer seine Domain also behalten möchte, sollte von einem „Close“ die Finger lassen!

Weitere Informationen finden Sie unter:

http://www.denic.de/de/denic/presse/press_91.html

ICANN – Obama beruft Technologiebeauftragten

Der designierte US-Präsident Barak Obama hat angekündigt, in seiner Regierung die Position eines obersten Technologiebeauftragten (CTO) einzuführen. Ob Obama damit an der Vormachtstellung der Internet-Verwaltung ICANN rütteln will, ist indes unklar.

„Acht finstere Jahre lassen wir hinter uns“, mit diesen Worten kommentierte Dave Farber, Netzwerkarchitekt und vormals Professor für Computerwissenschaften an der Carnegie Mellon

Universität, gegenüber orf.at die Wahl des neuen US-Präsidenten. Die Aufgaben, die vor Obama liegen, sind auch im Hinblick auf das Internet riesig. So endet im September 2009 das so genannte Joint Project Agreement (JPA) zwischen dem US-Wirtschaftsministerium und ICANN, das die rechtlichen Grundlagen für die Netzverwaltung durch ICANN regelt. Doch nicht nur der ICANN-Boss Paul Twomey fordert, dass man nun in die nächste Phase eintreten müsse und ICANN mehr Unabhängigkeit einräumt. Wie genau diese nächste Phase aussehen soll, ist hoch umstritten; so verlangt vor allem die International Telecommunication Union (ITU) mehr Einfluss. ITU-Generalsekretär Hamadoun Touré sprach zuletzt offen von einem „Krieg“ zwischen der ITU und ICANN, und drängte auf mehr Regierungseinfluss; dabei bezeichnete er das Governmental Advisory Committee (GAC) von ICANN, in welchem den nationalen Regierungen Einfluss eröffnet wird, als lediglich „kosmetisch“.

In diesen Machtkampf könnte Obama mit Einführung eines obersten Technologiebeauftragten (CTO) neue Bewegung bringen; in welche Richtung, ist allerdings unklar. Das US-Magazin „Forbes“ nennt dabei mit Susan Crawford, Bruce Schneier und Lawrence Lessig drei Kandidaten, die sich seit vielen Jahren in der Netzverwaltung engagieren. Dass mit Crawford und Lessig dabei zwei Juristen genannt werden, die sich für Neutralität und offene Standards einsetzen, mag indes ein erster Hinweis sein, wohin es künftig gehen könnte.

Dass Netzpolitik nicht nur graue Theorie, sondern praktischen Nutzen bedeutet, belegt die Internet Engineering Task Force (IETF). Wie das Online-Magazin heise.de meldet, haben sich die Entwickler anlässlich eines Treffens in Minneapolis darauf geeinigt, die Liste möglicher Zeichen für Domains, die nicht mit dem ASCII-Zeichensatz arbeiten, zu erweitern. Im deutschsprachigen Raum von Relevanz ist insbesondere das „ß“, besser bekannt als „scharfes S“ oder Eszett. Bei der deutschen Domain-Registry DENIC hat man aber noch nicht entschieden, ob das „ß“ im Rahmen von internationalisierten Domains (IDNs) als Zeichen zugelassen wird; frühestens 2009 wird man sich damit näher befassen.

IPv6 – Cerf warnt vor Adressmangel

Vinton „Vint“ Cerf, Internet-Pionier und von 1999 bis zum Ende 2007 Vorstandsvorsitzender der Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), mahnt in Sachen IPv6 zur Eile: nach seiner Einschätzung gehen dem Netz bereits in 18 Monaten die Adressen aus.

600 Millionen - auf diese scheinbar riesige Menge schätzt Cerf die Zahl der noch zu vergebenden IPv4-Adressen. Doch spätestens Anfang 2010 ist auch dieser Restpool aufgebraucht. Da IP-Adressen in Blöcken (und nicht einzeln) vergeben werden, könnte der Vorrat jedoch auch schon Ende 2009 zu Neige gehen. „Es ist, als ob Telefonnummern ausgehen würden, und damit die Möglichkeit, weitere Nutzer an das Telefonnetz anzuschließen“ so Cerf. Dabei steht seit Jahren das neue Protokoll IPv6 in den Startlöchern, womit sich ein neuer Raum von theoretisch $3,4 \times 10$ hoch 38 verschiedenen Adressen schaffen lässt. Doch dessen Verbreitung ist verschwindend gering: nach Messungen des US-Netzwerkunternehmens Arbor Networks entfällt auf den IPv6-Traffic etwa 0.0026 Prozent des IPv4-Verkehrs. Die Gründe hierfür liegen im wirtschaftlichen Bereich: da der Übergang von IPv4 zu IPv6 mit hohen Kosten und komplexen technischen Fragen verbunden ist, scheuen nicht wenige Unternehmen den hohen Aufwand.

In einem Interview mit der London Times befürchtet Cerf zudem, dass Internet Service Provider das Thema IPv6 nicht ernst genug nehmen. Sobald sie jedoch realisieren würden, dass ihnen die Adressen ausgehen, erwartet Cerf nicht nur eine regelrechte Balgerei um die letzten noch freien Adressen, sondern darüber hinaus, der Eile geschuldete, technische Probleme bei

der Implementierung von IPv6. Die APNIC 26 Konferenz in Neuseeland hielt im August 2008 sogar einen Schwarzmarkt für IPv4 für möglich; ICANN-Kritiker Auerbach räumt ein, schon einige „ziemlich heftige“ Angebote für seinen IPv4-Adressblock, der ihm in den Anfangszeit des Internets zugeteilt wurde, erhalten zu haben. Die Bedeutung von IPv6 wird daher bewusst, wenn man sich vor Augen führt, dass ohne das neue Protokoll das Internet nicht mehr weiter wachsen kann – internetgesteuerte Lichtschaltungen und Heizungen oder Fahrzeuge mit Webzugang sind dann nicht mehr möglich. Für Cerf unverstänlich: „Die technische Arbeit für IPv6 ist abgeschlossen. IPv6 ist lediglich ein Thema der Unternehmen, und die Internet Service Provider weltweit müssen IPv6 mehr Aufmerksamkeit schenken“.

Überraschend am Rande: die weltweit höchste IPv6-Verbreitung weisen Afrika und Asien auf. Gerade die Länder mit dem stärksten Internetwachstum zeigen sich damit am besten gerüstet für die Zukunft. Bleibt die Hoffnung, dass auch Europa und die USA rasch nachziehen.

mailto: dingeldey@domain-recht.de
 mailto: RA@daniel-dingeldey.de

§ 5 UWG
Wettbewerb; irreführende Werbung mit Selbstverständlichkeiten; gebührenfreier Edelmetallankauf von Privatpersonen

Zur irreführenden Werbung mit Selbstverständlichkeiten in Unterscheidung vom Hinweis auf freiwillig erbrachte Leistungen des Werbenden wie niedriger Preis oder hohe Qualität der Ware oder Leistung.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 23. 10. 2008 – I ZR 121/07)

1 **Aus den Gründen:** I. Die Nichtzulassungsbeschwerde hält es für eine klärungsbedürftige Rechtsfrage, ob eine irreführende Werbung mit Selbstverständlichkeiten voraussetzt, dass gesetzlich vorgeschriebene Eigenschaften oder zum Wesen einer angebotenen Ware oder Leistung gehörende Umstände durch den Werbenden besonders hervorgehoben werden. Diese Frage ist indes nicht klärungsbedürftig.

2 Der Werbende darf grundsätzlich auf freiwillig erbrachte Leistungen wie einen niedrigen Preis oder die hohe Qualität sei-

ner Ware hinweisen, auch wenn andere Mitbewerber keinen höheren Preis verlangen oder die gleiche Qualität bieten (vgl. Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 5 Rdn. 2.115). Nach der Rechtsprechung des Senats kann demgegenüber eine Werbung, die Selbstverständlichkeiten herausstellt, trotz objektiver Richtigkeit der Angaben gegen § 5 UWG verstoßen, sofern das angesprochene Publikum annimmt, dass mit der Werbung ein Vorzug gegenüber anderen Erzeugnissen der gleichen Gattung und den Angeboten von Mitbewerbern hervorgehoben wird (BGH, Urt. v. 9.7.1987 – I ZR 120/85, GRUR 1987, 916, 917 = WRP 1988, 28 – Gratis-Sehtest). Das ist insbesondere dann der Fall, wenn dem Publikum nicht bekannt ist, dass es sich bei der betonten Eigenschaft um einen gesetzlich vorgeschriebenen oder zum Wesen der Ware gehörenden Umstand handelt. In der Entscheidung „Gratis-Sehtest“ hat der Senat die Werbung zugelassen, weil sie weder gesetzlich vorgeschrieben war noch eine zum Wesen der Ware gehörende Eigenschaft betraf, sondern eine freiwillige, wenn auch übliche Sonderleistung darstellte, die im gesundheitlichen Interesse der Verbraucher lag, ohne diese unmittelbar wirtschaftlichen Risiken auszusetzen (BGH GRUR 1987, 916, 917). Wesensgemäße Eigenschaften der Ware und gesetzlich vorgeschriebene Angaben sind jedoch lediglich Beispiele einer unlauteren Werbung mit Selbstverständlichkeiten (vgl. Bornkamm aaO § 5 Rdn. 2.115 und die bei MünchKomm.UWG/Reese, § 5 Rdn. 178 aufgeführten Fälle). Entscheidend ist, dass der Verkehr in der herausgestellten Eigenschaft der beworbenen Ware oder Leistung irrtümlich einen Vorteil sieht, den er nicht ohne weiteres, insbesondere auch nicht bei Bezug der gleichen Ware oder Leistung bei der Konkurrenz, erwarten kann.

3 Das Berufungsgericht [OLG München] hat in Anwendung dieser Grundsätze ohne Rechtsfehler die beanstandete Anzeige als unzulässige Werbung mit Selbstverständlichkeiten angesehen. Es hat fehlerfrei festgestellt, dass der gebührenfreie Edelmetallankauf von Privatpersonen branchenüblich ist und dass die Gebührenfreiheit in der Werbung der Beklagten besonders betont wird. Bei dem Verzicht auf Ankaufgebühren handelt es sich auch nicht um eine freiwillige Sonderleistung i.S. der Entscheidung „Gratis-Sehtest“. Denn es geht allein darum, ob für den schlichten Ankauf der Edelmetalle als solchen eine Gebühr verlangt wird. Die Preisfestsetzung durch den Käufer stellt keine Leistung an den Verkäufer dar.

4 II. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO abgesehen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Besteuerung

Steuern – Umschau Dezember 2008
RiFG i.R. Karl-Christian Callsen, Erststadt-Liblar

Entgelt für Zustimmung zur Grundstücksveräußerung steuerpflichtig?

Der Kläger (Kl) und D waren jeweils zur Hälfte an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) beteiligt. Diese erwarb mit notariellem Kaufvertrag vom Juli 1988 ein Grundstück für DM 2 954 088,-. Mit notariellem Kaufvertrag vom Nov. 1990 wurde das Grundstück für DM 8 375 856,- zzgl. USt an die K-GmbH veräußert. Der Kl erhielt einen um DM 750 000,- höheren Betrag als es seinem Anteil an der GbR entsprochen hätte. Er hatte den Verkauf als verfrüht angesehen, weil er eine weitere Wertsteigerung des Grundstücks erwartete; D war hingegen auf der Grundlage des Angebots der K-GmbH verkaufsbereit

gewesen, da ihm die Rendite des von ihm eingesetzten Kapitals genügte. Das FA unterwarf mit ESt-Bescheid für das Streitjahr 1990 den Mehrerlös des Kl als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 3 EStG der Besteuerung. Die Klage zum FG Baden-Württemberg (Urteil vom 9. 6. 2006) hatte keinen Erfolg. D habe dem Kl den Mehrerlös aus seinem Anteil am Veräußerungserlös für die erforderliche Zustimmung des Kl zu dem Verkauf des Grundstücks geleistet. Die im Kaufvertrag mit der K-GmbH vereinbarte Aufteilung des Kaufpreises stelle eine Abkürzung des Zahlungswegs dar.

Der Kl hatte mit der Revision zum BFH (Urteil vom 22. 4. 2008 in BFH/NV 2008,1472) Erfolg. Sie führte zur Aufhebung des Urteils der Vorinstanz und zur Stattgabe der Klage. Die Zustimmung des Kl könne für die Veräußerung des Grundstücks nicht von dem – im Streitfall nicht steuerbaren – Veräußerungsvorgang getrennt beurteilt werden. Sie war notwendige

Voraussetzung für die Veräußerung, letztere war ohne sie nicht möglich. Sie war damit ebenso steuerfrei wie das Grundlagengeschäft.

Das Ergebnis überzeugt.

Grundstückshandel eines Gesellschafters einer GbR mit V+V-Einkünften

Der Kläger (Kl) war an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) mit 60% beteiligt, die 1989 ein unbebautes Grundstück erwarb. Dieses bebaute sie 1990/1991 mit einem Mehrfamilienhaus (MFH) von 44 Wohneinheiten. Die Herstellungskosten von DM 5,2 Mio. wurden mit DM 4 Mio. fremd finanziert bei Tilgungsaussetzung für 25 Jahre. Die Anfang 1991 fertig gestellten Wohnungen wurden sukzessive auf unbestimmte Zeit vermietet, die sich im Objekt befindlichen Ladenlokale befristet mit Verlängerungsklausel. Im August 1994 wurde die Abgeschlossenheitsbescheinigung nach dem WEG erteilt, so dann das gesamte bebaute Objekt im Oktober 1996 für DM 5,5 Mio. ungeteilt verkauft. Dem Kl wurden auf der Ebene der GbR, ebenso wie den übrigen beiden Gesellschaftern der GbR, anteilige Einkünfte aus V+V für die Streitjahre 1995 und 1996, insbes. anteilige AfA von DM 147 356,- bzw. DM 146 804,- für das MFH, zugerechnet. Der Kl persönlich hatte in den Jahren 1990 bis 1991 fünf Immobilien erworben und von 1992 bis 1995 wieder veräußert. Ab 1996 erwarb er sukzessive unbebaute Grundstücke, die für ca. DM 6 Mio. bebaut und noch während der Bauphase ab 1998 sukzessive verkauft wurden. Er war insoweit unstreitig gewerblicher Grundstückshändler. Das FA meinte, der Kl erziele – unabhängig von der Feststellung ggb. der GbR, deren Einkünfte als solche aus V+V behandelt wurden – aus seiner Beteiligung an dieser GbR keine Einkünfte aus V+V, sondern Einkünfte aus gewerblichem Grundstückshandel und nahm insoweit eine Umqualifizierung vor. Damit wurde das MFH beim Kl Umlaufvermögen, die AfA hierfür nicht angesetzt, sondern der unstreitige anteilige Veräußerungserlös für das MFH von DM 506 388,10 für das Streitjahr 1996. Nach Einspruch gegen die Einkommensteuerbescheide der beiden Streitjahre 1995 und 1996 und erfolgloser Einspruchsentscheidung wies auch das FG Köln mit Urteil vom 16. 11. 2006 (EFG 2008,1546 mit Anm. ab Seite 1549) die Klage ab.

Der Kl habe bereits mit dem Erwerb und Verkauf von 5 Immobilien in der Zeit von 1990 bis 1995 die sog. Drei-Objekt-Grenze überschritten. Das im Rahmen der GbR erworbene und veräußerte MFH sei seinem Grundstückshandel als weiteres Zählobjekt hinzuzurechnen. Es gehöre zu dessen Umlaufvermögen und sei erkennbar nicht sein Privatvermögen. Die dramatische Verschlechterung der Erträge aus dem MFH schließe nicht eine bedingte Veräußerungsabsicht schon bei Erwerb aus, weil Anlässe und Beweggründe für den Verkauf hierfür unerheblich seien. Langfristige Mietverträge, die nur bei einer Vermietung von mehr als 5 Jahren vorliegen, stünden ebenso wie eine langfristige Finanzierung, die schon bei hoher Fremdfinanzierung ein gewichtiges Indiz für eine bedingte Verkaufsabsicht seien, einer solchen Absicht hier nicht entgegen. Dies gelte auch für die Absicht der Altersvorsorge, weil eine solche nicht nur durch Vermietung, sondern auch nach Verkauf durch andere Vermögensdispositionen realisiert werden könne. Der BFH hat mit einem ausführlichen, nicht veröffentlichten Beschluss (X B 140/07 vom 7. 2. 2008) das Urteil des FG Köln bestätigt, weil die Argumente des FG nicht gegen Denkgesetze verstößen.

Das nicht gesetzlich geregelte Institut des „gewerblichen Grundstückshandels“ ist ein durch Auslegung entstandenes Kind der Rechtsprechung. Beim kurzfristigen An- und Verkauf schon einer Immobilie kann man Grundstückshändler sein. Von daher sollte man jedenfalls vorher bei einer solchen Transaktion einen kompetenten Steuerberater einschalten mit einer schriftlichen Beratung.

Teilnahme an Kongress in Meran als Werbungskosten?

Der Kläger (Kl) ist Pharmazeut und Mitglied der Apothekerkammer. In den Streitjahren 2001 und 2002 leitete er bei ei-

ner Firma das Sachgebiet „Pharmazie“ und bezog Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit. Wie in den Vorjahren nahm er auch in den Streitjahren (in 2001 von Sonntag, den 20. 5. bis Freitag, den 25. 5. und in 2002 von Sonntag, den 26.5. bis Freitag, den 31.Mai) am Fortbildungskongress für praktische und wissenschaftliche Pharmazie der Apothekerkammer in Meran teil. Sein Arbeitgeber gewährte jeweils Dienstbefreiung von $\frac{3}{5}$ der wegfallenden Arbeitszeit. Die Teilnahme an den Vorträgen wurde durch Testatkarten (Tagesstempel) belegt. Er nahm an ganztägigen, botanisch-wissenschaftlichen Exkursionen zum Monte Baldo (2001) bzw. zur Seiser Alpe (2002) teil. Der Kl machte den Aufwand von DM 2091,- (2001) und von € 1087,- (2002) als WK geltend, das FA erkannte jeweils nur die Kursgebühr von DM 110,- an. Das FG München gab der Klage mit Urteil vom 6. 12. 2006 (EFG 2007, 835) statt, der BFH bestätigte mit Urteil vom 22. 7. 2008 (BFH/NV 2008,1837) das Urteil der Vorinstanz. Er befand die Wertung des FG als möglich, dass die private Mitveranlassung bei den Exkursionen nur von untergeordneter Bedeutung war.

Letzteres ist eine Frage der tatrichterlichen Würdigung, die der BFH nur bei Verstoß gegen Denkgesetze verwerfen kann. Von daher kann ein anderes FG durchaus zu einer anderen Wertung zu Ungunsten des Stpfl. kommen.

Bungalow auf dem Grundstück kein außerhäusliches Arbeitszimmer?

Laut einer Pressemitteilung des FG Berlin-Brandenburg vom 13. 11. 2008 (DB vom 28. 11. 2008,Seite XIV) hat der dortige 14. Senat mit Urteil vom 25. 9. 2008 entschieden, dass kein außerhäusliches Arbeitszimmer vorliege, wenn dieses sich in einem Bungalow wenige Meter neben dem Wohnhaus des Klägers auf dem vom Kläger bewohnten Hausgrundstück befände. Stpfl., die ihrer Berufstätigkeit teilweise in ihrem häuslichen Arbeitszimmer nachgehen, können die Kosten hierfür nur noch in Ausnahmefällen steuerlich geltend machen. Von daher ist nunmehr von entscheidender Bedeutung, ob das Büro oder das Arbeitszimmer zu mehr als 50% beruflich genutzt wird, Teil der Wohnung und damit häusliches Arbeitszimmer ist (dann nur bis zu € 1250,- abzugsfähig, vgl. § 4 Abs. 5 Nr. 6 b EStG) oder dieses den Mittelpunkt der gesamten beruflichen Tätigkeit bildet oder es außerhäuslich ist (unbeschränkt abzugsfähig). Nach dem Sachverhalt des o. a. Urteils nutzte der Kläger (Kl), ein EDV-Dozent, einen kleinen Bungalow als Büro, der sich auf dem von ihm bewohnten Hausgrundstück befand und den er von seiner Schwiegermutter gemietet hatte. Das FG sah den Bungalow noch als häusliches Arbeitszimmer an, weil „häuslich“ nicht unbedingt „im Haus belegen“ bedeuten müsse, sondern ausreichend sei, dass das Arbeitszimmer sich noch „in der häuslichen Sphäre“ des Stpfl. befände. Es sah sich noch im Einklang mit der Rechtsprechung des BFH, der ein Arbeitszimmer in einem separat zugänglichen Anbau des Wohnhauses oder in einer neben der privat genutzten Wohnung des Stpfl. gelegenen weiteren Wohnung des Stpfl. noch als häusliche Arbeitszimmer angesehen hat.

Diese feinsinnigen Unterschiede beim Arbeitszimmer sind einem „normalen“ Stpfl. kaum noch zu vermitteln, insbes. die akribischen Ermittlungen des FA hierzu.

Umzugskosten wegen Schimmelpilz als außergewöhnliche Belastung?

Der Kläger (Kl) ist als Consulting Manager nichtselbständig tätig und bewohnt seit 2001 mit seiner Lebensgefährtin und jetzigen Ehefrau eine Altbauwohnung in Hamburg. Er ließ die Wohnung in 2002 und im Streitjahr 2003 durch zwei Gutachter wegen Schimmelpilzbefalls begutachten und wechselte so dann im Streitjahr die Wohnung. In seiner ESt-Erklärung für das Streitjahr machte er € 7237,- (Gutachter-, Umzugs- und Maklerkosten) als außergewöhnliche Belastung geltend. Der Wohnungswechsel sei durch den Befall mit Schimmelpilzen verursacht und erfolgte, um möglichen Krankheiten vorzubeugen. Das FG Hamburg entschied jedoch mit Urteil vom 7. 3. 2008 (Steuerzahler-Tip 2008, November Seite 10), die Gutach-

terkosten seien angefallen, um den Vermieter auf Schadensersatz zu verklagen. Die übrigen Kosten seien keine Krankheitskosten, weil noch keine konkrete Erkrankung vorlag. Wenn vor dem Umzug ein amts- oder vertrauensärztliches Attest mit Bestätigung einer Gesundheitsgefährdung vorgelegt worden wäre, wäre eine Berücksichtigung der Kosten als außergewöhnliche Belastung möglich gewesen, wie dies z. B. für eine Asbestbelastung anerkannt worden ist.

Art. 3 GG; § 9 EStG
Einkommensteuerrecht; Betriebskosten;
Werbungskosten; Pendlerpauschale; Werkstorprinzip;
finanzielle Leistungsfähigkeit; Existenzminimum;
Typisierungsbefugnis; rein fiskalischer Zweck staatlicher
Einnahmenerhöhung; Lastgleichheit; Nettoprinzip;
zwangsläufiger Aufwand; Veranlassungsprinzip;
Mangel übergreifender Konzeption;
Mangel der Folgerichtigkeit

Zu den Anforderungen an eine folgerichtige Abgrenzung von Erwerbsaufwendungen im Einkommensteuerrecht.

(BVerfG, Urteil vom 9. 12. 2008 – 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08)

In den Verfahren zu den verfassungsrechtlichen Prüfungen, ob § 9 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes in der Fassung des Steueränderungsgesetzes 2007 vom 19. Juli 2006 (BGBl I S. 1652) mit dem Grundgesetz unvereinbar und deshalb ungültig oder nichtig ist,

– Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Niedersächsischen Finanzgerichts vom 27. Februar 2007 – 8 K 549/06 –

– 2 BvL 1/07 –,

1. ob die durch Art. 1 des Steueränderungsgesetzes 2007 vom 19. Juli 2006 (BGBl I S. 1652) eingeführte Vorschrift des § 9 Abs. 2 Satz 1 Einkommensteuergesetz – EStG – mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist,

2. ob die durch Art. 1 des Steueränderungsgesetzes 2007 vom 19. Juli 2006 (BGBl I S. 1652) eingeführte Vorschrift des § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG mit Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar ist, soweit sie zu einer Beschränkung der Steuerfreiheit des Existenzminimums führen kann,

3. ob die durch Art. 1 des Steueränderungsgesetzes 2007 vom 19. Juli 2006 (BGBl I S. 1652) eingeführte Vorschrift des § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG mit Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar ist, soweit sie für beiderseits berufstätige Ehegatten Geltung beansprucht,

– Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Finanzgerichts des Saarlandes vom 22. März 2007 – 2 K 2442/06 –

– 2 BvL 2/07 –,

ob § 9 Abs. 2 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes i. d. F. des Steueränderungsgesetzes 2007 vom 19. Juli 2006 (BGBl I S. 1652) insoweit mit dem Grundgesetz vereinbar ist, als danach Aufwendungen des Arbeitnehmers für seine Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte keine Werbungskosten sind und keine weiteren einkommensteuerrechtlichen Regelungen bestehen, nach denen die vom Abzugsverbot betroffenen Aufwendungen ansonsten die einkommensteuerliche Bemessungsgrundlage mindern,

– Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs vom 10. Januar 2008 – VI R 27/07 –

– 2 BvL 1/08 –,

ob § 9 Abs. 2 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes i. d. F. des Steueränderungsgesetzes 2007 vom 19. Juli 2006 (BGBl I S. 1652) insoweit mit dem Grundgesetz vereinbar ist, als danach Aufwendungen des Arbeitnehmers für Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte keine Werbungskosten sind und keine weiteren einkommensteuerrechtlichen Re-

gelungen bestehen, nach denen die vom Abzugsverbot betroffenen Aufwendungen ansonsten die einkommensteuerliche Bemessungsgrundlage mindern,

– Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs vom 10. Januar 2008 – VI R 17/07 –

– 2 BvL 2/08 –

hat das Bundesverfassungsgericht – Zweiter Senat – aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. September 2008 durch Urteil für Recht erkannt:

1. § 9 Absatz 2 Satz 1 und Satz 2 des Einkommensteuergesetzes in der seit Inkrafttreten des Steueränderungsgesetzes 2007 vom 19. Juli 2006 (Bundesgesetzblatt I Seite 1652) geltenden Fassung ist mit Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar.

2. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung ist § 9 Absatz 2 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes im Wege vorläufiger Steuererfestsetzung (§ 165 Abgabenordnung) sowie entsprechend im Lohnsteuerverfahren, hinsichtlich der Einkommensteuervorauszahlungen und in sonstigen Verfahren, in denen das zu steuernde Einkommen zu bestimmen ist, mit der Maßgabe anzuwenden, dass die tatbestandliche Beschränkung auf „erhöhte“ Aufwendungen „ab dem 21. Entfernungskilometer“ entfällt.

Gründe: A. Die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Normenkontrollverfahren betreffen die Frage, ob § 9 Abs. 2 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) in der seit 2007 geltenden Fassung, wonach die Aufwendungen des Arbeitnehmers für die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte und für Familienheimfahrten keine Werbungskosten sind, mit dem Grundgesetz, insbesondere mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, vereinbar ist.

I. 1. Aufwendungen eines Arbeitnehmers für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte konnten erstmals seit dem ersten Reichseinkommensteuergesetz – EStG – vom 29. März 1920 (RGBl 1920 S. 359) als Werbungskosten abgezogen werden (§ 13 Nr. 1 Buchst. d EStG). Dies galt im Grundsatz bis zum Veranlagungszeitraum 2006. Nach der bis zum 31. Dezember 2006 geltenden Rechtslage konnten die Fahrtaufwendungen gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 EStG a.F. unter den dort genannten Voraussetzungen als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (§ 2 Abs. 1 Nr. 4, § 19 Abs. 1 EStG) abgezogen werden und minderten somit den Überschuss der Einnahmen (§ 8 EStG) über die Werbungskosten (§§ 9, 9a EStG; § 2 Abs. 2 Nr. 2 EStG). Abgesehen von den Fällen, in denen die Werbungskosten den Arbeitnehmer-Pauschbetrag nach § 9a Satz 1 Nr. 1 Buchst. a EStG nicht überstiegen, wirkten sich Fahrtaufwendungen danach steuermindernd aus. Eine entsprechende Regelung bestand in § 4 Abs. 5 Nr. 6 EStG für Steuerpflichtige, die Gewinneinkünfte im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, Abs. 2 Nr. 1 EStG erzielten.

2. Mit der ab dem 1. Januar 2007 geltenden Vorschrift des § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG hat der Gesetzgeber angeordnet, dass Aufwendungen eines Arbeitnehmers für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte keine Werbungskosten sind. Dagegen können nach § 9 Abs. 2 Satz 2 EStG in der Fassung des Steueränderungsgesetzes 2007 Aufwendungen, die für Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte ab dem 21. Entfernungskilometer entstehen, wie Werbungskosten abgezogen werden, jedoch, soweit der Arbeitnehmer keinen Kraftwagen benutzt, wie auch zuvor nur bis zu einer Höhe von 4500 Euro im Kalenderjahr. Eine entsprechende Regelung enthält § 4 Abs. 5a EStG für den Bereich der Gewinneinkünfte im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 EStG.

Die einschlägigen Vorschriften des Einkommensteuergesetzes in der Fassung des Steueränderungsgesetzes 2007 lauten wie folgt:

§ 9 Werbungskosten

(1) Werbungskosten sind Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen. Sie sind bei der Einkunftsart abzuziehen, bei der sie erwachsen sind. Werbungskosten sind auch

(...)

5. notwendige Mehraufwendungen, die einem Arbeitnehmer wegen einer aus beruflichem Anlass begründeten doppelten Haushaltsführung entstehen, und zwar unabhängig davon, aus welchen Gründen die doppelte Haushaltsführung beibehalten wird. Eine doppelte Haushaltsführung liegt nur vor, wenn der Arbeitnehmer außerhalb des Ortes, in dem er einen eigenen Hausstand unterhält, beschäftigt ist und auch am Beschäftigungsort wohnt.

(...)

(2) Keine Werbungskosten sind die Aufwendungen des Arbeitnehmers für die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte und für Familienheimfahrten. Zur Abgeltung erhöhter Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte ist ab dem 21. Entfernungskilometer für jeden Arbeitstag, an dem der Arbeitnehmer die Arbeitsstätte aufsucht, für jeden vollen Kilometer der Entfernung eine Entfernungspauschale von 0,30 Euro wie Werbungskosten anzusetzen, höchstens jedoch 4500 Euro im Kalenderjahr; ein höherer Betrag als 4500 Euro ist anzusetzen, soweit der Arbeitnehmer einen eigenen oder ihm zur Nutzung überlassenen Kraftwagen benutzt. Die Entfernungspauschale gilt nicht für Flugstrecken und Strecken mit steuerfreier Sammelbeförderung nach § 3 Nr. 32; in diesen Fällen sind Aufwendungen des Arbeitnehmers wie Werbungskosten anzusetzen, bei Sammelbeförderung der auf Strecken ab dem 21. Entfernungskilometer entfallende Teil. Für die Bestimmung der Entfernung ist die kürzeste Straßenverbindung zwischen Wohnung und Arbeitsstätte maßgebend; eine andere als die kürzeste Straßenverbindung kann zugrunde gelegt werden, wenn diese offensichtlich verkehrsgünstiger ist und vom Arbeitnehmer regelmäßig für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte benutzt wird. Nach § 8 Abs. 3 steuerfreie Sachbezüge für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte mindern den nach Satz 2 abziehbaren Betrag; ist der Arbeitgeber selbst der Verkehrsträger, ist der Preis anzusetzen, den ein dritter Arbeitgeber an den Verkehrsträger zu entrichten hätte. Hat ein Arbeitnehmer mehrere Wohnungen, so sind die Wege von einer Wohnung, die nicht der Arbeitsstätte am nächsten liegt, nur zu berücksichtigen, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen des Arbeitnehmers bildet und nicht nur gelegentlich aufgesucht wird. Aufwendungen für die Wege vom Beschäftigungsort zum Ort des eigenen Hausstands und zurück (Familienheimfahrten) können jeweils nur für eine Familienheimfahrt wöchentlich wie Werbungskosten abgezogen werden. Zur Abgeltung der Aufwendungen für eine Familienheimfahrt ist eine Entfernungspauschale von 0,30 Euro für jeden vollen Kilometer der Entfernung zwischen dem Ort des eigenen Hausstands und dem Beschäftigungsort anzusetzen; die Sätze 3 bis 5 sind entsprechend anzuwenden. Aufwendungen für Familienheimfahrten mit einem dem Steuerpflichtigen im Rahmen einer Einkunftsart überlassenen Kraftfahrzeug werden nicht berücksichtigt. Durch die Entfernungspauschalen sind sämtliche Aufwendungen abgegolten, die durch die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte und durch die Familienheimfahrten veranlasst sind. Behinderte Menschen,

1. deren Grad der Behinderung mindestens 70 beträgt,

2. deren Grad der Behinderung von weniger als 70, aber mindestens 50 beträgt und die in ihrer Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr erheblich beeinträchtigt sind, können an Stelle der Entfernungspauschalen die tatsächlichen Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte und für

die Familienheimfahrten ansetzen. Die Voraussetzungen der Nummern 1 und 2 sind durch amtliche Unterlagen nachzuweisen.

(3) Absatz 1 Satz 3 Nr. 5 und Absatz 2 gelten bei den Einkunftsarten im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 bis 7 entsprechend.

(...)

§ 52 Anwendungsvorschriften

(1) Diese Fassung des Gesetzes ist, soweit in den folgenden Absätzen nichts anderes bestimmt ist, erstmals für den Veranlagungszeitraum 2007 anzuwenden. Beim Steuerabzug vom Arbeitslohn gilt Satz 1 mit der Maßgabe, dass diese Fassung erstmals auf den laufenden Arbeitslohn anzuwenden ist, der für einen nach dem 31. Dezember 2006 endenden Lohnzahlungszeitraum gezahlt wird, und auf sonstige Bezüge, die nach dem 31. Dezember 2006 zufließen.

(...)

II. 1. a) Die Kläger im Ausgangsverfahren, das dem Normenkontrollverfahren 2 BvL 1/07 zugrunde liegt, sind Eheleute und erzielen jeweils Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit nach § 19 EStG. Die Arbeitsstelle des Klägers liegt 41 km, die der Klägerin in der Gegenrichtung 54 km vom gemeinsamen Wohnort der Ehegatten entfernt. Mit ihrem Antrag auf Lohnsteuerermäßigung beantragten die Kläger jeweils die Eintragung eines Freibetrages nach § 39a Abs. 1 Nr. 1 EStG auf der Lohnsteuerkarte. Sie erklärten Aufwendungen für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte entsprechend der ungekürzten Zahl der Entfernungskilometer als Werbungskosten. Das Finanzamt berücksichtigte die Fahrten für beide Ehegatten jeweils erst ab dem 21. Kilometer und trug den daraus folgenden Freibetrag unter Anrechnung des Werbungskostenpauschbetrags nach § 9a Satz 1 Nr. 1 EStG jeweils auf der Lohnsteuerkarte ein. Die nach erfolglosem Einspruch erhobene Klage wegen der Nichtberücksichtigung der Aufwendungen für die ersten 20 Kilometer der Wegstrecken zum Arbeitsplatz führte zur Vorlage des Niedersächsischen Finanzgerichts nach Art. 100 Abs. 1 GG.

b) Die Kläger im Ausgangsverfahren, das dem Verfahren 2 BvL 2/07 zugrunde liegt, sind nichtselbständig tätige, zusammenveranlagte Eheleute, deren Arbeitsstätten in unterschiedlichen Richtungen 60 km bzw. 75 km von ihrem gemeinsamen Wohnort entfernt liegen. Auf ihren Antrag auf Lohnsteuerermäßigung für das Jahr 2007 wegen der Fahrtkosten für die Wege von und zum Arbeitsplatz – für den Kläger in Höhe von 3960 Euro und für die Klägerin in Höhe von 4950 Euro – berechnete das Finanzamt entsprechend der ab dem Jahr 2007 geltenden Neufassung des § 9 Abs. 2 EStG unter Kürzung um den Werbungskostenpauschbetrag von jeweils 920 Euro (§ 9a Satz 1 Nr. 1 Buchst. a EStG) einen Freibetrag für den Kläger von 1.720 Euro und von 2710 Euro für die Klägerin. Nach erfolglosem Einspruch erhoben die Kläger Klage vor dem Finanzgericht des Saarlandes und begehrten jeweils die Eintragung eines weiteren Freibetrags in Höhe von 1320 Euro.

c) Der Kläger im Ausgangsverfahren zum Verfahren 2 BvL 1/08 ist ledig und wohnt 75 km von seiner arbeitstäglich aufgesuchten Arbeitsstätte entfernt. Mit seinem Antrag auf Lohnsteuer-Ermäßigung begehrte er für das Jahr 2007 die Eintragung eines steuerfreien Jahresbetrages in Höhe von 4255 Euro. Das beklagte Finanzamt berücksichtigte nur einen Freibetrag in Höhe von 2875 Euro, da es nur 55 Entfernungskilometer zugrunde legte. Die hiergegen mit Zustimmung des Finanzamts erhobene Sprungklage, mit welcher der Kläger die Eintragung eines weiteren steuerfreien Jahresbetrages in Höhe von 1380 Euro begehrte, wies das Finanzgericht Mecklenburg-Vorpommern mit seinem Urteil vom 23. Mai 2007 – 1 K 497/06 – (EFG 2007, 1783) ab und ließ die Revision zu. Die Revision des Klägers führte zum Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs vom 10. Januar 2008 – VI R 27/07 –.

d) Der Kläger im Ausgangsverfahren, das dem Verfahren 2 BvL 2/08 zugrunde liegt, ist verheiratet und erzielt Einkünfte

te aus nichtselbständiger Arbeit an einer Arbeitsstätte, die 70 km von seinem Wohnort entfernt liegt. Seine ebenfalls nichtselbständig tätige Ehefrau hat einen Weg von 37 km zur Arbeitsstätte. Mit seinem Antrag auf Lohnsteuer-Ermäßigung für das Jahr 2007 beantragte der Kläger, seine Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte in Höhe von 4620 Euro als Freibetrag auf der Lohnsteuerkarte einzutragen, worauf das beklagte Finanzamt entsprechend der um 20 km gekürzten Entfernung lediglich 2 380 Euro berücksichtigte. Die nach erfolglosem Einspruch erhobene Klage wies das Finanzgericht Baden-Württemberg mit Urteil vom 7. März 2007 – 13 K 283/06 – (DStRE 2007, 538) als unbegründet zurück und ließ die Revision zu. Die Revision führte zum Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs vom 10. Januar 2008 – VI R 17/07 – [= GuT 2008, 69 L, PM].

2. Die vorlegenden Gerichte sind davon überzeugt, dass § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG in der Fassung des Steueränderungsgesetzes 2007 verfassungswidrig ist, und stimmen im Ergebnis und in der Begründung in den wesentlichen Punkten überein; die Gründe sind vom VI. Senat des Bundesfinanzhofs im Beschluss zum Verfahren 2 BvL 2/08 eingehend ausgeführt worden.

a) § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG sei wegen Verstoßes gegen das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Prinzip der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit und gegen das Gebot der Folgerichtigkeit verfassungswidrig.

aa) Im Interesse der verfassungsrechtlich gebotenen Lasten-gleichheit habe sich der Gesetzgeber dafür entschieden, im Einkommensteuerrecht die objektive finanzielle Leistungsfähigkeit nach dem Saldo aus den Erwerbseinnahmen einerseits und den Erwerbsaufwendungen andererseits zu bemessen (objektives Nettoprinzip). Diese Grundentscheidung des Einkommensteuerrechts für das objektive Nettoprinzip werde durch die Neuregelung in ihrem Kern nicht in Frage gestellt. Nach wie vor unterliege der Einkommensteuer nur der Saldo aus dem Erwerbseinkommen und den Erwerbsaufwendungen. Daher seien Aufwendungen für die Erwerbstätigkeit nach § 2 Abs. 2 Nr. 2, § 9 EStG steuerlich abziehbar. Gegenüber dem Werkstorprinzip sei das Nettoprinzip als „Grundentscheidung“ vorrangig. Zu prüfen sei deshalb, ob das Werkstorprinzip mit dem objektiven Nettoprinzip vereinbar sei.

Kosten für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte seien die einkommensteuerliche Bemessungsgrundlage mindern-de Erwerbsausgaben und gehörten deshalb zu den im Rahmen des objektiven Nettoprinzips abzugsfähigen Aufwendungen. Sie seien nicht wesentlich privat motiviert, sondern allein beruflich veranlasst und deshalb als Werbungskosten im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG zu qualifizieren. Der Weg zur Arbeitsstätte sei notwendige Voraussetzung zur Erzielung von Einkünften. Denke man sich die Erwerbstätigkeit weg, entfielen die für den Weg zur Arbeitsstätte erforderlichen Aufwendungen. Der beruflich bedingte Veranlassungszusammenhang werde nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Erwerbstätigkeit grundsätzlich erst an der Arbeitsstätte ausgeübt werde. Denn auch Aufwendungen, die, wie die Fahrtkosten, der Vorbereitung der Erwerbstätigkeit dienen, seien Werbungskosten im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG. Selbst wenn der Steuerpflichtige noch keine Einnahmen erziele, lägen (vorab entstandene) Werbungskosten vor, sofern die Aufwendungen in einem hinreichend konkreten, objektiv feststellbaren Zusammenhang mit späteren Einnahmen stünden.

Bei den Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte handele es sich auch nicht um so genannte gemischte Aufwendungen. Eine erhebliche private Mitveranlassung könne nicht schon darauf gestützt werden, dass das Wohnen grundsätzlich in den Bereich der privaten Lebensführung falle. Die der privaten Lebensführung zuzurechnende Wahl des Wohnorts sei ein der Anwendung des § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG vorgelagerter Sachverhalt, der den Veranlassungszusammenhang zwischen Einnahmen und Aufwendungen nicht wesentlich beeinflusse. Der Zugehörigkeit des Wohnens zur privaten

Lebensführung werde dadurch Rechnung getragen, dass die Kosten des Wohnens nicht als Werbungskosten abziehbar seien. Der Abzug von erwerbsbedingten Fahrtkosten könne nicht mit der Begründung verneint werden, dass dem Arbeitnehmer diese Kosten nicht entstanden wären, wenn er seine Wohnung an der Arbeitsstätte genommen hätte. Eine erhebliche private Mitveranlassung könne auch nicht damit begründet werden, dass zwar die Hinfahrt zur Arbeitsstätte beruflich, die Rückfahrt zur Wohnung dagegen aus privatem Anlass erfolge. Die Rückfahrt sei lediglich die Umkehrung eines beruflich veranlassten Zustands und deshalb ebenfalls erwerbsbedingt.

Aus allem folge, dass das Abzugsverbot von Fahrtkosten gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG eine Ausnahme von der folgerichtigen Umsetzung der mit dem objektiven Nettoprinzip getroffenen Belastungsentscheidung darstelle. Die sich insoweit ergebende Ungleichbehandlung überschreite die Grenze zulässiger Typisierung. § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG enthalte keine quantifizierende Regelung, sondern eine (qualifizierende) Bestimmung, die den Abzug von Erwerbseinkommen schon dem Grunde nach verbiete. Die durch die Regelung eintretende ungerechtfertigte Belastung betreffe auch nicht nur eine kleine Zahl, sondern die große Mehrheit der Pendler, und es sei nicht erkennbar, dass die Härte nur unter Schwierigkeiten zu vermeiden wäre.

bb) Der Gesetzgeber habe das Werkstorprinzip nicht hinreichend folgerichtig, sondern nur partiell umgesetzt. Die mit der behaupteten neuen Grundentscheidung notwendigerweise verbundenen Folgeänderungen seien ausgeblieben. Gemäß § 9 Abs. 2 Sätze 2 und 3 EStG dürften abweichend von § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG die Fahraufwendungen ab dem 21. Entfernungskilometer im Rahmen der Einkünfteermittlung (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 EStG) in Abzug gebracht werden. Danach sei demjenigen, der bis zu 20 km von seiner Arbeitsstätte entfernt wohne, jeglicher Abzug von Fahraufwendungen versagt, während dem Mitglied einer Fernpendler-Fahrgemeinschaft der Abzug einer Entfernungspauschale zugebilligt werde, die möglicherweise seine tatsächlichen Kosten übersteige. Ein Verständnis der Bestimmung in § 9 Abs. 2 Satz 2 EStG als Härteregelung bzw. Billigkeitsmaßnahme könne dem nicht entgegeng gehalten werden. Auch die schon ab dem ersten Entfernungskilometer bestehende Abzugsmöglichkeit der Kosten bei Familienheimfahrten im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 8 EStG) sei mit dem Übergang zum so genannten Werkstorprinzip nicht vereinbar. Warum diese Familienheimfahrten gegenüber anderen Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte privilegiert würden, sei nicht erkennbar, da hinsichtlich der Mobilitätskosten für die ersten 20 Entfernungskilometer zwischen beiden Fällen kein sachlich begründeter Unterschied bestehe.

Eine folgerichtige Verwirklichung des so genannten Werkstorprinzips müsse zudem zum Ausschluss der tatsächlichen Fahraufwendungen von Behinderten (§ 9 Abs. 2 Satz 11 EStG) sowie der notwendigen Mehraufwendungen wegen einer aus beruflichem Anlass begründeten doppelten Haushaltsführung (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 Satz 1 EStG) führen. Dasselbe gelte für zahlreiche weiterhin abziehbare Mobilitätskosten in Form von Aufwendungen für sonstige Fahrten des Steuerpflichtigen von seiner Wohnung zum Ort der Erwerbstätigkeit und zurück, etwa im Zusammenhang mit einer Reisetätigkeit oder für Fahrten zu Vorstellungsgesprächen, Fortbildungsveranstaltungen oder Kongressen. Dazu gehörten auch die Aufwendungen für beruflich veranlasste auswärtige Übernachtungen am Ort der regelmäßigen Arbeitsstätte sowie beruflich bedingte Umzugskosten. Schließlich dürften nach dem Werkstorprinzip entgegen § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG auch sämtliche vorweggenommenen und nachträglichen Erwerbseinkommen nicht mehr erwerbsmindernd berücksichtigt werden.

cc) Selbst für den Fall, dass von gemischt veranlassten Aufwendungen auszugehen wäre, fehle es angesichts der Beschränkung der Neuregelung auf die Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte an einer hinreichend

folgerichtigen Umsetzung des Werkstorprinzips, denn für die steuerliche Behandlung sonstiger gemischt veranlasseter Aufwendungen sei die Rechtslage unverändert geblieben. Aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu § 12 Nr. 1 EStG folge, dass unter einschränkenden Voraussetzungen der Werbungskostenabzug auch gemischt veranlasseter Aufwendungen ganz oder teilweise zulässig sei. Es sei nicht sachgerecht, von dieser Abzugsmöglichkeit allein die Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte auszunehmen.

dd) Als Ausnahme von der mit dem objektiven Nettoprinzip getroffenen Belastungsentscheidung sei § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG nicht durch einen besonderen sachlichen Grund gerechtfertigt. Die Haushaltskonsolidierung allein liefere für sich genommen noch keinen sachlichen Grund für Ungleichbehandlungen und rechtfertige deshalb die Sonderbelastung der Pendler nicht. Der völlige Ausschluss des Werbungskostenabzugs für die ersten 20 Entfernungskilometer könne auch nicht umweltpolitisch gerechtfertigt werden. Ebenso wenig sei ein sachlicher Grund in Form von allgemeinen verkehrspolitischen Erwägungen erkennbar.

b) Gehe man trotz allem mit dem Gesetzgeber davon aus, dass die Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte keine Werbungskosten im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG seien, verstoße die Neuregelung gegen den allgemeinen Gleichheitssatz in der Ausprägung des Grundsatzes der Besteuerung nach der subjektiven Leistungsfähigkeit. Dieser Grundsatz verlange, dass unvermeidbare Ausgaben, die in der privaten Sphäre anfallen, die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer minderten. Fahraufwendungen entstünden zwar nicht mit der gleichen Zwangsläufigkeit wie Leistungen, die der Sicherung des Existenzminimums dienten. Dennoch könnten sich ihnen die Steuerpflichtigen nicht beliebig entziehen, wie dies bei anderen privaten Aufwendungen der Fall sei. Denn ohne Fahrt zur Arbeitsstätte könne der Steuerpflichtige regelmäßig nicht arbeiten und folglich keine Einnahmen erzielen. Die Fahrtkosten seien somit zur Existenzsicherung unvermeidlich. Sie könnten nur dadurch vermieden werden, dass die erwerbstätigen Steuerpflichtigen stets dorthin zögen, wo sie eine Erwerbstätigkeit gefunden hätten. Das zu erwarten und zuzumuten, verletze das Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 GG); erwartet werde dadurch auch eine Unmöglichkeit. Es könne nicht jeder in oder in der Nähe seiner Arbeitsstätte wohnen. Der Wohnort könne nicht regelmäßig frei gewählt werden. Zu berücksichtigen seien der Wohnungsmarkt, die finanziellen Verhältnisse, die Bedürfnisse der Familie und andere Zwänge. Die Forderung, trotz dieser Zwänge an das Werkstor zu ziehen, könne den Steuerpflichtigen veranlassen, den Beruf oder Arbeitgeber zu wechseln oder sogar seine Erwerbstätigkeit einzustellen. Dies bedeute jedoch eine Einschränkung der von Art. 12 GG geschützten Berufswahlfreiheit. Soweit der Steuerpflichtige wegen seiner Familie in größerer Entfernung von seiner Arbeitsstätte wohne und deshalb entsprechende Fahraufwendungen auf sich nehmen müsse, habe dem der Steuergesetzgeber im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG Rechnung zu tragen. Die Zwangsläufigkeit der Fahraufwendungen sei vor allem dann offenkundig, wenn der Arbeitnehmer mehrere Berufstätigkeiten an verschiedenen Orten ausübe (zum Beispiel Nebenerwerbslandwirt), wenn er seine Arbeitsstelle verliere oder der Betriebsitz des Arbeitgebers wechsele und mangels Alternativen an einem auswärtigen Ort eine neue Arbeit aufgenommen werden müsse. Entsprechendes gelte in den Fällen befristeter Beschäftigungsverhältnisse oder Kettenabordnungen.

Der Befund, dass Fahrtkosten zwangsläufiger pflichtbestimmter Aufwand seien, könne nicht mit dem Hinweis auf die so genannte Härteregelung für die Fernpendler (§ 9 Abs. 2 Satz 2 ff. EStG) in Frage gestellt werden. Denn das Einkommensteuerrecht sei auf die Leistungsfähigkeit des einzelnen Steuerpflichtigen hin angelegt. Ob eine „Härte“ vorliege, hänge von der Höhe des Einkommens ab. Wer ein geringes Einkommen beziehe, könne bei einer Entfernung von 15 km im Hinblick auf sein disponibles Einkommen härter betroffen sein als ein

Pendler mit hohem Einkommen bei einer Entfernung von 25 oder 75 km, zumal wenn diesem als Mitfahrer einer Fernpendler-Fahrgemeinschaft nur anteilige oder keine Wegekosten entstünden. Die Differenzierung zwischen durchschnittlicher (bei Entfernung bis 20 km) und überdurchschnittlicher (ab 21. Entfernungskilometer) Belastung von Pendlern sei auch auf der Grundlage der dem Gesetzgeber zugewiesenen Typisierungsbefugnis nicht gerechtfertigt. Auch wenn man davon ausgehe, dass gerade bei extremen Fernpendlern private Motive für den Wohnsitzwechsel nicht mehr von untergeordneter Bedeutung seien, erscheine die Härteregelung in sich widersprüchlich, weil sie gerade diejenigen begünstige, die sich nicht der Mühe unterzögen, ihren Wohnsitz in der Nähe ihres Arbeitsplatzes zu nehmen.

c) Bei Geringverdienern mit hinreichend hohen Fahrtkosten könne die Neuregelung zu einem Verstoß gegen das Verfassungsgebot der steuerlichen Verschonung des Existenzminimums des Steuerpflichtigen und seiner unterhaltsberechtigten Familienangehörigen führen. Die Fahrtkosten seien nicht nur zur Existenzsicherung unvermeidlich. Ihre einkommensteuerliche Berücksichtigung ergebe sich auch aus dem Sozialhilferecht, das eine das Existenzminimum quantifizierende Vergleichsebene biete. Das derzeit geltende Sozialhilferecht kürze das anzurechnende Einkommen sozialhilferechtlicher Leistungsempfänger um die mit ihrer Einkommenserzielung verbundenen notwendigen Ausgaben (§ 11 Abs. 2 SGB II, § 82 Abs. 2 SGB XII) und zu diesen notwendigen Ausgaben – so ausdrücklich die dazu ergangenen Durchführungsverordnungen – zählten auch die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte. Für das anzurechnende Einkommen der nach SGB XII Leistungsberechtigten gelte Entsprechendes.

d) Die Neuregelung genügt nach Auffassung der vorlegenden Gerichte im Fall beiderseits berufstätiger Ehegatten auch nicht den Maßstäben des Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG. Der besondere verfassungsrechtliche Schutz von Ehe und Familie gemäß Art. 6 Abs. 1 GG erstrecke sich auf die „Alleinvertinererhe“ ebenso wie auf die „Doppelverdienererhe“. Die vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur doppelten Haushaltsführung (BVerfGE 107, 27) dazu angestellten Erwägungen gälten in gleicher Weise, wenn die Vereinbarkeit von Ehe und Beruf statt mittels einer doppelten Haushaltsführung durch tägliches Pendeln vom gemeinsamen Familienwohnsitz zur jeweiligen Arbeitsstätte erreicht werde.

III. Zu den Normenkontrollverfahren haben sich die Bundesregierung sowie die Kläger der Ausgangsverfahren, ferner, als sachkundiger Dritter (§ 27a BVerfGG), die Bundessteuerberaterkammer geäußert.

1. Die Bundesregierung ist der Auffassung, die Vorlagen der beiden Finanzgerichte seien bereits unzulässig. Beide Gerichte hätten die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage nicht hinreichend nachvollziehbar begründet. Jedenfalls sei die vorgelegte Regelung verfassungsgemäß.

a) Die Neuregelung des § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG in der Fassung des Steueränderungsgesetzes 2007 wahre das objektive Nettoprinzip. Dieses sei lediglich eine einfachgesetzliche, durch den Steuergesetzgeber bestimmte Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Gebots der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Mit der Neuregelung habe der Gesetzgeber den einfachrechtlichen Anwendungsbereich des objektiven Nettoprinzips neu definiert und damit eine frühere einfachrechtliche Grundentscheidung zur steuerlichen Qualifikation der betroffenen Aufwendungen geändert. Der Gesetzgeber habe seine Gestaltungsfreiheit bei der Ausgestaltung des objektiven Nettoprinzips in verfassungsmäßiger Weise genutzt. In der Neubestimmung des Anwendungsbereichs dieses Prinzips liege nicht dessen Durchbrechung. Wolle man den Gesetzgeber insoweit beschränken, bedeute dies in der Konsequenz, dass grundlegende Reformen des Steuerrechts unmöglich gemacht würden.

Bei der im Steueränderungsgesetz 2007 umgesetzten neuen Grundentscheidung des Gesetzgebers handele es sich um eine

einfachgesetzliche, auf Weగాufwendungen beschränkte Zuordnungsentscheidung, durch welche die Weగాufwendungen, die so genannte gemischte Aufwendungen darstellten, vollständig der Privatsphäre zugeordnet würden. Diese als Grundentscheidung anzusehende Zuordnungsentscheidung und das objektive Nettoprinzip stünden nicht in einem Über-Unterordnungsverhältnis, sondern seien gleichrangig, wobei die Zuordnungsentscheidung das objektive Nettoprinzip konkretisiere. Deshalb sei nicht die Vereinbarkeit einer einfachgesetzlichen Grundentscheidung mit einer anderen gesetzlichen Grundentscheidung zu prüfen. Vielmehr gelte bei Normen auf gleicher Rangebene der Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“.

Nur der Ausschluss der Abziehbarkeit von rein erwerbsbezogenen Aufwendungen bedürfe der Rechtfertigung vor Art. 3 Abs. 1 GG. Bei gemischt veranlassten Aufwendungen sei demgegenüber die Nichtabziehbarkeit die Regel, wie aus § 12 Nr. 1 EStG folge. Weగాufwendungen seien wegen der privaten Wahl des Wohnorts zwangsläufig auch privat mitveranlasst. Selbst bei beiderseits berufstätigen Ehegatten, die in entgegengesetzter Richtung zwischen Wohnung und Arbeitsstätte pendelten und bei denen etwa eine Arbeitsstätte durch den Arbeitgeber an einen noch entfernteren Ort verlegt werde, bestehe typischerweise zumindest Kosten-Optimierungspotential. Die Entscheidung, wie dieses dann tatsächlich genutzt werde, hänge typischerweise von privaten Erwägungen ab, so dass auch in diesen Fällen der Charakter der gemischten Aufwendungen erhalten bleibe. Die Neuregelung des § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG bedürfe daher keiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vor Art. 3 Abs. 1 GG.

Ausgehend von der gesetzgeberischen Grundentscheidung, gemischte Aufwendungen grundsätzlich nicht zum Abzug zuzulassen, handele es sich bei der Einräumung eines Abzugstatbestands für Weగాufwendungen um eine Ungleichbehandlung, die ihrerseits der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfe. Die Abzugsmöglichkeit für solche Aufwendungen stelle eine Steuervergünstigung dar, und deren Abschaffung sei ein verfassungsgemäßer einfachrechtlicher Gestaltungsvorgang. Dem Gesetzgeber müsse es unbenommen bleiben, die Notwendigkeit allgemeiner Steuererhöhungen so weit wie möglich dadurch auszuschließen oder abzumildern, dass er zunächst Vergünstigungen beseitige, die er nicht oder nicht mehr für gerechtfertigt halte.

Es liege im Rahmen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums, Mietkosten und Fahrtaufwendungen gleich zu behandeln und beide Arten von Aufwendungen einkommensteuerlich nicht zu berücksichtigen; denn in ökonomischer Hinsicht seien Fahrtkosten und Wohnkosten substituierbar, die Summe aus beiden Arten von Kosten sei typischerweise gleich. Es sei daher ökonomisch weder sinnvoll, die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeits- bzw. Betriebsstätte steuerlich zu begünstigen, noch, die alternativ aufzuwendenden höheren Wohnkosten absetzbar zu machen.

Eine Gleichbehandlung aller gemischt veranlassten Aufwendungen sei nicht durch Art. 3 Abs. 1 GG geboten. Ausgehend von dem grundsätzlichen Abzugsverbot für solche Aufwendungen sei der Gesetzgeber vielmehr gefordert, für jede Art gemischter Aufwendungen eine wertende Entscheidung dazu zu treffen, welchem Veranlassungsgrund jeweils im Einzelfall mehr Gewicht beizumessen und welche Zuordnung – zur beruflichen oder zur privaten Sphäre – danach vorzunehmen sei. Eine undifferenzierte Forderung nach Gleichbehandlung aller gemischten Aufwendungen werde dem nicht gerecht. Schließlich orientierten sich die Härtefallregelungen zu den Aufwendungen für beruflich bedingte doppelte Haushaltsführung und Familienheimfahrten eng an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur doppelten Haushaltsführung.

Selbst dann, wenn man davon ausgehe, dass das Werkstorprinzip nicht folgerichtig umgesetzt sei, sei damit die Grundentscheidung – also die Regelung in § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG – nicht in Frage gestellt, sondern die Verfassungsmäßigkeit derjenigen Normen, welche die Belastungsgrundentscheidung nicht

zutreffend umsetzen. Allerdings seien die von der Grundregelung abweichenden Sonderregelungen des § 9 Abs. 2 EStG als Härtere Regelungen gerechtfertigt. Insbesondere rechtfertige sich die Gleichbehandlung von Fernpendlern unabhängig von der Art des benutzten Verkehrsmittels durch umwelt- und verkehrspolitische Lenkungs Zwecke. Daneben würden Steuerhinterziehungen vermieden, da die Finanzbehörden nicht im Einzelnen überprüfen könnten, ob der Steuerpflichtige tatsächlich allein oder nicht doch in einer Fahrgemeinschaft gefahren sei.

Auch die Abziehbarkeit der Aufwendungen für doppelte Haushaltsführung und die Härtere Regelung für Familienheimfahrten seien folgerichtig. Die Kosten für eine doppelte Haushaltsführung seien in aller Regel erheblich höher als diejenigen für ein arbeitstägliches Pendeln. Daher sei die Differenzierung sachgerecht und halte sich im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens. Schließlich sei das Prinzip der Folgerichtigkeit auch insoweit gewahrt, als der Gesetzgeber die im Rahmen der Härtefallregelung des § 9 Abs. 2 Satz 2 EStG abzugsfähigen Fahrtaufwendungen ab dem 21. Entfernungskilometer auf den Werbungskostenpauschbetrag nach § 9a Satz 1 Nr. 1 Buchst. a EStG anrechne. Zum Zwecke der Verwaltungsvereinfachung habe der Gesetzgeber in § 9a Satz 1 Nr. 1 Buchst. a EStG einen einheitlichen, übergreifenden Pauschbetrag sowohl für Werbungskosten als auch für solche privaten Aufwendungen, die lediglich wie Werbungskosten abzuziehen seien, zugrunde legen dürfen, ohne weiter spezialisieren und differenzieren zu müssen. Die Zuordnung der Weగాufwendungen zu den außergewöhnlichen Belastungen hätte demgegenüber zu einer anderen Verkomplizierung des Steuerrechts geführt.

Es verstoße nicht gegen das Gebot der Folgerichtigkeit, dass der Gesetzgeber einen Abzug von 0,30 Euro je Entfernungskilometer ab dem 21. Entfernungskilometer zulasse, obwohl das Maß der privaten Mitveranlassung der Weగాufwendungen mit zunehmender Entfernung zwischen Wohnort und Arbeitsstätte zunehme. Diese Regelung sei aus beschäftigungspolitischen Gründen gerechtfertigt und trage zudem der Überlegung Rechnung, dass mit zunehmenden Wegezeiten auch die nichtmonetären Folgen für die Betroffenen überproportional anstiegen, so dass typischerweise auch besondere, anzuerkennende Gründe, wie etwa familiäre Pflichten, für das aufwendige Pendeln zur Arbeitsstätte vorlägen.

b) Die Neuregelung verletze nicht das subjektive Nettoprinzip. Sie führe nicht zu einer verfassungsrechtlich unzulässigen Besteuerung des Existenzminimums. Nur in wenigen besonders gelagerten Fällen könne der Effekt eintreten, dass durch die Neuregelung erstmals eine Steuerschuld entstehe. Im Sozialrecht erfolge die Berücksichtigung von Weగాufwendungen nicht im Rahmen der Vorschriften zur Bestimmung der Hilfe zum notwendigen Lebensunterhalt, sondern es handele sich um eine Abzugsposition bei der Einkommensberechnung im Rahmen der sozialhilferechtlichen Bedürftigkeitsprüfung. Soweit Fahrtaufwendungen bei der Grundsicherung für Arbeitssuchende Berücksichtigung fänden, sei der Hintergrund hierfür, dass Hilfebedürftige zur Aufnahme und Ausübung einer zumutbaren Erwerbstätigkeit verpflichtet seien, um damit ihre Hilfebedürftigkeit zu überwinden oder zu verringern. In Fällen, in denen die Fahrtkosten höher seien als das erzielbare Einkommen, sei eine Erwerbstätigkeit unzumutbar und dürfe vom Hilfebedürftigen sanktionslos abgelehnt werden. Für die Bestimmung des steuerlichen Existenzminimums sei dies alles nicht relevant. Für dessen Bestimmung sei ausschließlich auf die sozialrechtlichen Regelungen über die Hilfe zum Lebensunterhalt abzustellen, welche die Fahrtaufwendungen nicht erfassten.

Auch unter Berücksichtigung der Belastungswirkungen der Neuregelung der Entfernungspauschale im Rahmen des Familienleistungsausgleichs gemäß §§ 31 ff. EStG sei kein Verstoß gegen das Prinzip der Folgerichtigkeit erkennbar. Die Aufwendungen für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte seien keine Beträge, die von Gesetzes wegen für das Einkünfte erzielende Kind oder dessen Eltern nicht verfügbar seien. Weగాufwendungen seien nicht zwangsläufig im verfassungsrechtli-

chen Sinn, soweit sie nicht durch überdurchschnittlich lange Arbeitswege aus überwiegend durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten ehelichen oder familiären Gründen entständen. Der Staat sei nicht gehalten, jegliche Ehe und Familie treffende Belastung auszugleichen. Eine unzulässige Benachteiligung von beiderseits berufstätigen Ehegatten sei nicht zu erkennen, da die mit der Neuregelung bewirkte steuerliche Mehrbelastung keine ökonomische Entwertung der Erwerbstätigkeit der Ehegatten herbeiführe.

2. Die Kläger der Ausgangsverfahren nehmen im Wesentlichen übereinstimmend im Sinne der Vorlagebeschlüsse Stellung und weisen zum Teil darauf hin, dass schon die frühere Entfernungspauschale für die gesamte Wegstrecke zwischen Wohnung und Arbeitsstätte die tatsächlich entstandenen Fahrtkosten nicht abgedeckt habe.

3. Die Bundessteuerberaterkammer hält einen Verstoß der Neuregelung gegen das subjektive Nettoprinzip nicht für gegeben. Eine mögliche Verfassungswidrigkeit betreffe nur die Fälle, in denen Steuerpflichtige Einkünfte erzielten, deren Höhe sich in der Nähe des Existenzminimums befände. Auch dazu bleibe jedoch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber von Verfassungen wegen nicht den individuellen, sondern nur den typischerweise für die Existenzsicherung anfallenden Bedarf einkommensteuerrechtlich verschonen müsse. Ein Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip sei dagegen mangels hinreichender sachlicher Gründe und folgerichtiger Umsetzung der einkommensteuerrechtlichen Belastungsentscheidung für die Erfassung des Nettoeinkommens zu bejahen.

B. Der Gegenstand der zulässigen Vorlagen ist zu erweitern.

Die vorlegenden Gerichte beschränken sich zutreffend auf die für die Ausgangsverfahren entscheidungserhebliche Frage, ob § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG in der Fassung des Steueränderungsgesetzes 2007 verfassungswidrig ist.

Es ist dem Bundesverfassungsgericht jedoch nicht verwehrt, bei engem Sachzusammenhang des vom vorlegenden Gericht beanstandeten Normkomplexes mit anderen Regelungen oder Normteilen die Prüfung auf diese auszudehnen, um so der Befriedungsfunktion der Normenkontrollentscheidung gerecht zu werden, mögen diese Normen oder Normteile im Ausgangsverfahren auch nicht unmittelbar entscheidungserheblich sein. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn durch die Nichtigkeitserklärung andere Normen gegenstandslos werden (vgl. BVerfGE 44, 322 <337 f.>; 62, 354 <364>; 78, 132 <143>).

Danach liegen die Voraussetzungen einer Ausdehnung der verfassungsrechtlichen Überprüfung auf die – ebenfalls mit dem Steueränderungsgesetz 2007 eingeführte – Vorschrift des § 9 Abs. 2 Satz 2 EStG hier vor. Da Satz 1 dieser Norm die Qualifikation der Aufwendungen für Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte und für Familienheimfahrten als Werbungskosten generell ausschließt und Satz 2 speziell solche Aufwendungen für Wege ab 21 km Entfernung „wie Werbungskosten“ zum Abzug zulässt, stehen die Regelungsgehalte beider Vorschriften in einem engen Sachzusammenhang: Der Sinn der Regelung zum Abzug „wie“ Werbungskosten nach § 9 Abs. 2 Satz 2 EStG erschließt sich erst vor dem Hintergrund eines grundsätzlichen Ausschlusses dieser Aufwendungen aus dem Tatbestand der Werbungskosten. Die materiellrechtliche Tragweite und die Belastungswirkung des generellen Ausschlusses der betroffenen Wegekosten aus dem Tatbestand der Werbungskosten nach § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG werden entscheidend erst durch die nachfolgende Sonderregelung geprägt und erkennbar. Wäre Satz 1 der Regelung nichtig, verlöre die Bestimmung des Satzes 2 ihren vom Gesetzgeber erkennbar gewollten Sinn als eine tatbestandlich begrenzte Ausnahmeregelung. Blicke Satz 2 allein stehen, so erweckte dies auch ungeachtet des Wegfalls von Satz 1 den Anschein, als seien Wegeaufwendungen nur ab dem 21. Entfernungskilometer anzusetzen. Nur eine übergreifende verfassungsrechtliche Prüfung beider Bestimmungen in ihrer Wechselwirkung ist deshalb sachgerecht.

C. § 9 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 EStG in der Fassung des Steueränderungsgesetzes 2007 vom 19. Juli 2006 (BGBl I S. 1652, BStBl I S. 432) ist wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig.

I. 1. Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 116, 164 <180>; stRspr). Er gilt für ungleiche Belastungen wie auch für ungleiche Begünstigungen (BVerfGE 110, 412 <431>; 116, 164 <180>). Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengeren Bindung an Verhältnismäßigkeitsfordernisse reichen (stRspr; vgl. BVerfGE 110, 274 <291>; 112, 164 <174>; 116, 164 <180>). Für die Anforderungen an Rechtfertigungsgründe für gesetzliche Differenzierungen kommt es wesentlich darauf an, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann (stRspr; vgl. BVerfGE 112, 164 <174>). Genauere Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber den Gleichheitssatz verletzt, lassen sich nicht abstrakt und allgemein, sondern nur in Bezug auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen (stRspr; vgl. BVerfGE 105, 73 <111>; 107, 27 <45 f.>; 112, 268 <279>).

2. a) Im Bereich des Steuerrechts hat der Gesetzgeber bei der Auswahl des Steuergegenstandes und bei der Bestimmung des Steuersatzes einen weitreichenden Entscheidungsspielraum (vgl. BVerfGE 93, 121 <136>; 107, 27 <47>; 117, 1 <30> [= GuT 2007, 62–64 PM]). Die grundsätzliche Freiheit des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte zu bestimmen, an die das Gesetz dieselben Rechtsfolgen knüpft und die es so als rechtlich gleich qualifiziert, wird hier, insbesondere im Bereich des Einkommensteuerrechts, vor allem durch zwei eng miteinander verbundene Leitlinien begrenzt: durch das Gebot der Ausrichtung der Steuerlast am Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit und durch das Gebot der Folgerichtigkeit (vgl. BVerfGE 105, 73 <125>; 107, 27 <46 f.>; 116, 164 <180>; 117, 1 <30>). Danach muss im Interesse verfassungsrechtlich gebotener steuerlicher Lastengleichheit (vgl. BVerfGE 84, 239 <268 ff.>) darauf abgezielt werden, Steuerpflichtige bei gleicher Leistungsfähigkeit auch gleich hoch zu besteuern (horizontale Steuererechtigkeit), während (in vertikaler Richtung) die Besteuerung höherer Einkommen im Vergleich mit der Steuerbelastung niedriger Einkommen angemessen sein muss (vgl. BVerfGE 82, 60 <89>; 99, 246 <260>; 107, 27 <46 f.>; 116, 164 <180>). Bei der Ausgestaltung des steuerrechtlichen Ausgangstatbestands muss die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umgesetzt werden. Ausnahmen von einer solchen folgerichtigen Umsetzung bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes (vgl. BVerfGE 99, 88 <95>; 99, 280 <290>; 105, 73 <126>; 107, 27 <47>; 116, 164 <180 f.>; 117, 1 <31>).

b) Als besondere sachliche Gründe für Ausnahmen von einer folgerichtigen Umsetzung und Konkretisierung steuergesetzlicher Belastungsentscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung vor allem außerfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele (aa) sowie Typisierungs- und Vereinfachungsanfordernisse (bb) anerkannt, nicht jedoch den rein fiskalischen Zweck staatlicher Einnahmenerhöhung (cc).

aa) Der Steuergesetzgeber ist grundsätzlich nicht gehindert, außerfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele aus Gründen des Gemeinwohls zu verfolgen (stRspr; vgl. BVerfGE 93, 121 <147>; 99, 280 <296>; 105, 73 <112>; 110, 274 <292>; 116, 164 <182>; 117, 1 <31>). Er darf nicht nur durch Ge- und Verbote, sondern ebenso durch mittelbare Verhaltenssteuerung auf Wirtschaft und Gesellschaft gestaltend Einfluss nehmen. Der Bürger wird dann nicht rechtsverbindlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, erhält aber durch Sonderbelastung eines

unerwünschten Verhaltens oder durch steuerliche Verschonung eines erwünschten Verhaltens ein finanzwirtschaftliches Motiv, sich für ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu entscheiden (vgl. BVerfGE 98, 106 <117>; 117, 1 <31 f.>). Nur dann jedoch, wenn solche Förderungs- und Lenkungsziele von erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidungen getragen werden, sind sie auch geeignet, rechtfertigende Gründe für steuerliche Belastungen oder Entlastungen zu liefern (BVerfGE 105, 73 <112 f.>; vgl. auch BVerfGE 110, 274 <293>; 116, 164 <182>; 117, 1 <32>; vorangehend BVerfGE 93, 121 <147 f.>; 99, 280 <296>). Weiterhin muss der Förderungs- und Lenkungszweck gleichheitsgerecht ausgestaltet sein (vgl. BVerfGE 93, 121 <148>; 99, 280 <296>; 110, 274 <293>; 116, 164 <182>; 117, 1 <32>), und auch Vergünstigungstatbestände müssen jedenfalls ein Mindestmaß an zweckgerechter Ausgestaltung aufweisen (vgl. BVerfGE 105, 73 <113>; 117, 1 <33>).

bb) Unabhängig davon, ob mit einer Steuernorm allein Fiskalzwecke oder auch Förderungs- und Lenkungsziele verfolgt werden, ist die Befugnis des Gesetzgebers zur Vereinfachung und Typisierung zu beachten: Jede gesetzliche Regelung muss verallgemeinern. Bei der Ordnung von Massenerscheinungen ist der Gesetzgeber berechtigt, die Vielzahl der Einzelfälle in dem Gesamtbild zu erfassen, das nach den ihm vorliegenden Erfahrungen die regelungsbedürftigen Sachverhalte zutreffend wiedergibt (vgl. BVerfGE 11, 245 <254>; 78, 214 <227>; 84, 348 <359>). Auf dieser Grundlage darf er grundsätzlich generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen treffen, ohne allein schon wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen (vgl. BVerfGE 84, 348 <359>; 113, 167 <236>; stRspr). Typisierung bedeutet, bestimmte in wesentlichen Elementen gleich geartete Lebenssachverhalte normativ zusammenzufassen. Besonderheiten, die im Tatsächlichen durchaus bekannt sind, können generalisierend vernachlässigt werden. Der Gesetzgeber darf sich grundsätzlich am Regelfall orientieren und ist nicht gehalten, allen Besonderheiten jeweils durch Sonderregelungen Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 82, 159 <185 f.>; 96, 1 <6>). Die gesetzlichen Verallgemeinerungen müssen allerdings auf eine möglichst breite, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließende Beobachtung aufbauen (vgl. BVerfGE 84, 348 <359>; 87, 234 <255>; 96, 1 <6>). Insbesondere darf der Gesetzgeber für eine gesetzliche Typisierung keinen atypischen Fall als Leitbild wählen, sondern muss realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zugrunde legen (BVerfGE 116, 164 <182 f.>; stRspr).

cc) Nicht als besonderer sachlicher Grund für Ausnahmen von einer folgerichtigen Umsetzung und Konkretisierung steuerrechtlicher Belastungsentscheidungen anerkannt ist demgegenüber der rein fiskalische Zweck staatlicher Einnahmenerhöhung. Der Finanzbedarf des Staates oder eine knappe Haushaltslage reichen für sich allein nicht aus, um ungleiche Belastungen durch konkretisierende Ausgestaltung der steuerrechtlichen Grundentscheidungen zu rechtfertigen. Auch wenn der Staat auf Einsparungsmaßnahmen angewiesen ist, muss er auf eine gleichheitsgerechte Verteilung der Lasten achten (vgl. BVerfGE 116, 164 <182>, im Anschluss an BVerfGE 6, 55 <80>; 19, 76 <84 f.>; 82, 60 <89>; vgl. auch BVerfGE 105, 17 <45>).

3. Die für die Lastengleichheit im Einkommensteuerrecht maßgebliche finanzielle Leistungsfähigkeit bemisst der einfache Gesetzgeber nach dem objektiven und dem subjektiven Nettoprinzip. Danach unterliegt der Einkommensteuer grundsätzlich nur das Nettoeinkommen, nämlich der Saldo aus den Erwerbseinnahmen einerseits und den (betrieblichen/beruflichen) Erwerbsaufwendungen sowie den (privaten) existenzsichernden Aufwendungen andererseits. Deshalb sind Aufwendungen für die Erwerbstätigkeit gemäß §§ 4, 9 EStG und existenzsichernde Aufwendungen im Rahmen von Sonderausgaben, Familienleistungsausgleich und außergewöhnlichen Belastungen gemäß §§ 10 ff., 31 f., 33 ff. EStG grundsätzlich steuerlich abziehbar. Im Rahmen des objektiven Nettoprinzips hat der Gesetzgeber des Einkommensteuergesetzes die Zuordnung von

Aufwendungen zum betrieblichen bzw. beruflichen Bereich, derentwegen diese Aufwendungen von den Einnahmen grundsätzlich abzuziehen sind, danach vorgenommen, ob eine betriebliche bzw. berufliche Veranlassung besteht (vgl. § 4 Abs. 4, § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG). Dagegen mindern Aufwendungen für die Lebensführung außerhalb des Rahmens von Sonderausgaben und außergewöhnlichen Belastungen gemäß § 12 Nr. 1 EStG nicht die einkommensteuerliche Bemessungsgrundlage; dies gilt gemäß § 12 Nr. 1 Satz 2 EStG auch für solche Lebensführungskosten, „die die wirtschaftliche oder gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen mit sich bringt, auch wenn sie zur Förderung des Berufs oder der Tätigkeit des Steuerpflichtigen erfolgen“.

a) Das Bundesverfassungsgericht hat bisher offen gelassen, ob das objektive Nettoprinzip, wie es in § 2 Abs. 2 EStG zum Ausdruck kommt, Verfassungsrang hat; jedenfalls aber kann der Gesetzgeber dieses Prinzip beim Vorliegen gewichtiger Gründe durchbrechen und sich dabei generalisierender, typisierender und pauschalierender Regelungen bedienen (vgl. BVerfGE 81, 228 <237>; 107, 27 <48> m. w. N.). Hiernach entfaltet schon das einfachrechtliche objektive Nettoprinzip Bedeutung vor allem im Zusammenhang mit den Anforderungen an hinreichende Folgerichtigkeit bei der näheren Ausgestaltung der gesetzgeberischen Grundentscheidungen. Die Beschränkung des steuerlichen Zugriffs nach Maßgabe des objektiven Nettoprinzips als Ausgangstatbestand der Einkommensteuer gehört zu diesen Grundentscheidungen, so dass Ausnahmen von der folgerichtigen Umsetzung der mit dem objektiven Nettoprinzip getroffenen Belastungsentscheidung eines besonderen, sachlich rechtfertigenden Grundes bedürfen (vgl. BVerfGE 99, 280 <290>; 107, 27 <48>). Auf dieser Grundlage kann die Frage nach dem Verfassungsrang des objektiven Nettoprinzips auch hier offen bleiben.

b) Für den Bereich des subjektiven Nettoprinzips ist das Verfassungsgebot der steuerlichen Verschonung des Existenzminimums des Steuerpflichtigen und seiner unterhaltsberechtigten Familie zu beachten (stRspr; vgl. BVerfGE 82, 60; 87, 153; 107, 27 <48>; 112, 268 <281>; Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Februar 2008 – 2 BvL 1/06 –, NJW 2008, S. 1868 <1871 f.>).

c) Für die verfassungsrechtlich gebotene Besteuerung nach finanzieller Leistungsfähigkeit kommt es nicht nur auf die Unterscheidung zwischen beruflichem oder privatem Veranlassungsgrund für Aufwendungen an, sondern auch auf die Unterscheidung zwischen freier oder beliebiger Einkommensverwendung einerseits und zwangsläufigem, pflichtbestimmtem Aufwand andererseits. Die Berücksichtigung privat veranlassenen Aufwands steht nicht ohne weiteres zur Disposition des Gesetzgebers. Dieser hat die unterschiedlichen Gründe, die den Aufwand veranlassen, auch dann im Lichte betroffener Grundrechte differenzierend zu würdigen, wenn solche Gründe ganz oder teilweise der Sphäre der allgemeinen (privaten) Lebensführung zuzuordnen sind (vgl. BVerfGE 107, 27 <49>; 112, 268 <280>).

II. Die Neuregelung des § 9 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 EStG verstößt gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, denn sie wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine folgerichtige Umsetzung einkommensteuerrechtlicher Belastungsentscheidungen nicht gerecht. Die Norm weicht von dem nach dem Nettoprinzip maßgeblichen Veranlassungsprinzip ab (1.). Verfassungsrechtlich hinreichende sachliche Gründe für diese Abweichung ergeben sich weder aus dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck der Einnahmevermehrung (2.) noch aus denkbaren, jedoch vom Gesetzgeber nicht erkennbar verfolgten Lenkungs- und Förderungszielen (3.), noch im Rahmen gesetzgeberischer Typisierungsbefugnisse unter dem Aspekt gemischt veranlasseter Aufwendungen (4.). Es liegen auch kein verfassungskonformer Systemwechsel und keine neue Zuordnungsentscheidung vor, die den Gesetzgeber von der Beachtung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die folgerichtige Umsetzung einkommensteuerrechtlicher Belastungsentscheidungen befreien könnten (5.).

1. Entscheidendes Kennzeichen der Neuregelung des § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG zu den Werbungskosten (wie auch der entsprechenden Vorschrift des § 4 Abs. 5a EStG zu den Betriebsausgaben) ist die Abkehr vom Veranlassungsprinzip bei der Zuordnung von Aufwendungen zur beruflichen oder zur privaten Sphäre. Diese Abkehr vollzieht sich in zwei nicht gleichgerichteten, sondern gegenläufigen Schritten: Zum einen sind Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte und für Familienheimfahrten aus dem Tatbestand der Werbungskosten ausgeschlossen. Für diese – und nur für diese – Aufwendungen soll nicht das Veranlassungsprinzip, sondern das so genannte Werkstorprinzip gelten. Zum anderen werden aber Aufwendungen für Wege ab dem 21. Kilometer „wie“ Werbungskosten behandelt; für diese Aufwendungen wird im Ergebnis die alte Rechtslage aufrechterhalten.

Diese Regelungen enthalten eine singuläre Abweichung von dem nach dem einkommensteuerrechtlichen Nettoprinzip für die Abgrenzung beruflicher Aufwendungen maßgeblichen Veranlassungsprinzip. Nicht das nach dem Nettoprinzip entscheidende Ergebnis von Bestimmung und Bewertung privater oder beruflicher Gründe und Ziele der Aufwendungen, sondern ausschließlich die räumliche Abgrenzung – die Wegstrecke zwischen Wohnung und Arbeitsstätte bis zu einer Entfernung von 20 km – entscheidet über die Abzugsfähigkeit der Aufwendungen von der Bemessungsgrundlage nach den für Werbungskosten geltenden Regeln. Dass das so genannte Werkstorprinzip außerhalb der Sonderregeln zu den Wegekosten zwischen Wohnung und Arbeitsplatz keine Rolle spielt, sondern bei der Anerkennung beruflich veranlassenen Aufwands im geltenden Einkommensteuerrecht einen Fremdkörper bildet, zeigen zahlreiche Beispiele. Dazu gehören etwa Aufwendungen für berufliche Aus- und Fortbildung, Dienstreisen oder Geschäftsessen wie auch der gesamte Bereich vorweggenommener und nachträglicher Werbungskosten und Betriebsausgaben (dazu etwa Tipke, BB 2007, S. 1525 <1528>; vgl. auch mit weiteren Beispielen den Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs vom 10. Januar 2008 – VI R 17/07 – unter B. VI. 1. d). Das Beispiel des Aufwands für Geschäftsessen gemäß § 4 Abs. 5 Nr. 2 EStG veranschaulicht zudem das allgemeinere einkommensteuerrechtliche Regelungsmodell des § 4 Abs. 5 Nr. 7 EStG zur Begrenzung der Abzugsfähigkeit – auch – betrieblich veranlassenen Aufwands auf die „angemessene“ Höhe, soweit solcher Aufwand zugleich die private Lebenssphäre berührt.

2. Der Zweck der Erhöhung staatlicher Einnahmen, der vor dem Hintergrund europarechtlicher und verfassungsrechtlicher Anforderungen an die Begrenzung der Staatsverschuldung im Gesetzgebungsverfahren als entscheidend für die Neuregelung angeführt worden ist (vgl. BTDrucks 16/1545, S. 1, 13: „notwendige Haushaltskonsolidierung“), kann für sich allein eine Abkehr vom Veranlassungsprinzip bei der Ausgrenzung einer einzelnen Aufwendungsart aus dem Werbungskostentatbestand nicht rechtfertigen. Zwar kennt das geltende Einkommensteuerrecht eine Reihe von Abzugsverboten für bestimmte Aufwendungen trotz betrieblicher bzw. beruflicher Veranlassung. Solche Abzugsverbote bedürfen jedoch stets eines besonderen, verfassungsrechtlich tragfähigen sachlichen Grundes, wie er etwa für das Verbot des Abzugs von Geldbußen, Ordnungsgeldern und Verwarnungsgeldern (§ 4 Abs. 5 Nr. 8 EStG, vgl. BVerfGE 81, 228 <236 ff., 241>) oder für die grundsätzliche Nichtabzugsfähigkeit des Aufwands für ein häusliches Arbeitszimmer (§ 4 Abs. 5 Nr. 6b EStG, vgl. BVerfGE 101, 297 <311>) gegeben ist. Mit der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. oben C. I. 2. b) cc)) ist daran festzuhalten, dass das Ziel der Einnahmenvermehrung für sich genommen keinen hinreichenden sachlichen Grund für die Beschränkung des Abzugs betrieblich bzw. beruflich veranlasseter Aufwendungen von der einkommensteuerlichen Bemessungsgrundlage darstellt. Dem Ziel der Einnahmenvermehrung dient jede, auch eine willkürliche steuerliche Mehrbelastung. Für die

verfassungsgerechte Verteilung von Mehrbelastungen der Steuerpflichtigen nach dem Maßstab finanzieller Leistungsfähigkeit enthält der Einnahmenerzielungszweck kein Richtmaß.

3. Auch Förderungs- oder Lenkungszwecke kommen als Grundlage sachlicher Rechtfertigung der Neuregelung nicht in Betracht. Allerdings begrüßen namhafte Stimmen vor allem aus dem Bereich der Wirtschaftswissenschaften, insbesondere der Finanzwissenschaft und Finanzpolitik, die Abschaffung der Abzugsfähigkeit von Wegekosten, weil sie gesamtwirtschaftlich unerwünschte Fehlanreize biete (vgl. etwa, auch zum Folgenden, Donges/Eekhoff/Franz/Fuest/Möschel/Neumann <Kronberger Kreis>, in: Stiftung Marktwirtschaft <Hrsg.>, Gegen die Neubelebung der Entfernungspauschale, Argumente zu Marktwirtschaft und Politik, Nr. 102, Mai 2008; Homburg, ZfW 2008, S. 45 ff.). Nach derartigen Erwägungen wäre im Übrigen die auf die ersten 20 Entfernungskilometer beschränkte Neuregelung lediglich als ein erster Schritt in die richtige Richtung zu begrüßen und darüber hinaus letztlich auch die Besteuerung des „Pendelns“ als ökonomisch konsequent zu bewerten. Indes hat der Gesetzgeber zu keinem Zeitpunkt solche Überlegungen zur Begründung der Rechtsänderung herangezogen. Sie lassen sich weder dem Gesetzestext noch den Materialien entnehmen, die neben dem Aspekt notwendiger Haushaltskonsolidierung lediglich Erwägungen zu besonderen Härten für Fernpendler enthalten (vgl. BTDrucks 16/1545 S. 13; 16/1802 S. 3; 16/1969 S. 1; 16/2028 S. 7). Derartige Ziele gesamtwirtschaftlich effizienter Verhaltenslenkung können, unbeschadet der Frage nach ihrer möglichen Legitimationswirkung, die Neuregelung nicht rechtfertigen, denn sie werden nicht – wie verfassungsrechtlich geboten (vgl. unter C. I. 2. b) aa)) – von erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidungen getragen.

4. Die Neuregelung findet keine hinreichende sachliche Legitimation in der Qualifikation der Wegekosten als „gemischt“ – sowohl beruflich als auch privat – veranlasseter Aufwendungen und einer aus dieser Qualifikation folgenden Typisierungskompetenz des Gesetzgebers.

a) Der Gesetzgeber ist – verfassungsrechtlich unbedenklich – im Anschluss an die Entscheidung des Senats zur doppelten Haushaltsführung (BVerfGE 107, 27 <50>) davon ausgegangen, dass angesichts der regelmäßig „privaten“ Wahl des Wohnorts die Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte nicht ausschließlich beruflich, sondern auch privat mitveranlasst sind. Diese Auffassung wird zwar in der steuerrechtlichen Literatur, der sich der Bundesfinanzhof angeschlossen hat (vgl. mit zahlreichen Nachweisen BFH, Vorlagebeschluss vom 10. Januar 2008 – VI R 17/07 unter B. VI. 1. c) bb)), vielfach bestritten. Dort wird aber nicht hinreichend unterschieden zwischen der tatbestandlichen Qualifikation von Aufwendungen nach Maßgabe der einfachgesetzlichen Grundregeln gemäß § 4 Abs. 4, § 9 Abs. 1 und § 12 Nr. 1 EStG einerseits und der verfassungsrechtlich zulässigen gesetzgeberischen Bewertung und Gewichtung multikausaler und multifunktionaler Wirkungszusammenhänge, die für die unterschiedlichen Lebenssachverhalte im Schnittbereich zwischen beruflicher und privater Sphäre kennzeichnend sind, andererseits.

Zwar spricht viel dafür, die hier fraglichen Wegekosten tatbestandlich nicht gemäß § 12 Nr. 1 Satz 2 EStG als „Aufwendungen für die Lebensführung, die die wirtschaftliche oder gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen mit sich bringt, auch wenn sie zur Förderung des Berufs oder der Tätigkeit des Steuerpflichtigen erfolgen“, zu bewerten. Die Überwindung einer Distanz zwischen Wohnort und Arbeitsstätte ist regelmäßig notwendige Bedingung beruflicher Betätigung. Da das Wohnen in Fußwegnähe zum „Werkstor“ für die große Mehrheit der Steuerpflichtigen schon aus (bauplanungs-)rechtlichen (Grundsatz der Trennung unterschiedlicher Nutzungsarten von Grundstücken im Bauplanungsrecht) und faktischen (fehlendes Angebot entsprechenden Wohnraums) Gründen nicht möglich ist, entstehen für viele Steuerpflichtige Wegekosten als notwendige Voraussetzung ihrer Erwerbstätigkeit.

Gleichwohl wird aber die Höhe der Wegekosten in erheblichem Maße auch durch individuelle Entscheidungen der Steuerpflichtigen beeinflusst, wozu die Wahl des Verkehrsmittels ebenso gehört wie die Wahl des Wohnorts. Entscheidungen über Auswahl und Beibehaltung oder Wechsel des Wohnorts mögen vielfach unterschiedlichen – insbesondere ökonomischen oder familiären – Zwängen unterliegen. Ihre berufliche (Mit-)Veranlassung tritt jedoch umso stärker zurück, je größer der Stellenwert ist, der den gegen eine möglichst große Arbeitsplatznähe sprechenden Gesichtspunkten beigemessen wird und je länger demzufolge der Arbeitsweg ist.

b) Auf der Grundlage einer verfassungsrechtlich auch mit Blick auf das einkommensteuerrechtliche Nettoprinzip unbedenklichen Bewertung der Wegekosten als nicht nur beruflich, sondern auch privat (mit-)veranlasst eröffnen sich dem Gesetzgeber bei deren einkommensteuerrechtlicher Behandlung erhebliche Typisierungsspielräume. Sowohl die Wahl des Verkehrsmittels kann – je nach vorhandener Infrastruktur – weitgehend beliebig oder praktisch zwingend sein, als auch – etwa je nach Einkommensverhältnissen, Wohnkosten, familiären Verpflichtungen oder notwendiger Abstimmung mit berufstätigen Partnern oder (weiteren) Familienmitgliedern – die Auswahl oder Beibehaltung des Wohnsitzes. Der Gesetzgeber ist hier – unter Beachtung sonstiger grundrechtlicher Bindungen, wie sie sich etwa aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG ergeben – berechtigt, im Interesse eines praktikablen Gesetzesvollzugs mit generalisierenden, typisierenden und pauschalierenden Regelungen die „typische“ private Mitveranlassung von Wegekosten bei der Bestimmung abzugsfähigen Aufwands zu berücksichtigen und solche Regelungen unter verkehrs-, siedlungs- und umweltpolitischen Aspekten auszugestalten.

Die Regelung des § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG genügt indes den verfassungsrechtlichen Anforderungen an typisierende Regelungen (oben C. I. 2. b) bb)) nicht. Sie ist weder nach der gesetzgeberischen Zielsetzung noch nach dem objektiven Regelungsgehalt das Ergebnis eines Typisierungsvorgangs. Der Gesetzgeber hat nicht von seiner Typisierungsbefugnis Gebrauch gemacht, sondern sich von Erwägungen leiten lassen, die mit einer zulässigen Typisierung in keinem erkennbaren Zusammenhang stehen.

Eine Typisierung, die die gemischte Veranlassung der Wegekosten zum Ausgangspunkt nähme, müsste daran ansetzen, die Vielzahl der Einzelfälle hinsichtlich der Unterscheidung zwischen privater und beruflicher Veranlassung in einem Gesamtbild zu erfassen. Sie hätte die Faktoren, die die Wahl des Verkehrsmittels und des Wohnsitzes bestimmen, in den Blick zu nehmen und auf dieser Grundlage die nach der gesetzgeberischen Einschätzung erfahrungsgemäß in der Realität „typischerweise“ vorkommenden Fälle zu regeln und zu verallgemeinern. Die Vorschrift des § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG, nach der die Kosten für die ersten 20 Entfernungskilometer keine abzugsfähigen Werbungskosten sind, orientiert sich demgegenüber nicht an einem empirisch begründeten Regelfall und versucht nicht, die Veranlassungsbeiträge zur Höhe der Wegekosten in der Höhe der abzugsfähigen Beträge pauschalierend zu erfassen. Die Regelung steht in keiner Beziehung zu dem typisierend zu regelnden Sachverhalt der gemischten Veranlassung der Aufwendungshöhe. Die für die Abzugsfähigkeit der Wegekosten nach der Neuregelung entscheidende Mindestdistanz zwischen Wohnung und Arbeitsplatz ist für eine typisierende Bewertung und Gewichtung beruflicher wie privater Veranlassungsmomente offenkundig ungeeignet. Als Indiz für überwiegend beruflich veranlassten Aufwand ließe sich allenfalls die geringere im Vergleich zur größeren Entfernung verwenden nach der Faustformel: Je geringer die Entfernung zum Arbeitsplatz, um so eher ist ein angemessener Kostenaufwand zur Überwindung der Entfernung als unausweichlicher beruflich bedingter Aufwand zu werten.

Die Belastung durch Wegekosten für Entfernungen unter 21 km kann auch nicht unter Hinweis auf den Arbeitnehmer-Pauschbetrag (§ 9a Satz 1 Nr. 1. a) EStG) „hinwegtypisiert“ wer-

den (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Februar 2008 – 2 BvL 1/06 –, NJW 2008, S. 1868 <1875>). Typisierungsüberlegungen zu einer betragsmäßigen Anpassung des Pauschbetrages und zur Behandlung der Fälle, in denen nach der bisherigen Rechtslage der Fahrtkostenansatz allein bereits die Höhe des Pauschbetrages überstieg – letzteres konnte sich bei der Zurücklegung einer Entfernung zwischen 14 und 20 km an 220 Arbeitstagen im Jahr typischerweise ergeben – sind nicht zu erkennen. Die bei einer Entfernung von 20 km angesetzte Zäsur erklärt sich vielmehr offenbar allein aus dem Bestreben, ein hinreichendes Volumen an zusätzlichen Einnahmen zu erreichen. Nach den im Gesetzgebungsverfahren zugrunde gelegten Zahlen haben nur rund 17% der Pendler eine Wegstrecke von mehr als 26 km zurückzulegen (BTDrucks 16/1545, S. 13), so dass auch der Anteil der steuerpflichtigen Arbeitnehmer, deren Wohnort weiter als 20 km von der Arbeitsstätte entfernt liegt und die deshalb in den Genuss der Abzugsfähigkeit des überschießenden Teils ihrer Aufwendungen kommen sollten, entsprechend abschätzbar war.

5. Von den Anforderungen an hinreichende Folgerichtigkeit der Ausgestaltung einer am Maßstab finanzieller Leistungsfähigkeit ausgerichteten Besteuerung des Einkommens nach dem objektiven Nettoprinzip ist der Gesetzgeber auch nicht deshalb befreit, weil es nach den Bekundungen im Gesetzgebungsverfahren bei der Neuregelung des § 9 Abs. 2 Satz 1 EStG um einen grundlegenden Systemwechsel oder zumindest um eine neue, dem objektiven Nettoprinzip nicht nachgeordnete, sondern gleichrangig gegenüberstehende oder dieses Prinzip konkretisierende Zuordnungsentscheidung für Wegeaufwendungen gehe. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung kann es weiterhin (vgl. unter C. I. 3. a)) offen bleiben, ob und wieweit dem einkommensteuerrechtlichen Prinzip der Besteuerung nur des Nettoeinkommens in Gestalt eines Gewinns oder Überschusses als Konkretisierung des Grundsatzes steuergerechter Belastung nach finanzieller Leistungsfähigkeit Verfassungsrang zu zumessen ist.

Die dem Steuergesetzgeber zustehende Gestaltungsfreiheit umfasst von Verfassungen wegen die Befugnis, neue Regeln einzuführen, ohne durch Grundsätze der Folgerichtigkeit an frühere Grundentscheidungen gebunden zu sein. Dies setzt allerdings voraus, dass wirklich ein neues Regelwerk geschaffen wird; anderenfalls ließe sich jedwede Ausnahmeregelung als (Anfang einer) Neukonzeption deklarieren. Die umfassende Gestaltungsfreiheit bei Entscheidungen für neue Regeln kann vom Gesetzgeber dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn solche neuen Regeln nach Ziel und Wirkung die Orientierung an alternativen Prinzipien nicht erkennen lassen. Einen zulässigen Systemwechsel kann es ohne ein Mindestmaß an neuer Systemorientierung nicht geben. Insbesondere dann, wenn bei im Übrigen unveränderten Grundentscheidungen eine von diesen abweichende Belastungsentscheidung lediglich in einem schmalen Teilbereich mit der Behauptung eines Systemwechsels begründet wird, bedarf es greifbarer Anhaltspunkte – etwa die Einbettung in ein nach und nach zu verwirklichendes Grundkonzept –, die die resultierende Ungleichbehandlung vor Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigen können. Hieran fehlt es den neuen Bestimmungen zur einkommensteuerrechtlichen Berücksichtigung von Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte. Der generelle Ausschluss dieser Wegeaufwendungen aus dem Tatbestand der Werbungskosten und die gleichzeitige Anordnung, die Kosten für Wege ab 21 Entfernungskilometern „wie“ Werbungskosten zu behandeln und für diese eine aufwandsunabhängige Entfernungspauschale anzusetzen, ist durch eine in sich widersprüchliche Verbindung und Verschränkung unterschiedlicher Regelungsgehalte und Regelungsziele gekennzeichnet und beruht nicht auf einer übergreifenden Konzeption.

Die Regelung des § 9 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 EStG weist bereits für sich betrachtet nicht jenes Mindestmaß an konzeptioneller Neuorientierung auf, das für einen Systemwechsel oder für eine grundlegend neue Zuordnungsentschei-

derung zu fordern ist. Dass die Wegekosten terminologisch „wie“ Werbungskosten behandelt werden, ändert nichts an der materiellrechtlichen Belastungsentscheidung, nach der für Fahrten ab 21 km Entfernung wie nach der bisherigen Rechtslage mögliche Werbungskosten in Gestalt einer Entfernungspauschale abzugsfähig sind. Allein unter dem Aspekt einer Härtefallregelung lässt sich diese Differenzierung zwischen der Nichtabzugsfähigkeit der Aufwendungen für kürzere und der Abzugsfähigkeit für längere Entfernungstrecken entgegen der Begründung zum Gesetzesentwurf (BTDrucks 16/1545, S. 13) nicht rechtfertigen. Es fehlt an plausiblen Härtekriterien bei den tatbestandlichen Voraussetzungen der Abzugsfähigkeit: Die Pauschale pro Entfernungskilometer mindert die Bemessungsgrundlage unabhängig von tatsächlichem Fahraufwand dem Grunde und der Höhe nach. Auch wenn durch günstige oder kostenfreie Mitfahrgelegenheiten geringe oder überhaupt keine Kosten entstehen, kommt den Steuerpflichtigen die Pauschale zugute. Ebenso begünstigt die Pauschale gleichermaßen Bezieher geringerer und höherer Einkommen, obwohl die Qualifikation einer Steuerbelastung als „Härte“ auch von der Einkommenshöhe abhängen muss. Korrespondierend trifft die fehlende Abzugsfähigkeit der Kosten für Entfernungen bis zu 20 km ebenfalls die Steuerpflichtigen ohne Rücksicht auf tatsächliche Aufwendungen dem Grunde und der Höhe nach und ebenfalls unabhängig von der Höhe des Einkommens. Deshalb kann es bei den Beziehern niedriger Einkommen im Hinblick auf den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz des Existenzminimums zu problematischen Härtefällen kommen, und zwar insbesondere dann, wenn erst der Wegfall der Abzugsfähigkeit der Wegekosten zur Steuerbelastung führt, was nach der Schätzung des Bundesministeriums der Finanzen bei rund 90 000 Einkommensbeziehern der Fall ist.

Die Aufwandsunabhängigkeit der abzugsfähigen Pauschale für Wegstrecken ab 21 km wirkt, ebenso wie schon die unbeschränkt anwendbare Pauschale nach der bis zum Jahr 2006 geltenden Rechtslage, bei allen Steuerpflichtigen mit geringerem oder ganz fehlendem Kostenaufwand als Subvention und soll insoweit als Anreiz zur Benutzung sparsamer und umweltschonender (insbesondere auch öffentlicher) Verkehrsmittel verkehrs- und umweltpolitische Ziele fördern. Die Beschränkung des Einsatzes der Pauschale auf die so genannten Härtefälle steht jedoch in Widerspruch zu diesen verkehrs- und umweltpolitischen Zielsetzungen, denn nun wird gerade die Wahl und Aufrechterhaltung längerer Wegstrecken zur Arbeit und damit die Inkaufnahme regelmäßig energieintensiverer Transporte – gegebenenfalls subventiv – belohnt, während Wahl und Aufrechterhaltung kürzerer Wegstrecken und damit verkehrs- und umweltpolitisch regelmäßig vorzugswürdige Verhaltensweisen lediglich benachteiligt werden.

Hiernach weist die Neuregelung zur einkommensteuerrechtlichen Berücksichtigung des Aufwands für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsplatz bereits in sich ein solches Maß an mangelnder Konsequenz und Konsistenz der Regelungsziele und -wirkungen auf, dass von einem Prinzipien- oder Systemwechsel mit einem erforderlichen Mindestmaß von Ansätzen neuer Prinzipien- oder Systemorientierung nicht gesprochen werden kann. Es handelt sich um eine verfassungsrechtlich nicht hinreichend sachlich begründete, allein fiskalisch motivierte und gestaltete, quantitativ abgegrenzte Herausnahme nur eines Teils einer bestimmten Aufwendungsart aus dem System differenzierender einkommensteuerlicher Belastung des Einkommens nach Grundregeln des objektiven und des subjektiven Nettoprinzips. Wieweit darüber hinausgehend die im Ergebnis mangelnde Übereinstimmung der Neuregelung mit den zahlreichen am Veranlassungsprinzip orientierten Regelungen anderer Arten von Werbungskosten und Betriebsausgaben zu den vom Bundesfinanzhof gerügten Wertungswidersprüchen führt, kann danach offen bleiben.

6. Dem Mangel an verfassungsrechtlich erforderlicher Folgerichtigkeit der Neuregelung können schließlich auch rechtsvergleichende Hinweise auf die unterschiedliche Berücksichti-

gung der Fahrtkosten für Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte in verschiedenen ausländischen Steuerrechtsordnungen nicht erfolgreich entgegengehalten werden. Für das geltende deutsche Verfassungsrecht kommt es gerade nicht auf die isolierte Frage nach möglichem oder nicht möglichem Abzug solcher Kosten von der einkommensteuerlichen Bemessungsgrundlage an, sondern darauf, ob die gesetzgeberische Antwort auf diese Fragen im Verhältnis zu den Regeln des Einkommensteuerrechts im Übrigen wesentliche Widersprüche oder ein hinreichendes Maß an Folgerichtigkeit aufweist. Hierfür entscheidungserhebliche Informationen sind einer Aufzählung ausländischer Einzelregelungen (vgl. Leisner-Egensperger, BB 2007, S. 639 <641>) nicht zu entnehmen.

III. Da § 9 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 EStG bereits wegen mangelnder Folgerichtigkeit gemäß Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig ist, kann offen bleiben, ob weitere Verstöße gegen die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes oder gegen andere Grundrechte, insbesondere gegen Art. 6 GG, vorliegen.

D. I. Der Verstoß einer Norm gegen das Grundgesetz kann entweder zur Nichtigkeitsklärung (§ 82 Abs. 1 i. V. m. § 78 Satz 1, § 95 Abs. 3 BVerfGG) oder dazu führen, dass das Bundesverfassungsgericht die mit der Verfassungswidrigkeit gegebene Unvereinbarkeit der Norm mit dem Grundgesetz feststellt (vgl. § 31 Abs. 2, § 79 Abs. 1 BVerfGG). Eine Erklärung nur der Unvereinbarkeit ist insbesondere geboten, wenn der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den Verfassungsverstoß zu beseitigen. Das ist regelmäßig bei Verletzungen des Gleichheitssatzes der Fall (stRspr; vgl. BVerfGE 99, 280 <298>; 105, 73 <133>; 117, 1 <69>).

Danach ist § 9 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 EStG lediglich für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 GG zu erklären. Dem Gesetzgeber stehen unterschiedlich differenzierende und typisierende Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung, um den verfassungswidrigen Zustand durch Normen zu beseitigen, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen an folgerichtige Belastungsentscheidungen entsprechen und ein praktikables Besteuerungsverfahren ermöglichen. Auch für die Vergangenheit ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärten Norm kann die Möglichkeit differenzierender Lösungen nicht ausgeschlossen werden.

II. Stellt das Bundesverfassungsgericht die Unvereinbarkeit einer Norm mit Art. 3 Abs. 1 GG fest, folgt daraus grundsätzlich die Verpflichtung des Gesetzgebers, rückwirkend, bezogen auf den in der gerichtlichen Feststellung genannten Zeitpunkt, die Rechtslage verfassungsgemäß umzugestalten. Gerichte und Verwaltungsbehörden dürfen die Norm im Umfang der festgestellten Unvereinbarkeit nicht mehr anwenden, laufende Verfahren sind auszusetzen (stRspr; vgl. BVerfGE 73, 40 <101>; 105, 73 <134>).

1. Danach ist auch hinsichtlich des § 9 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 EStG der verfassungswidrige Zustand rückwirkend ab dem 1. Januar 2007, dem Beginn des Anwendungszeitraums des Steueränderungsgesetzes 2007, zu beseitigen. Eine mögliche Ausnahme von dieser Regelfolge der Unvereinbarkeit, wie sie bei haushaltswirtschaftlich bedeutsamen Normen vom Bundesverfassungsgericht wiederholt bejaht worden ist (vgl. BVerfGE 93, 121 <148>; 105, 73 <134>; 117, 1 <70>), scheidet vorliegend aus. Es handelt sich um einen vergleichsweise kurzen Anwendungszeitraum der Neuregelung, deren Verfassungsmäßigkeit stets umstritten war und für den auch die Finanzverwaltung bereits auf Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit mit vorläufigen Regelungen reagiert hatte (vgl. u. a. BMF-Schreiben vom 4. Oktober 2007, BStBl I S. 722, zur Stattgabe bei Anträgen auf Aussetzung der Vollziehung; BMF-Schreiben vom 8. Oktober 2007, BStBl I S. 723, u. a. zur vorläufigen Steuerfestsetzung; BMF-Schreiben vom 18. Januar 2008, BStBl I S. 278, zur vorläufigen Steuerfestsetzung).

2. Für den Zeitraum bis zu einer gesetzlichen Neuregelung bedarf es für die kontinuierliche Bewältigung des steuerlichen Massenverfahrens zur Wahrung der Funktionsfähigkeit der Finanzverwaltung einer vorläufigen, klaren und einheitlichen Übergangsregelung (vgl. BVerfGE 73, 40 <101 f.> m. w. N.) für Entscheidungen über die Berücksichtigung der Aufwendungen für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte und für Familienheimfahrten. Das Gebot, die für unvereinbar erklärten Vorschriften des § 9 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 EStG ab dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht anzuwenden und laufende Verfahren auszusetzen, würde anderenfalls zu unvermeidbaren, die Steuerpflichtigen unzumutbar belastenden Verzögerungen insbesondere auch der Durchführung des Lohnsteuerverfahrens führen. Mit Blick auf die Anforderungen an einen praktikablen und zumutbaren Verwaltungsvollzug scheidet eine Anwendung der Generalnorm des § 9 Abs. 1 EStG, die individualisierende Nachweise und Feststellungen tatsächlicher Wegeaufwendungen erfordern würde, von vornherein aus. Vielmehr kommt auch für eine vorläufige Übergangsregelung nur eine pauschalierende Lösung in Betracht, wie sie als Modell in verschiedenen Varianten seit Jahrzehnten Bestandteil des Einkommensteuerrechts war. Die den bisherigen gesetzgeberischen Wertungen nächstliegende Pauschalierung des Wegeaufwands beträgt 0,30 Euro je Entfernungskilometer. Deshalb ist bis zum Erlass einer endgültigen – rückwirkenden – gesetzlichen Übergangs- und Neuregelung § 9 Abs. 2 Satz 2 EStG im Wege vorläufiger Steuerfestsetzung (§ 165 AO) sowie entsprechend im Lohnsteuerverfahren, hinsichtlich der Einkommensteuervorauszahlungen und in sonstigen Verfahren, in denen das zu versteuernde Einkommen zu bestimmen ist, mit der Maßgabe anzuwenden, dass die tatbestandliche Beschränkung auf „erhöhte“ Aufwendungen „ab dem 21. Entfernungskilometer“ entfällt.

E. Die Entscheidung ist mit 6:2 Stimmen ergangen.

Hinw. d. Red.: S. dazu die Pressemeldungen u. a. von BT-Fraktionen im Magazin-Teil dieses Heftes GuT 2008, 513 f.; zur Pendlerpauschale bei der Lohnabrechnung DStV in GuT 2008, 481 sowie BMF-Schreiben vom 30. 12. 2008 in GuT 2008, 509; weiter das Schreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger vom 12. 12. 2008 in GuT 2008, 482.

§ 675 BGB; § 23 EStG; § 363 AO; Art. 3 GG
Steuerberatung; Erörterung der Möglichkeit eines
Einspruchs wegen möglicherweise verfassungswidriger
Steuerrechtsnorm; Erhebungsgleichheit

a) Der Steuerberater, der mit der Prüfung eines Steuerbescheides beauftragt ist, muss mit seinem Mandanten die Möglichkeit eines Einspruchs wegen möglicher Verfassungswidrigkeit des anzuwendenden Steuergesetzes nicht erörtern, so lange keine entsprechende Vorlage eines Finanzgerichts an das Bundesverfassungsgericht veröffentlicht ist oder sich ein gleich starker Hinweis auf die Verfassungswidrigkeit der Besteuerung aus anderen Umständen, insbesondere einer in ähnlichem Zusammenhang ergangenen, im Bundessteuerblatt veröffentlichten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergibt.

b) Der Steuerberater ist im Einzelfall noch nicht verpflichtet, die Möglichkeit eines Einspruchs wegen Verletzung der Erhebungsgleichheit mit seinem Mandanten zu erörtern, wenn weder der Gesetzgeber die vorliegenden Hinweise auf die gleichheitswidrige Besteuerung erkennbar zum Anlass genommen hat, dem Mangel abzuweichen, noch die Fachkreise hierauf in breit geführter Diskussion reagiert haben.

(BGH, Urteil vom 6. 11. 2008 – IX ZR 140/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Der von dem Beklagten steuerlich beratene vormalige Kläger, der von der Klägerin beerbt wurde (nachfolgend nur Kläger), erklärte in seiner im Jahr 1999 einge-

reichten Einkommensteuererklärung für das Veranlagungsjahr 1998 Einkünfte aus Wertpapierveräußerungsgeschäften in Höhe von 4 087 985 DM. Das Finanzamt setzte mit Bescheid vom 7. Januar 2000 unter voller Berücksichtigung der Einkünfte aus den Veräußerungsgeschäften Einkommensteuer in Höhe von 2 560 516 DM unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 Abs. 1 AO) fest. Mit Bescheid vom 26. Juni 2000 hob das Finanzamt den Vorbehalt der Nachprüfung auf. Die Einkommensteuer setzte es auf 2 560 632 DM fest. Dieser Bescheid wurde nicht angegriffen. Nach einer Betriebsprüfung im Jahr 2002 setzte das Finanzamt die Einkommensteuer mit Bescheid vom 4. April 2002 erhöht fest. Gegen diesen Bescheid legte eine der Sozietät des Beklagten angehörende Steuerberaterin auf Weisung des Klägers unter Bezugnahme auf ein anhängiges Verfahren vor dem Bundesfinanzhof, von dem dieser aus der Tagespresse erfahren hatte, Einspruch ein. Jenes andere Verfahren führte nach Vorlage an das Bundesverfassungsgericht (Art. 100 Abs. 1 GG) für die Veranlagungsjahre 1997 und 1998 zur Feststellung der Nichtigkeit der Besteuerung von Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften von Wertpapieren (BVerfG, Urt. v. 9. März 2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 ff). Der Einspruch des Klägers hatte nur im Umfang der erhöhten Festsetzung Erfolg.

2 Der Kläger nimmt den Beklagten auf Schadensersatz in Höhe des auf die Besteuerung der Gewinne aus Wertpapiergeschäften entfallenden im Juni 2000 bestandskräftig festgesetzten Steuerbetrages, des hierauf entfallenden Solidaritätszuschlags und der Zinsen auf den Erstattungsbetrag, insgesamt 1 421 611,43 € zuzüglich Zinsen, in Anspruch. Das Landgericht Hamburg hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte überwiegend Erfolg. Mit seiner vom Berufungsgericht [OLG Hamburg] zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter.

3 **Aus den Gründen:** Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

4 I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in DStRE 2007, 1593 ff veröffentlicht ist, hat ausgeführt, dem Beklagten falle eine Pflichtverletzung zur Last. Ihn hätten über den Normalfall hinausgehende Beratungspflichten getroffen, weil es sich um eine Angelegenheit von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung gehandelt habe. Der Beklagte hätte die Parallelität zwischen dem Zinsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 1991 (BVerfGE 84, 239) und dem Steuerfall des Klägers erkennen müssen, weil dessen Gewinne aus Wertpapiergeschäften resultierten, die – ebenso wie Zinseinkünfte – über Banken und Bankendepots und damit im Schutz- und Regelungsbereich des § 30a AO in der seit dem 3. August 1988 geltenden Fassung abgewickelt worden seien. Die Parallelität sei derart signifikant, dass sie sich jedem fachkundigen Steuerberater ab der Veröffentlichung dieses Urteils bis zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Spekulationssteuer bei Wertpapieren vom 9. März 2004 aufgedrängt hätte. Die Beanstandungen des Bundesverfassungsgerichts in dem Zinsurteil betrafen nicht die materielle Besteuerungsgrundlage, sondern die Regelungen des Erhebungsverfahrens. Gerügt worden sei die Unzulässigkeit einer mangels wirksamer Kontrollmöglichkeiten faktisch allein vom Willen des Steuerpflichtigen abhängigen Besteuerung. Das strukturelle Erhebungsdefizit habe das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber zugerechnet und hierbei deutlich gemacht, dass nach Ablauf einer Übergangszeit ohne ausreichende gesetzgeberische Nachbesserung künftig auch die materielle Steuernorm selbst verfassungswidrig werde.

5 Der Beklagte hätte auch die in der einschlägigen steuerrechtlichen Literatur geäußerten Bedenken gegen eine verfassungskonforme Steuererhebung hinsichtlich der dem Regelungsbereich des § 30a AO unterfallenden Spekulationsgewinne sowie gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift zur Kenntnis nehmen und den Kläger über diese unterrichten müssen, um ihm die eigenverantwortliche Entscheidung über die Einlegung von Rechtsbehelfen gegen die Festsetzung zu er-

möglichen. Im Jahre 2000 hätte der Beklagte schließlich auf das in der Entscheidungssammlung der Finanzgerichte (EFG) vom 25. Februar 2000 veröffentlichte Urteil des Schleswig-Holsteinischen Finanzgerichts vom 23. September 1999 und auf die Mitteilung über die Einlegung der Revision gegen dieses Urteil in der Anlage zum Bundessteuerblatt (Liste der beim Bundesfinanzhof anhängigen Revisionsverfahren) vom 10. April 2000 aufmerksam werden müssen. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger bei zutreffender Unterrichtung über die Problematik des § 30a AO den Steuerbescheid nicht hätte bestandskräftig werden lassen. Das Kostenrisiko eines Einspruchs sei mit ca. 350 € gering gewesen. Auch die Gefahr, dass im Falle eines Einspruchs vom Finanzamt bisher übersehene Einnahmen der Ehefrau berücksichtigt worden wären, sei zu vernachlässigen gewesen. Schließlich habe der Kläger tatsächlich Einspruch einlegen lassen, nachdem er Kenntnis von dem anhängigen Revisionsverfahren erlangt habe. Der Schadensersatzanspruch sei nicht verjährt.

6 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

7 Der Beklagte war nicht verpflichtet, den Kläger bei Prüfung der Steuerbescheide im Jahre 2000 auf eine etwaige Verfassungswidrigkeit des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b EStG in der vom 29. April 1997 bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung (fortan: § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F.) wegen Verletzung der Erhebungsgleichheit hinzuweisen.

8 1. Unter welchen Voraussetzungen der Steuerberater seinen Mandanten auf die mögliche Verfassungswidrigkeit einer materiellen Steuernorm hinzuweisen hat, ist vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden worden. Ähnlich wie der anwaltliche oder steuerliche Berater von dem Fortbestand einer höchstrichterlichen Rechtsprechung ausgehen kann, darf der Steuerberater im Grundsatz auf die Verfassungsmäßigkeit der auf den Steuerfall anzuwendenden Gesetze vertrauen.

9 a) Wegen der richtungweisenden Bedeutung, die höchstrichterlichen Entscheidungen für die Rechtswirklichkeit zukommt, hat sich der Berater bei der Wahrnehmung seines Mandats grundsätzlich an dieser Rechtsprechung auszurichten (BGHZ 145, 256, 263; BGH, Urt. v. 30. September 1993 – IX ZR 211/92, WPM 1993, 2129, 2130; v. 21. September 2000 – IX ZR 127/99, WPM 2000, 2431, 2435; Zugehör in Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl. Rn. 545 f). Maßgeblich ist die jeweils aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung im Zeitpunkt seiner Inanspruchnahme. Hierbei darf der Berater in der Regel auf deren Fortbestand vertrauen, weil von einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen abgewichen zu werden pflegt (BGHZ 85, 64, 66; 87, 150, 155 f; BGH, Urt. v. 30. September 1993 – IX ZR 211/92, aaO; Zugehör, aaO Rn. 549; Fahrendorf in Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl. Rn. 488). Entgegenstehende Judikatur von Instanzgerichten und vereinzelte Stimmen im Schrifttum verpflichten den Rechtsanwalt regelmäßig nicht, bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben die abweichende Meinung zu berücksichtigen (BGH, Urt. v. 30. September 1993 – IX ZR 211/92, aaO; Zugehör, aaO Rn. 552). Eine Änderung der Rechtsprechung hat er allerdings in Betracht zu ziehen, wenn ein oberstes Gericht darauf hinweist oder neue Entwicklungen in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft Auswirkungen auf eine ältere Rechtsprechung haben können und es zu einer bestimmten Frage an neueren höchstrichterlichen Entscheidungen fehlt (BGH, Urt. v. 30. September 1993 – IX ZR 211/92, aaO S. 2131). Eine Verpflichtung des Beraters, die Rechtsprechung der Instanzgerichte und das Schrifttum einschließlich der Aufsatzliteratur heranzuziehen, kann ausnahmsweise auch dann bestehen, wenn ein Rechtsgebiet aufgrund eindeutiger Umstände in der Entwicklung begriffen und (neue) höchstrichterliche Rechtsprechung zu erwarten ist (BGH, Urt. v. 21. September 2000 – IX ZR 127/99, aaO S. 2435). Hat ein Rechtsanwalt eine Angelegenheit aus einem solchen Bereich zu bearbeiten, muss er auch Spezialzeit-

schriften in angemessener Zeit durchsehen, wobei ihm ein „realistischer Toleranzrahmen“ zuzubilligen ist (BGH, Urt. v. 21. September 2000 – IX ZR 127/99, aaO).

10 Entscheidend sind die besonderen Umstände des Einzelfalls. Grundsätzlich wird darauf abzustellen sein, mit welchem Grad an Deutlichkeit (Evidenz) eine neue Rechtsentwicklung in eine bestimmte Richtung weist und eine neue Antwort auf eine bisher anders entschiedene Frage nahe legt. Ferner kann ins Gewicht fallen, mit welchem Aufwand – auch an Kosten – der neuen Rechtsentwicklung im Interesse des Mandanten Rechnung getragen werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 30. September 1993 – IX ZR 211/92, aaO S. 2131).

11 b) An die Sorgfaltspflichten des Steuerberaters bei der Prüfung eines Steuerbescheides auf die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Besteuerungsgrundlage sind entsprechende Maßstäbe anzulegen.

12 aa) Danach darf ein Steuerberater grundsätzlich auf die Verfassungsmäßigkeit des von der Steuerverwaltung angewendeten Steuergesetzes vertrauen. Die Verwaltung hat Gesetze trotz bestehender Zweifel an deren Verfassungsmäßigkeit anzuwenden. Gleiches gilt für die mit dem Steuerfall befassten Gerichte. Erst wenn ein Gericht von der Verfassungswidrigkeit einer entscheidungserheblichen Norm überzeugt ist, hat es das Verfahren auszusetzen und nach Art. 100 Abs. 1 GG eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen; bloße verfassungsrechtliche Zweifel berechtigen noch nicht zur Vorlage an das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 78, 104, 117; 86, 52, 57 f; Jarass in Jarass/Pieroth, GG 9. Aufl. Art. 100 Rn. 10). Daher wird eine Steuernorm bei bloßen verfassungsrechtlichen Bedenken von der Finanzverwaltung und den Finanzgerichten angewendet werden. Der Mandant kann unter dieser Voraussetzung seine verfassungsrechtlichen Bedenken erst nach Erschöpfung des Rechtsweges im Wege einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG) durchsetzen.

13 bb) Aus der Grundpflicht des Steuerberaters, den Mandanten im Rahmen seines Mandats umfassend und möglichst erschöpfend steuerlich zu beraten, kann sich ausnahmsweise die Pflicht ergeben, auch auf eine mögliche Verfassungswidrigkeit eines bislang als verfassungsmäßig behandelten Steuergesetzes hinzuweisen.

14 (1) Ein Ausnahmefall kann etwa gegeben sein, wenn das Bundesverfassungsgericht in einer Senatsentscheidung in ähnlichem Zusammenhang eine Verfassungsfrage behandelt und dabei eine aussagekräftige Vorentscheidung auch für die verfassungsrechtliche Beurteilung des anhängigen Besteuerungsfalls getroffen hat. Drängt sich ein Zusammenhang auf, hat der Steuerberater den Mandanten hierauf hinzuweisen, um ihm die eigenverantwortliche Entscheidung zu ermöglichen, ob er – gestützt auf die Parallelscheidung des Bundesverfassungsgerichts – den Weg durch die Instanzen einschlagen will. Auf die Einschätzung der Erfolgsaussichten einer Anfechtung des Steuerbescheides durch den Berater kommt es nicht an (vgl. BGH, Urt. v. 11. Mai 1999 – IX ZR 298/97, WPM 1999, 1342, 1344).

15 (2) Eine Hinweispflicht auf etwaige verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Besteuerungsgrundlage kann auch dann bestehen, wenn ein Gericht einen Vorlagebeschluss an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG gefasst und der Berater hiervon Kenntnis erlangt hat. In diesen Fällen ist es zwar nicht stets naheliegend, dass das Bundesverfassungsgericht die zugrunde liegende Norm für verfassungswidrig erklären wird. Das Verfahren der konkreten Normenkontrolle hat erfahrungsgemäß nur eine geringe Erfolgsquote (vgl. Zuck in Lechner/Zuck, BVerfGG 5. Aufl. vor § 80 Rn. 10; HK-BVerfGG/Dollinger 2. Aufl. § 81a Rn. 2). Eine Hinweispflicht ist aber gleichwohl anzunehmen, weil in diesen Fällen einer möglichen neuen Rechtsentwicklung mit geringem Aufwand – auch an Kosten – Rechnung getragen werden kann (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 30. September 1993 – IX ZR 211/92, aaO S. 2131). Nach § 363 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 AO ruht das Einspruchsverfahren

bis zur Entscheidung des Musterverfahrens, wenn wegen der Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm ein Verfahren bei dem Bundesverfassungsgericht oder einem obersten Bundesgericht anhängig ist und der Einspruch hierauf gestützt wird (vgl. Klein/Brockmeyer, AO 9. Aufl. § 363 Rn. 22). Aufgrund dieser verfahrensrechtlichen Besonderheit kann sich der Mandant ohne großen Aufwand die Möglichkeit sichern, von einer späteren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Nutzen zu ziehen, ohne dass dem die Bestandskraft des Steuerbescheides entgegensteht (vgl. § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG).

16 (3) Pflichtwidrig handelt der Steuerberater nur, wenn er das Beratungsgespräch versäumt, obwohl hierzu – für ihn erkennbar – ein konkreter Anlass bestand. Dies gilt auch in Fällen schwerwiegender wirtschaftlicher Bedeutung (s. hierzu BGH, Urt. v. 15. November 2007 – IX ZR 34/04, WPM 2008, 41, 42 Rn. 10 [= GuT 2008, 71 KL]). Ohne hinreichende Veranlassung braucht der Steuerberater weder nach verfassungsrechtlichen Argumenten gegen die anzuwendende Steuernorm noch nach einem Musterverfahren zu suchen, welches seinem Mandanten die Möglichkeiten des § 363 Abs. 2 AO eröffnet. Einzelne Stimmen in der Literatur, welche eine Steuernorm – auch unter Berufung auf neue Gesichtspunkte – für verfassungswidrig halten, begründen noch keinen Anlass für ein Rechtsgespräch mit dem Mandanten, weil solche Bedenken in den letzten Jahren vielfach erhoben worden sind und sich in den wenigsten Fällen als zutreffend herausgestellt haben (vgl. Lange DB 2008, 511, 516; Beisel DStR 1459, 1460; ähnlich bereits Messmer/Späth DStR 1967, 554, 555; vgl. auch Meixner/Hörnig DStR 2007, 411). Gleiches gilt grundsätzlich für eine einzelne instanzgerichtliche Entscheidung, welche die Verfassungsmäßigkeit eines Steuergesetzes diskutiert, letztlich aber bestätigt, mag gegen sie auch der Bundesfinanzhof mit dem Ziel angerufen worden sein, eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zu erreichen.

17 2. Nach diesen Grundsätzen fällt dem Beklagten kein Verstoß gegen steuerrechtliche Beratungspflichten zur Last. Solche trafen den Beklagten nur in dem Zeitraum von der Abgabe der Steuererklärung über den Zugang des ersten Steuerbescheides vom 7. Januar 2000 bis hin zum Eintritt der Bestandskraft des am 27. Juni 2000 zugegangenen Bescheides vom 26. Juni 2000. Mit der Bestandskraft des zweiten Bescheides, der den Vorbehalt der Nachprüfung aufhob, war die Steuerfestsetzung für die erklärten Gewinne aus der Veräußerung von Wertpapieren nicht mehr abänderbar (vgl. Klein/Rüsken, aaO § 164 Rn. 38). Eine Beratung nach diesem Zeitpunkt konnte den eingetretenen Steuerschaden selbst bei Nichtigkeit der zugrunde liegenden Steuernorm nicht mehr beseitigen. Denn nach § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG bleiben nicht mehr anfechtbare Entscheidungen, welche auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt.

18 a) Bei Abgabe der Steuererklärung und auch noch bei Zugang und Überprüfung des Bescheides vom 7. Januar 2000 musste der Beklagte nicht mit der Möglichkeit einer Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Gewinnen aus Spekulationsgeschäften nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F., die Anlass für ein Beratungsgespräch geboten hätte, rechnen. Das Berufungsgericht hat insoweit die Ausstrahlungswirkung des Zinsurteils vom 27. Juni 1991 (BVerfGE 84, 239) auf den vorliegenden Steuerfall überschätzt.

19 aa) Das auch im Bundessteuerblatt nahezu vollständig abgedruckte Urteil (BStBl. II 1991, 654 ff) hätte der Beklagte allerdings in angemessener Zeit nach der Veröffentlichung, mithin noch im Laufe des Jahres 1991, zur Kenntnis nehmen müssen. Kerngedanke dieser Entscheidung ist – ausgehend von der Feststellung, dass bei einem Vergleich zwischen den erklärten und nicht erklärten, aber steuerbaren Kapitalerträgen jedenfalls die Hälfte der Erträge nicht erfasst werden (BVerfGE 84 aaO S. 276 f) – der von dem Gesetzgeber verantwortete Erhebungsmangel, welcher verfassungsrechtliche Relevanz erhält, wenn sich das Verfahrensrecht gegenüber einem Besteuerungstatbestand strukturell gegenläufig auswirkt, so dass der Besteue-

rungsanspruch weitgehend nicht durchgesetzt werden kann. Eine Steuerbelastung, die nahezu allein auf der Erklärungsbereitschaft des Steuerpflichtigen beruht, weil die Erhebungsregelungen Kontrollen der Steuererklärungen weitgehend ausschließen, trifft nicht mehr alle und verfehlt die steuerliche Leistungsgleichheit (BVerfGE 84 aaO S. 272 f). Die dadurch bewirkte Gleichheitswidrigkeit führt nach Ablauf einer Nachbesserungsfrist zur Verfassungswidrigkeit auch der materiellen Norm.

20 bb) Eine sorgfältige Auswertung dieses Urteils hätte einen steuerlichen Berater allerdings auf den Gedanken bringen können, dass die vorgenannten Erwägungen in ähnlicher Weise auch auf die Besteuerung von Gewinnen aus Effektengeschäften zutreffen könnten. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergab sich ein solcher Zusammenhang in der ersten Jahreshälfte 2000 für den Beklagten jedoch nicht mit einer für den Vorwurf der Pflichtverletzung erforderlichen Stärke.

21 (1) Das Zinsurteil betrifft den damals rund 19 Jahre zurückliegenden Veranlagungszeitraum 1981, für den noch nicht § 30a AO, sondern der sogenannte Bankenerlass in der Fassung vom 31. August 1979 (vgl. BStBl. I 1979, 590) maßgeblich war (vgl. BVerfGE 84 aaO S. 248 f). Dieser Erlass ist zwar, worüber in dem Zinsurteil auch berichtet wird, als § 30a AO „weitgehend“ in die Abgabenordnung übernommen worden. Zu einer strukturell gegenläufigen Erhebungsregelung im Veranlagungsjahr 1998 verhält sich das Urteil jedoch nicht. Der an die verfassungsmäßige Ordnung gebundene (Art. 20 Abs. 3 GG) Gesetzgeber hat die Parallelen zwischen der Zinsbesteuerung und der Spekulationssteuer für Wertpapiere bei den nach dem Zinsurteil von ihm entfaltenen Aktivitäten nicht zum Anlass genommen, der gleichheitswidrigen Spekulationsbesteuerung abzuweichen. Er hat den ihm erteilten Auftrag, den Gleichheitsgrundsatz bei der Zinsbesteuerung innerhalb angemessener Frist, spätestens jedoch mit Wirkung vom 1. Januar 1993, durch hinreichende gesetzliche Vorkehrungen für die Zukunft zu gewährleisten, auf andere Weise als durch eine Änderung des § 30a AO erfüllt. Das Gesetz zur Neuregelung der Zinsbesteuerung vom 9. November 1992 (Zinsabschlaggesetz, BGBl. I 1853) lässt § 30a AO der damals geltenden Fassung unberührt. Dass dies nicht auf eine rechtspolitische Umsetzungsschwäche, sondern auf ein Wahrnehmungsdefizit des Gesetzgebers zurückzuführen war, zeigt dessen rasche Reaktion auf den Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs vom 16. Juli 2002 zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b EStG (BStBl. 2003 II S. 74 ff), über die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 9. März 2004 (BVerfGE 110 aaO S. 132) berichtet (Art. 1 Nr. 9 des Zweiten Gesetzes zur Änderung steuerlicher Vorschriften vom 15. Dezember 2003, BGBl. I 2645, 2646). Das Bundesverfassungsgericht selbst hält es in seiner an das Urteil vom 9. März 2004 anknüpfenden Kammerrechtsprechung für unzulässig, die in dem Zinsurteil gesetzte Übergangsfrist bis zum 1. Januar 1993 auf die Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte bei Wertpapieren nach § 23 EStG zu übertragen (vgl. BVerfG WPM 2006, 1168, 1169).

22 (2) In Rechtsprechung und Literatur wurden aus dem Zinsurteil auch nach dem Ablauf der dem Gesetzgeber gesetzten Frist zur Behebung der Mängel keine Schlüsse gezogen, die den steuerlichen Berater darauf hätten hinlenken müssen, dass mit der Einführung der Zinsabschlagsteuer die vom Bundesverfassungsgericht gerügten Erhebungsdefizite in anderen Zusammenhängen möglicherweise noch nicht beseitigt waren. Der Diskussionsstand um die Verfassungsmäßigkeit des § 30a AO war aus dem Urteil des VIII. Senats des Bundesfinanzhofs vom 18. Februar 1997 (BFHE 183, 45 ff) abzulesen. Die Diskussion wurde allein um die Verfassungsmäßigkeit der Zinsbesteuerung geführt. Rückschlüsse auf die Verfassungsmäßigkeit der Erhebung von Steuern auf Gewinne aus Veräußerungen von Wertpapieren wurden daraus in Fachkreisen nicht verbreitet abgeleitet (vgl. BVerfG WPM 2006, 1166, 1169). Hätte sich die von dem VIII. Senat des Bundesfinanzhofs vertretene ein-

schränkende Auslegung des § 30a AO (BFHE 183 aaO S. 55 ff) oder die Auffassung von der Verfassungswidrigkeit dieser Norm durchgesetzt, wären die eine Ermittlung durch die Finanzbehörden einschränkenden Wirkungen des § 30a AO entfallen. Gerade diese Wirkungen hatten aber in dem Zinsurteil zu der Feststellung eines strukturellen Erhebungsdefizits mit der Folge der Verfassungswidrigkeit der materiellen Steuernorm geführt (vgl. BVerfGE 84, 239, 278 ff). Die Diskussion deutet also auf den Weg hin, die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Steuernorm dadurch zu sichern, dass die Verfahrensnorm gleichheitswährend angewendet wurde.

23 (3) Die später von dem Bundesverfassungsgericht angenommene Parallelität zur Zinsbesteuerung ist bis zur Zustellung des Steuerbescheides vom 7. Januar 2000 auch nicht in einer anderen Weise aufgedeckt worden, die der Beklagte hätte zur Kenntnis nehmen müssen. In der veröffentlichten Rechtsprechung ist seit der Bekanntgabe des Zinsurteils die Frage einer möglichen Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Spekulationsgeschäften aus dem Gesichtspunkt eines strukturellen Vollzugsdefizits bis zu dem Urteil des Schleswig-Holsteinischen Finanzgerichts vom 23. September 1999, das noch von einer Verfassungsmäßigkeit ausgegangen ist, nicht behandelt worden (vgl. hierzu BFHE 199, 451, 458 f). In der Kommentarliteratur wurde die Thematik lediglich vereinzelt angesprochen. Zwei Kommentierungen bejahten die Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Spekulationsgewinnen unter Berufung auf das Zinsurteil (Glenk in Blümich/Glenk, EStG KStG GewStG 15. Aufl. 63. Ergänzungslieferung Juni 1999 § 23 EStG Rn. 10; Tipke in Tipke/Kruse, AO 16. Aufl. 84. Ergänzungslieferung April 1998 Rn. 30 aE, 24 aE, 25 aE). Eine weitere Kommentierung äußerte sich andeutungsweise in diese Richtung. Crezelius (in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz 56. Ergänzungslieferung Juni 1995 § 23 Rn. A 70) hat darauf hingewiesen, die dem Anwendungsbereich des § 23 EStG unterfallenden Einkünfte ließen sich relativ leicht verschleiern, wodurch diese Vorschrift regelmäßig leer laufe. Die Konsequenz einer möglichen Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes wird aber nicht ausgesprochen. Die von dem Berufungsgericht zitierte Fundstelle (Crezelius in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, aaO A 23) befasste sich in der damaligen Fassung nur mit verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf eine unterschiedliche Besteuerung gewerblicher und privater Veräußerungseinkünfte sowie allgemein mit den bestehenden fehlenden staatlichen Kontrollmöglichkeiten aller privaten Veräußerungsgeschäfte. Andere Kommentierungen erwähnten die Problematik nicht (vgl. Schmidt, EStG 18. Aufl. 1999 § 23 Rn. 2) oder haben keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gesehen (vgl. Bachem in Bordewin/Brandt, Kommentar zum EStG 153. Ergänzungslieferung April 1996 § 23 Rn. 30).

24 In der Aufsatzliteratur wurde eine mögliche Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Spekulationsgeschäften ebenfalls nicht diskutiert. In einer 1991 erschienenen Anmerkung zum Zinsurteil wird das Vollzugsdefizit bei der Versteuerung von Wertpapier-Veräußerungsgewinnen mit nur einem Satz gestreift (Felix, FR 1991, 389, 390). Diese Anmerkung ist zunächst vereinzelt geblieben, repräsentierte nicht die Wahrnehmung in den Fachkreisen (vgl. BFHE 199 aaO S. 460) und hat keine bei der steuerlichen Beratung zu beachtende Diskussion in der Literatur ausgelöst. Erst am 23. Oktober 2000 und damit nach dem für den Streitfall maßgeblichen Zeitraum ist ein Aufsatz, der die Problematik vertiefend behandelt, veröffentlicht worden (Balme FR 2000, 1069 ff).

25 b) Bis zu der Bestandskraft des Steuerbescheides vom 26. Juni 2000 war der Stand der Diskussion in der Literatur unverändert. Zwischenzeitlich war allerdings das mit der Revision angegriffene Urteil des Schleswig-Holsteinischen Finanzgerichts vom 23. September 1999 veröffentlicht (EFG 2000, 178 ff erschienen am 25. Februar 2000) und in die am 10. April 2000 erschienene Liste der beim Bundesfinanzhof anhängigen Verfahren aufgenommen worden (Beilage Nr. 1/2000 zu BStBl. II S. 93). Diese Veröffentlichungen mussten dem Beklagten aber

nicht bekannt sein, weil eine entsprechende Recherchetätigkeit von ihm im Juni 2000 aufgrund der bisher vorliegenden, vorstehend unter a) erörterten Hinweise nicht verlangt werden konnte. Deshalb brauchte er auch die Anhängigkeitsliste nicht durchzusehen. Diese hat den Charakter eines Nachschlagewerkes (Umfang der Beilage 1/2000: 168 Seiten mit durchschnittlich ungefähr zehn Entscheidungen je Seite). Es würde die Pflichten des Steuerberaters überspannen, wenn er bei drohender Unabänderbarkeit eines Steuerbescheides eines seiner Mandanten die Anhängigkeitsdatei jeweils ohne hinreichenden Anlass darauf durchzusehen hätte, ob ein anhängiges Revisionsverfahren den aktuellen Rechtsstand, welcher der Bearbeitung der Steuersache zugrunde liegt, in Frage stellen könnte.

26 III. Das angefochtene Urteil kann damit nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt erfolgt und die Sache nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat eine ersetzende Sachentscheidung zu treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus positiver Vertragsverletzung sind nicht gegeben. Das klagabweisende Urteil des Landgerichts ist wieder herzustellen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**BMF-Schreiben vom 30. Dezember 2008
(IV C 5 – S 2351/08/10005 2008/0732854)**

**BVerfG-Urteil vom 9. Dezember 2008 (2 BvL 1/07 u.a.)
zur Entfernungspauschale; Pauschalbesteuerung von
Fahrtkostenzuschüssen (§ 40 Abs. 2 Satz 2 EStG) ab 2007**

Zur Rechtslage nach dem BVerfG-Urteil vom 9. Dezember 2008 (2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08) zur Entfernungspauschale und seinen Auswirkungen auf die Pauschalbesteuerung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 EStG für Fahrtkostenzuschüsse und geldwerte Vorteile aus Sachleistungen für die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte nehme ich im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder wie folgt Stellung:

Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Dezember 2008 entfällt auch für die Pauschalbesteuerung von Fahrtkostenzuschüssen und geldwerten Vorteilen aus Sachleistungen im Zusammenhang mit den Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte die gesetzliche Einschränkung, nach der die Pauschalbesteuerung für Arbeitgeberleistungen im Zusammenhang mit den Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte für die ersten 20 km nicht zulässig war.

Für alle nach dem 31. Dezember 2006 beginnenden Lohnzahlungszeiträume kann der Arbeitgeber nun grundsätzlich eine Pauschalierung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 EStG bereits ab dem ersten Entfernungskilometer vornehmen. Dies gilt auch, wenn die Lohnsteuerbescheinigung (§ 41b EStG) für das Jahr 2007 oder 2008 bereits übermittelt oder erteilt worden ist. Macht der Arbeitgeber von der Pauschalierungsmöglichkeit Gebrauch, so ist die bereits übermittelte oder erteilte Lohnsteuerbescheinigung nicht zu ändern (§ 41c Abs. 3 Satz 1 EStG).

Zum Zweck einer möglichen Änderung der Einkommensteuerveranlagung des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach durchgeführter Pauschalierung zu bescheinigen, dass er einen bisher im Kalenderjahr 2007 (und ggf. 2008 gesondert) in Höhe von Euro individuell besteuerten und bescheinigten Arbeitslohn nunmehr (in dieser Höhe) nach § 40 Abs. 2 Satz 2 EStG pauschal besteuert hat. Zur Aufzeichnung pauschal besteueter Bezüge im Lohnkonto siehe § 4 Abs. 2 Nr. 8 LStDV; es ist nicht zu beanstanden, wenn für 2007 und ggf. 2008 die Möglichkeit zur Nachprüfung in anderer Weise sichergestellt wird.

Bei der Festsetzung der durch Abzug vom Arbeitslohn erhobenen individuellen Lohnsteuer (§§ 38 ff. EStG) und der Fest-

setzung der pauschalen Lohnsteuer (§§ 40 ff. EStG) handelt es sich verfahrensrechtlich um zwei selbständige Festsetzungen, so dass eine (rückwirkende) Änderung der Pauschalbesteuerung im Rahmen der Änderungsvorschriften der Abgabenordnung möglich ist, auch wenn eine Änderung des individuellen Lohnsteuerabzugs nach Übermittlung oder Erteilung der Lohnsteuerbescheinigung nicht mehr zulässig ist. § 41c Abs. 3 Satz 1 EStG hindert die (rückwirkende) Pauschalierung nicht, da durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Pauschalierungsmöglichkeit erstmals eröffnet wurde.

Die übermittelte oder erteilte Lohnsteuerbescheinigung sowie die Bescheinigung des Arbeitgebers über die rückwirkend durchgeführte Pauschalbesteuerung sind keine Grundlagenbescheide für die Einkommensteuerfestsetzung beim Arbeitnehmer, sondern lediglich Beweismittel.

Der Arbeitnehmer kann mit der Bescheinigung des Arbeitgebers über die rückwirkend durchgeführte Pauschalbesteuerung im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung 2007 (und ggf. 2008) eine entsprechende Korrektur des Arbeitslohns geltend machen (§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO). Die (rückwirkend) nach § 40 Abs. 2 Satz 2 EStG pauschal versteuerten Fahrtkostenzuschüsse und geldwerten Vorteile bleiben bei der Veranlagung zur Einkommensteuer außer Ansatz (§ 40 Abs. 3 Satz 3

EStG); sie mindern aber die Entfernungspauschale (§ 40 Abs. 2 Satz 3 EStG). Bei der Korrektur des Arbeitslohns ist daher eine ggf. zwischenzeitlich erfolgte (vorläufige) Anerkennung wie Werbungskosten rückgängig zu machen.

Die infolge der (rückwirkenden) Pauschalierung erstatteten Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil) sind grundsätzlich in der Lohnsteuerbescheinigung des Jahres der Erstattung der Beiträge zu berücksichtigen. Ist die Lohnsteuerbescheinigung für 2008 noch änderbar, kann die Erstattung in dieser Lohnsteuerbescheinigung berücksichtigt werden.

Sofern der Arbeitgeber seine Leistungen für die ersten (bis zu 20) Entfernungskilometer in 2007 und 2008 individuell lohnversteuert hat und keine rückwirkende Pauschalierung vornimmt, steht dem Arbeitnehmer für jeden vollen Kilometer der Entfernung die Entfernungspauschale von 0,30 Euro je Entfernungskilometer zu. Ist für den Veranlagungszeitraum 2007 der Einkommensteuerbescheid bereits ergangen, erfolgt dies durch eine Änderung nach § 165 Abs. 2 AO, wenn sich durch den Ansatz der Entfernungspauschale eine steuerliche Auswirkung ergibt (vgl. dazu BMF-Schreiben vom 15. Dezember 2008 – IV A 3 – S 0338/07/10010-02 –).

Magazin

Politik und Recht

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 109/2008 vom 23. 12. 2008

Neuregelung der Agrarmarktbeihilfen ist nicht verfassungswidrig

Im Juni 2003 beschlossen die Agrarminister der Europäischen Union eine grundlegende Reform der Gemeinsamen Agrarpolitik. Die Reform zielt unter anderem darauf ab, die Überproduktion im Agrarbereich zurückzuführen, die durch produktionsmengenbezogene Subventionierung in der Vergangenheit gefördert worden war. Die Landwirte sollen sich bei ihrer Produktion deutlicher als bisher am Markt orientieren. Nach dem neuen Fördersystem soll eine Einkommensstützung erfolgen, die stärker an der Bewirtschaftung und Pflege von Flächen ausgerichtet ist. Nach der gemeinschaftsrechtlichen Verordnung Nr. 1782/2003 (VO) vom September 2003, die auf die Beschlüsse der Agrarministerkonferenz zurückgeht, erfolgt die neue Einkommensstützung für landwirtschaftliche Betriebe mittels einer sog. Betriebsprämie. Das Volumen der Betriebsprämien in den Mitgliedstaaten wird dabei durch die in der VO vorgegebenen nationalen Obergrenzen beschränkt. Zur Umsetzung der Betriebsprämienregelung in den Mitgliedstaaten sieht die VO zum einen ein sog. Standardmodell für die Aufteilung der Beihilfen vor, das die Höhe der künftigen Betriebsprämien an die Förderung in einem Referenzzeitraum (Jahre 2000 bis 2002) bindet. Alternativ räumt die VO den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, anstelle des Standardmodells für eine sog. „regionale Durchführung“ zu optieren und gleichzeitig die Vergabe der Betriebsprämien stärker von der Förderung im Referenzzeitraum zu lösen. Entschloss sich ein Mitgliedstaat zur regionalen Durchführung, hatte er – jeweils nach objektiven Kriterien – die Regionen festzulegen und die nationale Obergrenze auf die Regionen aufzuteilen. Das in der Bundesrepublik Deutschland im August 2004 in Kraft getretene Betriebsprämien durchführungsgesetz dient der Umsetzung der VO. Dem Gesetz liegt nicht das sog. Standardmodell zugrunde, sondern ein regionales Modell. In einem ersten Schritt wird das Bun-

desgebiet in eine Mehrzahl von Regionen aufgeteilt, wobei sich die Aufteilung außer bei den Stadtstaaten an den Grenzen der Bundesländer orientiert. In einem zweiten Schritt wird das nationale Prämienvolumen nach einem bestimmten Schlüssel auf die Regionen verteilt. Der Verteilungsschlüssel enthält einerseits ein historisches Moment, indem er zum Teil an die frühere Förderung anknüpft (zu 65%); andererseits berücksichtigt er den Umfang der beihilfefähigen Fläche innerhalb der jeweiligen Region (zu 35%). In einem dritten Schritt – dabei unterschiedlich für die Startphase bis 2008, für die Übergangsphase von 2009 bis 2013 („Anpassungspfad“) und für die danach folgende Zeit – regelt das Betriebsprämien durchführungsgesetz einen bundeseinheitlichen Modus für die Verteilung des jeweiligen Prämienvolumens innerhalb der einzelnen Regionen. Das Modell einer Kombination aus betriebsindividuellen und flächenbezogenen Förderanteilen weicht dabei mit Abschluss der Übergangsphase einer *innerhalb der Regionen* einheitlichen, rein flächenbezogenen Betriebsprämie. Für die Aufteilung des nationalen Prämienvolumens *auf die Regionen* bleibt es jedoch auch nach der Übergangsphase bei der Berücksichtigung des vergangenheitsbezogenen Förderelements. Die Anwendung dieses Berechnungsverfahrens führt dazu, dass auch nach Abschluss der Übergangsphase Bauern in unterschiedlichen Regionen verschieden gefördert werden. So wird ein saarländischer Landwirt nach aktuellen amtlichen Schätzwerten jährlich eine regionale Einheitsprämie von 258,- € pro Hektar, dagegen ein Landwirt aus Nordrhein-Westfalen 359,- € pro Hektar erhalten. Die Regierung des Saarlandes hat beantragt, das Betriebsprämien durchführungsgesetz im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens für verfassungswidrig zu erklären.

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts kam zu dem Ergebnis, dass durch das Betriebsprämien durchführungsgesetz Art. 3 GG nicht beeinträchtigt ist (Beschluss vom 14. Oktober 2008 – 1 BvF 4/05). Es verstößt nicht gegen Verfassungsrecht, wenn der Gesetzgeber bei der Umstellung der Agrarmarktbeihilfen die im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Einteilung des Bundesgebietes in Regionen im Wesentlichen an den Ländergrenzen ausrichtet. Zur Vermeidung struktureller Verwerfungen

kann er selbst dann vergangenheitsbezogene Förderelemente berücksichtigen, wenn dies für die Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe in verschiedenen Regionen Deutschlands zu unterschiedlichen flächenbezogenen Förderbeträgen (Hektarprämien) führt.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Die rechtliche Ungleichbehandlung, die hier zwischen den Vergleichsgruppen der in den verschiedenen Regionen ansässigen Betriebsinhaber aufgrund unterschiedlicher Prämienhöhen feststellbar ist und die auch nach der Übergangsphase fortbestehen wird, ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Eine an Regionen ausgerichtete Differenzierung ist in einem Bundesgesetz nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Für besondere Fallgestaltungen können Differenzierungen nach regionalen Merkmalen vorgenommen werden, wenn sich für den Zuschnitt der Region und vor allem gerade für deren unterschiedliche Behandlung hinreichende sachliche Rechtfertigungsgründe finden lassen und der Gesetzgeber ein einheitliches Regelungsprinzip zugrunde gelegt hat.

Die Regelungen des Betriebsprämienführungsgesetzes beruhen auch auf hinreichend sachbezogenen, nach Art und Gewicht vertretbaren Gründen. Das gilt sowohl für die gesetzliche Übergangsphase vom Kombinations- zum Flächenmodell als auch für das endgültige, rein regionale Flächenmodell. Die in der VO vorgegebenen Ziele der weitgehenden Entkoppelung der Produktion von der Beihilfegewährung einerseits und des Bestandsschutzes andererseits waren auch für den nationalen Gesetzgeber bei der Konkretisierung und Umsetzung der VO leitend. Diese Ziele sind verfassungsrechtlich legitim, denn der Gesetzgeber musste einem bereits im Gemeinschaftsrecht angelegten Zielkonflikt Rechnung tragen, der darin besteht, die Betriebsprämie in Abkehr von dem vorangegangenen Stützungsmodell von der Produktion zu lösen, zum anderen übermäßige Verwerfungen zu Lasten der Betriebsinhaber wie auch des Gemeinwohls infolge eines abrupten Systemwechsels zu vermeiden.

Die Regelung ist schließlich nicht deshalb sachwidrig, weil sie in ihrer konkreten Ausgestaltung zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung derjenigen Betriebsinhaber führen würde, die aufgrund ihrer regionalen Ansässigkeit weniger von dem Bestandsschutz profitieren als Betriebsinhaber in anderen Regionen, und die bei sonst vergleichbaren tatsächlichen Bedingungen geringere Betriebsprämien erhalten. Dabei rechtfertigt sich die vom Gesetzgeber vorgenommene regionale Gliederung des Bundesgebietes aus Gründen der Verwaltungspraktibilität. Auch die Einbeziehung der sog. Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg in jeweils angrenzende Flächenländer ist sachgerecht, weil diese wegen ihrer flächenmäßig geringen Größe und geringen Anzahl von Agrarbetrieben strukturelle Eigenarten aufweisen.

Der Modus der Aufteilung des nationalen Prämienvolumens auf die Regionen hält sich in seiner konkreten Ausgestaltung innerhalb des gesetzgeberischen Spielraums, denn es lässt sich nicht feststellen, dass der Gesetzgeber bei seinem Ansatz, die Gedanken der flächenbezogenen Förderung einerseits und des betrieblichen wie regionalen Bestandsschutzes andererseits in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, von unzutreffenden oder unvollständigen Tatsachen ausgegangen wäre. Die eintretenden regionalen Umverteilungseffekte wurden auf der Grundlage verschiedener Modelle ermittelt. Die Aufteilung der nationalen Obergrenze zu 65% anhand historischer und nur zu 35% anhand flächenbezogener Werte überschreitet nicht den Wertungsrahmen des Gesetzgebers, den er bei gewählter Staatstätigkeit in Anspruch nehmen darf.

Ferner erweist sich weder die Wahl des Startzeitpunkts der Übergangsphase bis zur Herstellung einheitlicher Flächenprämien innerhalb der Regionen (im Jahr 2009) als unangemessen spät, noch ist die Dauer der Übergangsphase (bis zum Jahr 2013) nach verfassungsrechtlichen Maßstäben unangemessen lang an-

gesetzt worden. Einer besonderen verfassungsrechtlichen Bewertung bedarf allerdings die ab dem Jahre 2013 eintretende „Zementierungswirkung“ im Hinblick auf die Berücksichtigung der Förderung aus dem zurückliegenden Referenzzeitraum bei der Aufteilung des nationalen Prämienvolumens auf die Regionen. Die Gesichtspunkte der Umstellung der Betriebe auf das neue Fördersystem und der Vermeidung von Verwerfungen auch zwischen den Regionen werden im Laufe der Zeit zunehmend an Gewicht verlieren und zu einem bestimmten Zeitpunkt möglicherweise ganz entfallen. Da dieser Zeitpunkt indes deutlich in der Zukunft liegt und spätere Korrekturmöglichkeiten des Gesetzgebers offen sind, lässt sich derzeit nicht feststellen, dass diese in der Zukunft liegenden Wirkungen schon aus heutiger Sicht mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sind. Die zuständigen staatlichen Organe sind allerdings gehalten, diesen Effekt zu beobachten, um einer sachlich etwa nicht mehr zu rechtfertigenden Zementierung des Einflusses vergangenheitsbezogener Referenzwerte ohne zeitliche Begrenzung ggf. entgegenzuwirken.

Die Bestimmungen des Gesetzes sind auch nicht in sich oder in einem übergeordneten Zusammenhang widersprüchlich oder systemwidrig oder verletzen das Gebot der Transparenz. Es war dem Gesetzgeber nicht verwehrt, unterschiedliche Regelungsziele zu verfolgen, auch wenn dies zu einer geminderten Wirkung hinsichtlich der Einzelziele führen mag. Gleichfalls war er nicht gehalten, die einzelnen Regelungsziele mit in den Gesetzestext aufzunehmen. Die zu prüfenden Regelungen des Gesetzes verletzen ferner nicht das föderative Gleichbehandlungsgebot; denn dieses findet dann keine Anwendung, wenn ein Bundesgesetz nicht die Länder als Adressaten hat, sondern sich lediglich auf die Finanzkraft der Bürger in den Ländern unterschiedlich auswirkt und so allenfalls mittelbar Einfluss auf die Finanzkraft der Länder auszuüben vermag.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 94/2008 vom 18. 11. 2008

Keine Zurückweisung nach § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO bei umstrittenen, höchstrichterlich nicht geklärten Rechtsfragen

Im Mai 2004 leitete die Staatsanwaltschaft gegen den Beschwerdeführer, der Geschäftsführer zweier Hafenbetriebe sowie Leiter eines landeseigenen Betriebes war, ein Ermittlungsverfahren ein. Ihm wurde vorgeworfen, verschiedene Auftragnehmer der Hafenbetriebe veranlasst zu haben, Leistungen an ihn und seine Ehefrau zu erbringen und diese gegenüber den Hafenbetrieben abzurechnen sowie an der Erstellung überhöhter Abrechnungen und deren Begleichung mitgewirkt zu haben. Am 30. November 2004 erhielt er ein Schreiben, in dem er von seinen Aufgaben als Geschäftsführer und Betriebsleiter mit sofortiger Wirkung entbunden wurde. Gleichzeitig wurde ihm Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen. Vom 1. Dezember 2004 bis zum 13. Dezember 2005 saß er aufgrund der gegen ihn erhobenen Vorwürfe in Untersuchungshaft. Am 7. Dezember 2004 erhielt der Beschwerdeführer aufgrund des

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Ermittlungsverfahrens und der dort erhobenen Vorwürfe die fristlose Kündigung seiner Dienstverträge und wurde als Geschäftsführer abberufen. Die dagegen vom Beschwerdeführer erhobene Klage war beim Landgericht erfolglos. Der Beschwerdeführer legte Berufung ein. Das Oberlandesgericht wies zunächst daraufhin, dass nach Abwägung der Umstände die Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung der Dienstverträge mit dem Beschwerdeführer in Form einer Verdachtskündigung gemäß § 626 BGB berechtigt gewesen seien. Die vorherige Anhörung des Beschwerdeführers sei entbehrlich gewesen, weil aufgrund der Untersuchungshaft ein manifestierter Tatverdacht zum Nachteil seines Arbeitgebers bestanden habe. Anschließend wies das Oberlandesgericht die Berufung nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurück.

Die Verfassungsbeschwerde war erfolgreich (Beschluss vom 4. 11. 2008 – 1 BvR 2587/06). Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hob diese Entscheidung auf und verwies sie zur erneuten Entscheidung an das Oberlandesgericht mit der Begründung zurück, dass die Zurückweisung nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO den Rechtsweg des Beschwerdeführers unzulässig verkürzt und ihn dadurch in seinem Recht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG) verletzt habe. Die Zurückweisung nach § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 kommt dann nicht in Betracht, wenn dem Beschluss eine umstrittene und höchstrichterlich nicht geklärte reversible Rechtsfrage zugrunde gelegt wird. In einem solchen Fall hätte das Gericht durch Urteil unter Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO entscheiden müssen.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG begründet zwar keinen Anspruch auf eine weitere Instanz, sieht die entsprechende Prozessordnung aber ein Rechtsmittel vor, so darf der Zugang zu dieser Instanz nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise erschwert werden. Der Zurückweisungsbeschluss des Berufungsgerichts ist gemäß § 522 Abs. 3 ZPO nicht anfechtbar und versperrt damit den Weg zur Revision.

Eine Zurückweisung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO kommt dann nicht in Betracht, wenn es sich um eine klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage handelt, die sich in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt. Das setzt die Revisibilität des anzuwendenden Rechts nach § 545 Abs. 1 ZPO voraus. Die hier vom Oberlandesgericht aufgeworfene Rechtsfrage, ob ausnahmsweise dann von einer Anhörung abgesehen werden kann, wenn ein Haftbefehl erlassen worden ist und der Beschuldigte im Strafverfahren die ihm zur Last gelegte Straftat zum Nachteil des Dienstherrn bestreitet, ist eine solche klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage, die sich in einer Vielzahl von Fällen stellen kann. Sie betrifft die Auslegung des § 626 Abs. 1 BGB. Dabei handelt es sich um Bundesrecht, also um reversibles Recht im Sinne des § 545 Abs. 1 ZPO, bei der das Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt ist. Die der Zurückweisung zugrundeliegende Rechtsfrage ist umstritten und höchstrichterlich nicht hinreichend geklärt. So haben sich bisher weder das Bundesarbeitsgericht noch der Bundesgerichtshof mit dieser Frage befasst, noch ist die Rechtsprechung der übrigen Gerichte von einer einheitlichen Rechtsauffassung geprägt. Das Oberlandesgericht hat die Zurückweisung eindeutig allein auf diese Rechts-

auffassung gestützt und weder darauf abgehoben, dass eine Anhörung wegen besonderer Umstände des Einzelfalls entbehrlich sei und es deshalb auf die grundsätzliche Frage der Notwendigkeit einer Anhörung nach Erlass eines Haftbefehls nicht ankomme, noch darauf, dass eine ordnungsgemäße Anhörung stattgefunden habe.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 110/2008 vom 30. 12. 2008

Bezeichnung als „Dummschwätzer“ nicht zwingend eine Beleidigung

Der Beschwerdeführer ist Stadtratsmitglied. Während einer Rede zur kommunalen Integrationspolitik erwähnte er, dass er selbst früher in einem bestimmten Stadtteil das Gymnasium besucht habe. Diese Ausführungen unterbrach ein anderes Ratsmitglied durch einen Zwischenruf, der nach der bestrittenen Darstellung des Beschwerdeführer folgenden Inhalt hatte: „Der war auf einer Schule? – Das kann ich gar nicht glauben!“. In Erwiderung hierauf bezeichnete der Beschwerdeführer den Zeugen als „Dummschwätzer“. Das Amtsgericht verurteilte den Beschwerdeführer wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je 60 €. Die Revision des Beschwerdeführers blieb erfolglos.

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hob die Entscheidungen der Gerichte wegen der Verletzung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) auf (Beschluss vom 5.12.2008 – 1 BvR 1318/07). Weder der Bedeutungsgehalt der Äußerung des Beschwerdeführers noch der vom Amtsgericht festgestellte Kontext tragen die Annahme einer der Abwägung entzogenen Schmähung des Zeugen. Der Anlass und Zusammenhang der Äußerung sind im Urteil nicht berücksichtigt worden, so dass nicht festgestellt werden kann, ob es sich bei dem vom Beschwerdeführer verwendeten Begriffs des „Dummschwätzers“ um eine sog. „Schmähkritik“ handelt, bei der die Diffamierung des Zeugen im Vordergrund stand oder ob die Äußerung durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens und des Meinens geprägt war. Nur dann, wenn eine solche Äußerung nicht mehr der Auseinandersetzung in der Sache dient, hat sie als Schmähung regelmäßig hinter dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zurückzustehen.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Es begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass das Amtsgericht die Bezeichnung des Zeugen als „Dummschwätzer“ als ein ehrverletzendes Werturteil eingeordnet hat. Zu Unrecht hat es aber die Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Zeugen und dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers nicht vorgenommen. Von dieser kann unabhängig von ihrem konkreten Zusammenhang nur bei einer Äußerung abgesehen werden, die stets als persönlich diffamierende Schmähung aufgefasst werden muss, wie dies möglicherweise bei der Verwendung besonders schwerwiegender Schimpfwörter – etwa aus der Fäkalsprache – der Fall sein kann.

Für eine solche Konstellation ergeben sich nach den Feststellungen des Amtsgerichts jedoch keine Anhaltspunkte. Es handelt sich zwar um eine ehrverletzende Äußerung, nicht aber um eine solche, die ihrem Bedeutungsgehalt nach unabhängig vom Verwendungskontext die bezeichnete Person stets als ganze herabsetzt, ihr also ihren personalen Wert insgesamt abspricht und sie so vom Prozess der freien Kommunikation ausschließt. Vielmehr knüpft der Begriff seiner Bedeutung nach an ein Verhalten des Betroffenen an, nämlich dessen verbale Äußerungen. Dies schließt es zwar nicht von vornherein aus, in der Beschimpfung eines anderen als „Dummschwätzer“ im Einzelfall gleichwohl eine Schmähkritik zu sehen, etwa wenn ohne sachlichen Anlass ausgedrückt werden soll, dass es sich bei dem Betroffenen um einen Menschen handle, der ausschließlich Dummheiten zu äußern in der Lage sei und daher als Teilnehmer an einer sachlichen verbalen Auseinandersetzung von vorn-

herein ausscheide. Anders liegt der Fall aber, wenn sich das Schimpfwort nur als die sprachlich pointierte Bewertung im Kontext einer bestimmten Aussage des Betroffenen darstellt, wenn also der Gemeinde als „Dummschwätzer“ tituiert wird, weil er nach Auffassung des Äußernden (im Rahmen einer Sachauseinandersetzung) dumme Aussagen getroffen hat. Welche der beiden Verwendungsweisen vorliegt, hängt aber gerade von den Umständen des Einzelfalles ab. Dazu hat das Amtsgericht hier keine Feststellungen in ausreichendem Umfang getroffen. Der Verwerfungsbeschluss des Oberlandesgerichts teilt diese Fehlerhaftigkeit des amtsgerichtlichen Urteils, weil er keine eigenständige Begründung enthält.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 12. 2008

SPD begreusst Fortgeltung der alten Pendlerpauschale

Zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Pendlerpauschale erklären der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Joachim Poss und der finanzpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Hans-Ulrich Krueger:

Das Bundesverfassungsgericht haelt die geltenden Regelungen zur Pendlerpauschale rueckwirkend ab dem 1. Januar 2007 fuer nicht verfassungsgemaess. Es gilt die vorherige Regelung fort, die eine Pendlerpauschale von 30 Cent ab dem ersten Entfernungskilometer vorsieht. Die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind damit gewahrt.

Die SPD-Bundestagsfraktion begreusst, dass das Gericht mit seiner Entscheidung klare verfassungsrechtliche Massstaebe fuer eine steuerliche Beruecksichtigung von Fahrtkosten vorgegeben hat.

Die Finanzpolitiker der SPD-Bundestagsfraktion haben sich bereits in der Vergangenheit fuer eine einheitliche Pendlerpauschale ab dem ersten Entfernungskilometer ausgesprochen. Bei einer moeglichen Neuregelung nach 2009 muessen die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an erster Stelle stehen. Insbesondere darf es fuer niemandem zu Schlechterstellungen kommen. Ausserdem duerfen die Entlastungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht durch Belastungen an anderer Stelle wieder neutralisiert werden.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 9. 12. 2008

Schallende Ohrfeige für Bundesregierung wegen willkürlicher Regelung zur Pendlerpauschale

Anlässlich des Bundesverfassungsurteils zur Pendlerpauschale erklärt Christine Scheel, stellvertretende Fraktionsvorsitzende:

Das Bundesverfassungsgericht hat der Bundesregierung eine schallende Ohrfeige wegen ihrer willkürlichen Regelung erteilt. Das Urteil bestätigt unsere Auffassung, dass die Entfernungspauschale als Werbungskosten ab dem ersten Kilometer für alle Verkehrsmittel zu gewähren ist.

Die Bundesregierung muss jetzt 2,5 Milliarden Euro für das Jahr 2007 an die Bürgerinnen und Bürger rückwirkend durch die Finanzämter auszahlen und auch für 2008 die gleiche Summe gewähren.

Die Bundesregierung hat den Schlamassel verursacht, und die Steuerzahler müssen jetzt den bürokratischen Aufwand für die Steuerrückerstattung tragen. Bis zu einer möglichen Neuregelung kann jetzt jede Bürgerin und jeder Bürger weiterhin 30 Cent je Kilometer als Werbungskosten absetzen. Minister Steinbrück muss jetzt sofort eine Lösung vorlegen.

Wir werden durch eine Anfrage klären, für wie viele Bürgerinnen und Bürger die Steuerbescheide 2007 rückwirkend geändert werden müssen, wie viele die Aussetzung der Vollziehung beantragt haben und wie Pendlerinnen und Pendler nachträglich

für die ersten 20 Kilometer ihren Anspruch noch geltend machen können. Dies gilt insgesamt auch für den Öffentlichen Personennahverkehr und Radfahrer.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 12. 2008

Zur Verfassungswidrigkeit der Pendlerpauschale Alte Regelung gilt wieder – keine Gegenfinanzierung

Anlässlich der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom heutigen Tage zur sog. Pendlerpauschale erklärt der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Michael Meister MdB:

Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass die Pendlerpauschale in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung verfassungswidrig ist. Die Aufwendungen für die Fahrten von der Wohnung bis zur Arbeitsstätte sind in der bestehenden steuerlichen Systematik angemessen zu berücksichtigen. Im Interesse der Rechtssicherheit war es gut, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abzuwarten.

Es bleibt der politischen Gestaltung durch den Gesetzgeber überlassen, eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Besteuerung der Pendler herzustellen. Solange gilt die alte Rechtslage. Im Interesse der konjunkturellen Stabilisierung muss auf eine Gegenfinanzierung verzichtet werden.

Die große Koalition wird nun zügig die Entscheidung analysieren und danach einen verfassungskonformen Rechtszustand herstellen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 12. 2008

Wiedereinführung der Pendlerpauschale ist positives Konjunktursignal

Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Pendlerpauschale erklärt der Mittelstandsbeauftragte der SPD-Bundestagsfraktion Reinhard Schultz:

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts hat fuer die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer endlich Rechtsklarheit gebracht. Rund 20 Millionen Pendler bekommen nun rueckwirkend ihre zuviel gezahlten Steuern ab 2007 zurueck. Das ist ausdruecklich zu begreussen, denn hier wird eine Gerechtigkeitsluecke geschlossen.

Ausdruecklich zu begreussen ist in dem Zusammenhang aber auch die Entscheidung des Bundesfinanzministers Peer Steinbrueck, die Rueckzahlungen schnell und zwar bereits im ersten Quartal 2009 zu veranlassen. So werden bis zu drei Milliarden Euro zusaetzlich bei den Pendlern ankommen. Damit geben wir einen zusaetzlichen wichtigen Anreiz, der mithilft, unsere Konjunktur wieder richtig in Schwung zu bringen. Ein weiteres positives Signal fuer unsere Konjunktur, ist die Zusage der Bundesregierung, die alte Regelung auch in 2009 aufrecht zu erhalten. Damit werden die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im schwierigen naechsten Jahr steuerlich entlastet.

Wie eine kuenftige Neuregelung der Pendlerpauschale ab dem Veranlagungszeitraum 2010 aussehen soll, darueber muss

www.gut-netzwerke

Fachleute auf den Gebieten Recht, Wirtschaft, Wettbewerb, Steuern, Miete, Leasing, Immobilien, Stadtentwicklung, Architektur, Politik und Kultur

im Netzwerk Gewerbetriebe und Teileigentum

Erleichtern Sie Ratsuchenden die Kontaktaufnahme über das GuT-Netzwerk!

ausführlich diskutiert werden. Wichtig ist, dass eine verfassungsfeste Regelung gefunden wird, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gleich und vor allem gerecht behandelt.

**FDP-Bundestagsfraktion
Presseinformation vom 9. 12. 2008**

Bundesverfassungsgericht bestätigt FDP mit Urteil zur Pendlerpauschale

Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Pendlerpauschale erklärt der finanzpolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Hermann Otto Solms:

Wie von der FDP vorhergesagt hat das Bundesverfassungsgericht die Neuregelung der Pendlerpauschale als widersprüchlich, nicht begründet und letztlich als verfassungswidrig eingestuft. Bis zur Neuregelung können Pendler wieder die alte Pauschale in Anspruch nehmen.

Karlsruhe kritisiert besonders, dass Union und SPD ihre Neuregelung nicht steuersystematisch begründet haben, sondern nur auf Steuermehreinnahmen aus waren. Die FDP sieht sich in ihrer Auffassung bestätigt, dass Systemänderungen nur im Rahmen einer grundlegenden Reform der Einkommensteuer sinnvoll und möglich sind. Union und SPD fehlt dazu jegliches Konzept und vor allem der Reformwille. Das Konzept der FDP gibt es dagegen als Gesetzentwurf.

Bei einer Regierungsbeteiligung der FDP nach der Bundestagswahl wird die Schaffung eines gerechten Steuerrechts mit dem Ziel eines einfachen, niedrigen und sozialen Steuersystems zentraler Bestandteil der Politik sein.

**FDP-Bundestagsfraktion
Presseinformation vom 10. 12. 2008**

Pendlerpauschale wird auf jeden Fall im Bundestag debattiert

Zur Debatte über die Folgen des Karlsruher Urteils zur Pendlerpauschale erklärt der Parlamentarische Geschäftsführer der FDP-Bundestagsfraktion Jürgen Koppelin:

Die FDP fordert für die kommende Woche im Bundestag eine Regierungserklärung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Pendlerpauschale. Da die Neuregelung der Pendlerpauschale vom Bundesverfassungsgericht als „nicht vertretbar und verfassungswidrig“ eingestuft wurde, muss die Bundesregierung öffentlich im Bundestag dazu Stellung nehmen. Sollte sich die Bundesregierung weigern, hat die FDP vorsorglich eine Aktuelle Stunde zur Pendlerpauschale beantragt. Die FDP wird auf jeden Fall eine Debatte zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts erzwingen.

Das Urteil war vorhersehbar, doch weder die Bundesregierung noch die Koalitionsfraktionen haben darauf im Bundeshaushalt Rücksicht genommen und Vorsorge getroffen. So werden jetzt im Bundeshaushalt 2009 ca. 3,6 Milliarden Euro (Bundesanteil) fehlen. Dabei ist der Bundeshaushalt 2009 noch nicht einmal in Kraft getreten.

Es darf auch nicht verschwiegen werden, dass für die Neuregelung der Pendlerpauschale sowohl der Bundesfinanzminister Peer Steinbrück (SPD) wie auch der hessische Ministerpräsident Roland Koch (CDU) verantwortlich waren.

Um den nun notwendigen Betrag von 3,6 Milliarden Euro im Bundeshaushalt 2009 bereit stellen zu können, darf die Neuverschuldung nicht noch stärker steigen. Eine weitere Neuverschuldung ist keine Lösung. Die FDP-Fraktion hat für mehr als 10 Milliarden Euro Einsparvorschläge für den Bundeshaushalt 2009 gemacht. Wer dieses Einsparvolumen nicht nutzt, muss erklären, warum er die Steuerzahler ihre Pendlerpauschalen auf dem Umweg über höhere Staatsschulden am Ende selber bezahlen lässt. Die FDP erwartet, dass Ministerpräsident Roland Koch und Bundesminister Steinbrück dazu Stellung nehmen und zu ihrer Verantwortung stehen.

**FDP-Bundestagsfraktion
Presseinformation vom 17. 12. 2008**

Karlsruher Pendler-Urteil ist eine Ohrfeige für Peer Steinbrück

Zu der von der FDP beantragten heutigen Aktuellen Stunde zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Pendlerpauschale erklärt der finanzpolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Hermann Otto Solms:

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Pendlerpauschale ist viel mehr als eine inhaltliche Niederlage der Bundesregierung in einer Verfassungsfrage. Es ist das höchstschmerzliche Zeugnis, dass die Gesetzgebung der Bundesregierung willkürlich und von sachfremden Erwägungen getragen war. Selbst fundamentale verfassungsrechtliche Anforderungen an ein Gesetz wurden missachtet.

Der Bundesregierung wird der freche Versuch nicht gelingen, den kassierten willkürlichen Plünderungsakt nun als ihren Erfolg und als Konjunkturprogramm umzudeuten. Die Bürger wissen sehr genau, wer in verfassungswidriger Weise in ihre Geldbörsen gegriffen hat. Sie haben das Vertrauen in die Steuerpolitik dieser Regierung längst verloren. Die FDP hat das Scheitern der Regelung in Karlsruhe vorausgesehen und vor der Verabschiedung des Gesetzes gewarnt.

Gelernt hat die Bundesregierung nicht: noch unter dem Eindruck des Pendler-Urteils hat sie die neue Erbschaftsteuer durchgepeitscht, deren Regelungen ja ebenfalls ausschließlich von Einnahmehintergründen geprägt sind. Auch die Erbschaftsteuer wird vor dem Bundesverfassungsgericht keinen Bestand haben.

DStGB-Pressemitteilung vom 9. 12. 2008

**Pendlerpauschale
Entlastung der Pendler gerechtfertigt! – Mobilität insbesondere in ländlichen Räumen unterstützen!**

Anlässlich der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) über die Pendlerpauschale spricht sich der Deutsche Städte- und Gemeindebund (DStGB) für eine Entlastung insbesondere der Berufspendler im ländlichen Raum aus. Das BVerfG hat entschieden, dass die Neuregelungen der Pendlerpauschale mangels verfassungsrechtlich tragfähiger Begründung mit den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG an eine folgerichtige Ausgestaltung einkommensteuerrechtlicher Belastungsentscheidungen nicht vereinbar und verfassungswidrig ist.

Der Gesetzgeber ist danach verpflichtet, rückwirkend auf den 1. Januar 2007 die Verfassungswidrigkeit durch Umgestaltung der Rechtslage zu beseitigen. Bis zur gesetzlichen Neuregelung ist die Pauschale des § 9 Abs. 2 Satz 2 EStG – vorläufig – ohne die Beschränkung auf Entfernungen erst ab dem 21. Kilometer anzuwenden.

„Es ist gut, dass die Feststellung des Bundesfinanzhofes zur Motivation von Pendlerfahrten vom Bundesverfassungsgericht bestätigt wurde. Fahrten zur Arbeit sind rein berufliche Fahrten und sollten deshalb steuerlich abgesetzt werden können. In einer wettbewerbsfähigen Wirtschaft ist hohe Mobilität der Arbeitnehmer ein unverzichtbarer Standortvorteil. Dem muss der

Unsere Anzeigenpreisliste
im Internet: www.prewestde
oder gemailt: info@prewestde
oder geschrieben: Fax 02 28 / 47 09 54

Staat Rechnung tragen und darf sich nicht an rein fiskalischen Erwägungen orientieren“, begrüßte das Geschäftsführende Präsidialmitglied des Deutschen Städte- und Gemeindebundes (DStGB), Dr. Gerd Landsberg die Entscheidung des BVerfG heute in Berlin.

Während in den Ballungsräumen ein gut ausgebauter ÖPNV zu akzeptablen Preisen zur Verfügung steht und zusätzlich durch Jobtickets die Arbeitnehmer gefördert werden, sind die Pendler im ländlichen Raum in vielen Fällen unverzichtbar auf den Pkw angewiesen, um zur Arbeit zu gelangen. Die Bundesbahn dünnt das Schienennetz in der Fläche immer weiter aus, die Zuschüsse für den öffentlichen Verkehr in der Fläche, die so genannten Regionalisierungsmittel werden zurückgefahren.

Die Politik fokussiert sich zu sehr auf die Metropole. 70 % der Menschen leben nicht in Großstädten, sondern in Mittelstädten und im ländlichen Raum. Dort findet die überragende volkswirtschaftliche Wertschöpfung statt, dort haben Mittelstand und Arbeitsmarkt die Basis. Fast 23 Mio. Arbeitskräfte (= 60%) sind in den ländlichen Regionen angesiedelt. Deshalb müssen die Menschen, die keine Alternativ zu Pkw-Nutzung haben, unterstützt werden. Dies ist eine Herausforderung an die Politik, die als Strukturfrage unabhängig von der Entscheidung des BVerfG zu sehen ist. „Das ist eine politische Aufgabe. Die Politik hat es aber vorgezogen, sich hinter dem Verfassungskgericht zu verstecken. Das kann sie nun nicht mehr“, fordert Landsberg.

Etwa 30 Millionen Erwerbstätige in der Bundesrepublik sehen sich nach den Ergebnissen des Mikrozensus 2004, der jährlichen Haushaltsbefragung des Statistischen Bundesamts, als Berufspendler. 50,9 Prozent pendeln weniger als 10 Kilometer, 29,4 Prozent 10 bis 25 Kilometer und 10,9 Prozent 25 bis 50 Kilometer. Die frühere Pendlerpauschale hat das Steueraufkommen des Staates um etwa 3 Mrd. Euro jährlich reduziert.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 1. 1. 2009

Kann Russland überhaupt alle Gaswünsche erfüllen?

Zum Lieferstopp von Gazprom gegenüber der Ukraine erklärt Hans-Josef Fell, Sprecher für Energie- und Technologiepolitik:

Die erneute Abschaltung der ukrainischen Gaspipeline wirft ein besorgniserregendes Licht auf die Gasversorgungssicherheit und politische Stabilität Europas. Bereits mittelfristig wird weder Russland noch sonst jemand alle Gaslieferwünsche erfüllen können.

Es ist sogar zu befürchten, dass bei ansteigender Kälte bereits in diesem Winter Gazprom nicht genügend Erdgas liefern kann. Ungenügende Investitionen und rückläufige Förderquoten stehen steigenden Gaswünschen gegenüber. Die zunehmende Abhängigkeit der europäischen Gasversorgung von Russland lässt explodierende Gaspreise und wachsende Konflikte nicht nur mit der Ukraine erwarten.

Europa braucht endlich eine konsequente Biogasstrategie, um auch in Zukunft bezahlbare Gaspreise und eine sichere Gasversorgung zu gewährleisten. Die landwirtschaftlichen Flächen vor allem in Osteuropa würden ausreichend Biogas ohne Lebensmittelkonkurrenz liefern können, womit sogar die europäischen CO₂-Emissionen um 20 Prozenten gesenkt werden würden.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 7. 1. 2009

Russland enttäuscht blindes Vertrauen Europas

Zum Erdgas-Lieferstopp erklärt Hans-Josef Fell, Sprecher für Energiepolitik:

Russland enttäuscht das blinde Vertrauen in seine Zuverlässigkeit als Gaslieferant. Fast schon gebetsmühlenartig haben Energiekonzerne und Bundesregierung stets wiederholt, dass sie an der Zuverlässigkeit Russlands als Gaslieferant keinen Zweifel haben. Viele Länder Europas leiden bereits unter dem Gasstopp. Ganze Städte sind ohne Gasversorgung. Sowohl die Bundesregierung als auch die Europäische Union wollen das Problem offenbar aussitzen.

Eine sehr grundlegende Frage wird bis heute tabuisiert: Kann Russland künftig überhaupt das Erdgas liefern, das West- und Mitteleuropa benötigen? Wieso geht die Bundesregierung dieser Frage nicht nach und vertraut blind auf die Versprechungen Gazproms?

Die Bundesregierung zeigt sich hilflos. Sie setzt auf neue Erdgaspipelines, obwohl sie nicht einmal weiß, ob dafür genügend Erdgas vorhanden ist.

Wie bereits bei der Finanzkrise wurden über Jahre hinweg die Augen vor den Risiken geschlossen. Vorsorge wurde nur symbolisch getroffen. Die Gebäudesanierung kommt kaum voran und kurz vor Weihnachten hatte die Bundesregierung in Brüssel verhindert, dass erneuerbare Energien in Altbauten eingesetzt werden müssen.

Anstatt die Abhängigkeit vom Erdgas zu reduzieren, träumt die Bundesregierung von der Nabucco-Pipeline und verflüssigtem Erdgas. Dabei ist klar, dass es die Nabucco-Pipeline nie geben wird und verflüssigtes Erdgas die Probleme nicht lösen können.

Wir werden unseren Antrag für eine europäische Biogasstrategie erneut in den Bundestag einbringen. Wir fordern die Bundesregierung auf, eine europäische Biogaseinspeisungsstrategie voran zu treiben, das Gebäudesanierungsprogramm deutlich auszuweiten und das Gesetz für erneuerbare Energien im Wärmebereich auf Altbauten auszuweiten.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 9. 1. 2009

Energiesparen und Diversifizieren – Lehren aus dem Gasprom-Streit

Zu Einigung zwischen Russland und der Europäischen Union erklärt Jürgen Trittin, stellvertretender Fraktionsvorsitzender, und Bärbel Höhn, stellvertretende Fraktionsvorsitzende:

Der Streit zeigt die Notwendigkeit einer gemeinsamen Energieaußenpolitik der Europäischen Union. Europa darf nicht dauerhaft von Streit zwischen Oligarchen in Russland und der Ukraine abhängen. Es muss konsequent auf eine Politik der Energieeinsparung, der Energieeffizienz und der Erneuerbaren setzen. Und es muss seinen Bezug von Gas diversifizieren.

Hierzu ist der Bau einer direkten Pipeline durch die Ostsee ein wichtiger Schritt, reicht aber nicht aus. Es bedarf außerdem neuer Flüssiggasterminals sowie eines wirklichen europäischen Gasnetzes. Nur ein solches kann allen Mitgliedstaaten der EU ein Mindestmaß an Versorgungssicherheit geben und so Energiesolidarität praktisch werden lassen.

Wichtiger ist aber, konsequent auf Wärmedämmung zu setzen. Jeder hier investierte Euro schafft Versorgungssicherheit. Nicht dummes Gerede über Laufzeitverlängerung für Atomkraftwerke, die keine Wohnung heizen, sondern zusätzliche Investitionen in Gebäudedämmung mindern die Abhängigkeit von Gas und anderen fossilen Energieträgern.

www.prewestde

über 204 000 Zugriffe seit Februar 2007

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 8. 1. 2009**

Seehofers Krittelei an Gerhard Schroeder ist falsch und laecherlich

Zur Kritik des CSU-Vorsitzenden Horst Seehofer an Gerhard Schroeder wegen seiner Arbeit fuer die Ostseepipeline erklart der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Ludwig Stiegler:

Horst Seehofer Krittelei ist falsch und laecherlich zugleich. Er versucht, Gerhard Schroeder in die Verantwortung fuer die Lieferstopps via Ukraine zu nehmen. Er uebersieht dabei, dass Gerhard Schroeders Arbeit fuer die von CSU und CDU kritisierte und nie richtig unterstuetzte Ostseepipeline die einzig strategisch richtige Antwort auf die Unzuverlaessigkeiten der Lieferungen ueber instabile Transitlaender ist. Nur die Ostseepipeline stellt eine direkte Lieferverbindung zwischen Russland und Europa dar, nur bei einer Direktverbindung ohne Stoerungen durch Dritte kann der Lieferant seine Zuverlaessigkeit beweisen. Seehofer bestaetigt mit seiner Beckmesserei, dass er die Leistungen von Gerhard Schroeder fuer die Energiesicherheit Europas immer noch nicht begriffen hat. Die von Seehofer vermissten Aktivitaeten von Gerhard Schroeder bestehen genau darin, die Ostseepipeline als sichere Energieader so schnell wie moeglich zu realisieren. Seehofer sollte sich bis dahin darum bemuehen, dass die von ihm gehaetschelten Transitlaender ihre Energierechnungen bezahlen.

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 8. 1. 2009**

SPD fordert eine Staerkung der Energiesicherheit in der EU

Anlaesslich des Konflikts ueber die Gaslieferung zwischen Russland und der Ukraine erklart die stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Angelica Schwall-Dueren:

Im Interesse aller Abnehmer von russischen Gaslieferungen ueber ukrainische Pipelines, aber auch im Interesse Russlands und der Ukraine muss eine rasche Loesung im Gas-Streit gefunden werden, damit es zu keinem Zusammenbruch der Gasleitungen kommt. Schuldzuweisungen sind nicht sinnvoll. Beide Laender muessen unverzueglich die Verhandlungen zur Beilegung des Streits ueber den Gastransitvertrag wieder aufnehmen sowie diesen zu einem baldigen erfolgreichen Ende und damit zu einer langfristigen Gueltigkeit fuehren.

Der Streit um die Gaslieferung schadet allen Beteiligten. Russland schaedigt seine Glaubwuerdigkeit als zuverlaessiger Energielieferant und die Ukraine ihren Ruf als sicheres Transferland dauerhaft. Darueber hinaus erleiden die russische sowie die ukrainische Wirtschaft Verluste: durch das Ausbleiben der Verkaufserloese fuer das Gas im Falle Russlands und durch den Verlust der Transfergebuehren im Falle der Ukraine. Gleichzeitig wird auch das Vertrauen der auslaendischen Investoren beeintraehtigt, auf das sowohl Russland im Hinblick auf die notwendige Modernisierung seiner Erdgasfoerderanlagen als auch die Ukraine angewiesen sind. Der Konflikt wird sich auch auf die Beziehung mit der Europaeischen Union auswirken.

Durch den Streit wird die Versorgungssicherung der meisten Mitgliedslaender der Europaeischen Union beeintraehtigt. Der Konflikt zeigt, wie empfindlich die Europaeische Union im Bereich der Energieversorgung ist. Es ist deshalb dringend geboten, dass sich die EU-Mitgliedstaaten auf eine nachhaltige und damit weitsichtige Strategie verstaendigen, die die Energiesicherheit erhoehet. Hierzu gehoert zum einen die Diversifizierung der Bezugsquellen und der Transportrouten fuer Gas und letztlich auch fuer Oel. Das bedeutet konkret den Ausbau unterschiedlicher Transportwege, wie etwa die Nabucco- oder die Ostseepipeline weiter voranzutreiben. Zum anderen ist eine staerkere Integration der europaeischen Netze und damit eine Vertiefung des EU-Energiebinnenmarkts unabdingbar, um Engpaesse innerhalb der 27 Mitgliedslaender ausgleichen zu koen-

nen. Das heisst, dass vor allem die grenzueberschreitenden Transportkapazitaeten in der Europaeischen Union ausgebaut werden muessen.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 7. 1. 2009**

**Lehren aus dem Gasstreit ziehen
Braunkohle schnell gruen machen**

Anlaesslich der Ankündigung des Bundeswirtschaftsministeriums zeitnah einen Gesetzentwurf zum Abscheiden und Speichern von Kohlendioxid (Carbon Capture and Storage, kurz CCS) vorzulegen, erklart der Koordinator fuer Energiepolitik der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Joachim Pfeiffer MdB:

Der Gasstreit zwischen Russland und Ukraine zeigt, wie gefaehrlich die Abhaengigkeit von Russlands Gaslieferungen ist. Um die Versorgungssicherheit gewaehrleisten zu koennen, muss Deutschland in hohem MaBe auf heimische Energietraeger setzen. Die Braunkohle kann hier eine wichtige Funktion uebernehmen, da wir mit ihr in der Lausitz, in der Region um Leipzig sowie im rheinischen Braunkohlerevier ueber einen heimischen, grundlastfaehigen, kostenguenstigen und in groeBem Umfang vorhandenen fossilen Energietraeger verfuegen. Mit der CCS-Technologie besteht die Chance, den groeBen Nachteil der Kohle – die relativ hohen CO₂-Emissionen bei der Verstromung – zu egalisieren. Damit waere Braunkohle ein klimafreundlicher, sicherer und wirtschaftlicher Energietraeger und ein wichtiger Teil des Energiemixes.

Noch steckt die CCS-Technik in den Kinderschuhen. Die Staats- und Regierungschefs der EU haben auf dem Umweltgipfel im Dezember 2008 deshalb beschlossen, die CCS-Speichertechnologie mit CO₂-Zertifikaten im Gegenwert von 300 Millionen Euro zu foerdern. Bis 2015 sollen zwolf Pilotanlagen fuer die CO₂-Abscheidung und Speicherung aus der Kohleverstromung errichtet werden. Die heimische Energieindustrie ist zudem bereit, ueber eine Milliarde Euro in diese Technik zu investieren. Das einzige was fehlt, ist ein verlaesslicher nationaler Rechtsrahmen fuer die Abscheidung, den Transport und die Speicherung des Kohlendioxids.

Darum begrueBt die Unionsfraktion im Deutschen Bundestag die Ankündigung des Bundeswirtschaftsministeriums, dem Kabinett zeitnah einen Gesetzentwurf vorzulegen.

Ziel muss es sein, das Gesetz noch im ersten Halbjahr 2009 zu verabschieden. Eine wahlkampfbedingte Verzoeigerung bis 2010 reduzierte die Chance, die vorgegebenen Klimaziele zu erreichen und Deutschland bei der zukunftspraechtigen und weltweit nachgefragten CCS-Technologie zum Marktfuehrer zu machen.

Die Gruenen, die Linke und Teile der SPD muessen ihren Widerstand gegen den Neubau gruener Kohlekraftwerke und der Laufzeitverlaengerung von Kernkraftwerken aufgeben. Nur so kann Deutschland vermeiden, dass es zum Spielball anderer Staaten wird.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 12. 1. 2009**

**Deutschland braucht einen Fluessiggasterminal
Bittere Lehrstunde in Sachen Lieferzuverlaessigkeit und vermeintlicher Energiesicherheit**

Zum weiter anhaltenden russisch-ukrainischen Gasstreit erklart die Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Katherina Reiche MdB:

Obwohl Menschen in Suedosteuropa frieren, haelt der russisch-ukrainische Gasstreit an. Deutschland und die EU erhalten eine bittere Lehrstunde in Sachen Lieferzuverlaessigkeit und vermeintlicher Energiesicherheit. Dass Bild eines Russlands, auf das seit den Zeiten der Sowjetunion bei seinen Gaslieferungen

Verlass war, verblasst. Kritisch müssen wir auch die Ukraine betrachten mit ihren undurchsichtigen wirtschaftlichen Strukturen.

Wir müssen deshalb dafür sorgen, dass unser Energiemix breit aufgestellt bleibt und dass der Gasanteil bei der Stromerzeugung möglichst gering bleibt. Die Alternativen sind klar, Erneuerbare Energien, moderne Kohlekraftwerke sowie eine Laufzeitverlängerung für die deutschen Kernkraftwerke. Zudem muss die Energieforschung noch weiter ausgebaut werden.

Dort, wo der Einsatz von Erdgas unumgänglich ist, wie bei der Wärmeerzeugung, müssen wir dafür sorgen, dass die Bezugsregionen erweitert werden. Schlüssel hierfür sind die Nabucco-Pipeline mit der Europa direkt Gas aus Zentralasien und dem Irak beziehen kann sowie der dringend notwendige Bau eines Flüssiggasterminals in Wilhelmshaven, der seit fast dreißig Jahren immer wieder aufgeschoben wurde. Mit ihm können wir auch auf Gas aus Afrika, Lateinamerika und dem Mittleren Osten zugreifen.

DEG-Pressemitteilung vom 8. 1. 2009

DEG finanziert erstes privates Erdwärme-Kraftwerk in Kenia DEG arrangiert gesamte Fremdfinanzierung von 105 Mio. US-Dollar

Beitrag zum Klimaschutz mit Signalwirkung für die Region

Die Ressourcen schonende Erzeugung von Strom wird nicht zuletzt aufgrund des Klimawandels immer wichtiger – gerade auch in Entwicklungsländern. Daher gewährt die DEG – Deutsche Investitions- und Entwicklungsgesellschaft mbH gemeinsam mit der KfW Entwicklungsbank der Orpower 4 Inc. (Orpower), dem Eigentümer und Betreiber des geothermischen Kraftwerkes Olkaria III in Kenia, ein langfristiges Darlehen in Höhe von 40 Mio. US-Dollar. Darüber hinaus hat die DEG das gesamte Fremdfinanzierungsvolumen in Höhe von 105 Mio. US-Dollar arrangiert und strukturiert. Mit diesem Projekt fördern DEG und KfW die Nutzung erneuerbarer Energien in einem Schwerpunktland deutscher Entwicklungszusammenarbeit und leisten auf diese Weise einen Beitrag zum Klimaschutz. Weitere Kapitalgeber sind die EFP – European Finance Partners, ein Finanzierungsvehikel für dreizehn europäische Entwicklungsfinanzierer (EDFI) sowie die Europäische Investitionsbank (EIB), des Weiteren der Emerging Africa Infrastructure Fund sowie die europäischen Entwicklungsfinanzierer Parco (Frankreich) und FMO (Niederlande).

Orpower ist eine Tochter von Ormat Technologies Inc. (Ormat), einem US-amerikanischen Unternehmen mit über 40 Jahren Erfahrung in Planung, Bau und Betrieb von geothermischen Anlagen. Das Kraftwerk Olkaria III verfügte bislang über eine Leistung von 13 Megawatt. Dank der von der DEG arrangierten Finanzierung konnte die Kapazität auf 48 Megawatt erhöht werden, so dass künftig dreieinhalb Mal soviel Strom erzeugt werden kann. Außerdem unterstützt Orpower Gemeinschaftsprojekte im benachbarten Hell's Gate National Park.

Geothermische Kraftwerke nutzen lokal vorhandene Dampf- bzw. Heißwasser-Ressourcen und ermöglichen so eine von Rohstoffimporten unabhängige Stromerzeugung. Nach Plänen der Weltbank sollen diese so genannten IPPs (Independent Power Producer), also unabhängige Stromerzeuger, einen Großteil der



Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

Stromerzeugung in Kenia übernehmen. Olkaria III ist das einzige private geothermische IPP in Afrika und übernimmt daher eine Vorreiterrolle sowohl bei der Nutzung erneuerbarer Energien als auch bei der Entwicklung von Stromprojekten in Afrika. Die Ormat-Gruppe gibt ihr technologisches und betriebswirtschaftliches Wissen an die Beschäftigten in Kenia weiter und hält die Umwelt- und Sozialstandards der Weltbank ein.

Klimaschutz ist ein wichtiger Schwerpunkt im DEG-Geschäft. Allein im Jahr 2008 hat die DEG rund 100 Millionen Euro für Investitionen in diesem Bereich bereitgestellt. Die DEG engagiert sich seit mehr als 40 Jahren in Kenia und ist seit 2005 mit einem Außenbüro in Nairobi vertreten.

SPD-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 5. 11. 2008

SPD-Fraktion gratuliert Barak Obama

Zur Wahl des demokratischen Senators Barak Obama zum neuen Praesidenten der Vereinigten Staaten von Amerika erklären der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Walter Kolbow und der zuständige Berichterstatter Niels Annen:

Die SPD-Bundestagsfraktion gratuliert Barak Obama zu seinem eindrucksvollen Wahlsieg und wuenscht ihm fuer seine kommende Amtszeit alles Gute und viel Erfolg.

Die erste Wahl eines Schwarzen zum amerikanischen Praesidenten bedeutet nicht nur fuer Amerika, sondern fuer die ganze Welt einen grossen Sieg im Kampf gegen Rassendiskriminierung.

Das Wahlergebnis ist nicht nur ein grosser persoenlicher Erfolg fuer Barak Obama, sondern auch ein Sieg der Vernunft fuer das ganze amerikanische Volk. Er bedeutet eine Abkehr von einer Politik, die die USA ihren eigenen Werten entfremdet und in eine zunehmende Isolation getrieben hat. Mit Barak Obama eroeffnet sich nun die Chance fuer eine neue Politik in Amerika, was insbesondere in der Aussenpolitik auch die Entfremdung von Europa ueberwinden kann.

Die SPD-Bundestagsfraktion begruesst, dass sich John McCain als wuerdiger Verlierer zeigt und seine Bereitschaft erklart hat, Barak Obama zu unterstuetzen. Dies ist anerkennenswert und weist darauf hin, dass der Fuehrer der Republikaner bereit ist, die Polarisierung des amerikanischen Volkes zu ueberwinden.

Mit dem Sieg der Demokraten auch im Senat und im Repraesentantenhaus wird der unter Praesident Bush gewachsene verhaengnisvolle Einfluss der amerikanischen Neokonservativen nun deutlich zurueckgehen. Die SPD-Bundestagsfraktion ist voller Zuversicht, dass mit Barak Obama die positiven Elemente der traditionellen Fuehrungsrolle der USA nun wieder zum Tragen kommen.

SPD-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 5. 12. 2008

Projekt Online-Petition gewinnt den Politikaward 2008

Zu dem Sieg des Projekts Online-Petitionen beim Politikaward 2008 erklart die Sprecherin der Arbeitsgruppe Petitionen der SPD-Bundestagsfraktion Gabriele Loesekrug-Moeller:

Das Projekt Online-Petition des Bundestages siegt als Bestes unter den Besten in der Kategorie Innovation im Bereich der politischen Kommunikation. Wir freuen uns riesig, dass dieses junge hervorragende Projekt diesen Preis erhielt.

Online-Petitionen beim Bundestag sind erst drei Jahre alt. Sie starteten im Jahr 2005 auf eine Initiative der SPD-Bundestagsfraktion zunaechst als Modellversuch. Der Versuch erwies sich als ein Volltreffer. Im Oktober 2008 uebernahm der Bundestag das Projekt dauerhaft.

Der innovative Gedanke der Online-Petition ist einfach. Eine Online-Petition kann ueber das Internet eingereicht werden. Vor dem Jahr 2005 war das auf Grund der fehlenden Unterschrift nicht moeglich. Mit der Online-Petition gilt die Unterschrift als ersetzt, wenn ein Formular benutzt wird. Dadurch koennen sich Menschen mit Bitten und Beschwerden einfacher an den Bundestag wenden. Das ist buergerfreundlich und gut fuer die Menschen. Und das ist gut fuer die Demokratie.

Das ist nicht die einzige Innovation. Seit 2005 koennen beim Bundestag auch oeffentliche Petitionen eingereicht werden. Sie werden auf der Internetseite des Bundestages veroeffentlicht. Dort kann man sie lesen, mitzeichnen und Diskussionsbeitraege abgeben. Eine nicht-oeffentliche Petition kennen nur der Verfasser und der Petitionsausschuss. Mit einer oeffentlichen Petition werden Mitwirkung, Partizipation, transparenter Gedanken- und Argumentenaustausch gestaerkt. Darauf ist eine Demokratie angewiesen.

Die Online-Petition waere nichts ohne die beteiligten Menschen. Und das sind sehr viele. Im Jahr 2007 wurden rund 16.000 Petitionen eingereicht - davon zehn Prozent per E-Mail. An den Diskussionen und in den Unterschriftenlisten beteiligten sich seit 2005 mehr als 1.000.000 Menschen. Seit der Umwandlung des Modellversuchs in den Dauerbetrieb im Oktober 2008 wurden bereits 1.100 oeffentliche Petitionen eingereicht.

Der Politikaward wird seit 2003 jaehrlich in verschiedenen Kategorien aus dem Bereich Medien und Politik vergeben. Dass dieses Projekt innovativ und gut ist, davon waren die Abgeordneten der SPD schon immer ueberzeugt. Wir werden uns selbstverstaendlich weiterhin fuer mehr Beteiligung, Mitwirkung, Transparenz und Buergerfreundlichkeit einsetzen. Denn das Projekt Online-Petition hat gezeigt: Die Menschen wollen das. Und wir sind fuer die Menschen da.

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GUT

Gewerbemiete und Teileigentum

Sonderpreise für zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage
im Direktbezug vom Prewest Verlag

Download Hefte Nrn. 1–45 und Register

kostenlos bei Besuch unserer Homepage möglich.

www.gut-netzwerk.de

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

Postfach 30 13 45, 53193 Bonn, Fax: 02 28 / 47 09 54

www.prewest.de

info@prewest.de

KfW-Newsletter

Presseerklärung vom 12. 1. 2009

KfW-ifo-Mittelstandsbarometer: Mittelstand im Stimmungslloch – Mittelständler rutschen in Stimmungsrezession – Großunternehmen von Krise noch stärker betroffen – Massive Verschlechterung der Lageurteile im Verarbeitenden Gewerbe – Beschäftigungspläne und Preiserwartungen brechen weg

Belastet von der weltweiten konjunkturellen Eintrübung und der Finanzmarktkrise befindet sich der deutsche Mittelstand zum Jahreswechsel im Stimmungstief. Das monatlich gemeinsam von der KfW Bankengruppe und dem Münchner ifo Institut berechnete Geschäftsklima kleiner und mittelgroßer Unternehmen zeigte erneut einen deutlichen Stimmungsverfall im Mittelstand an. Das aus Erwartungs- und Lagekomponente zusammengesetzte KfW-ifo-Geschäftsklima ist mit nunmehr –20,5 Saldenpunkten nur noch sehr knapp von seinem aus dem Dezember 2002 stammenden historischen Tiefststand (–20,7 Saldenpunkte) entfernt. Die Datentabelle und Grafiken des Indikators sind unter www.kfw.de in der Kategorie „Research“ abrufbar.

„Die anhaltend schlechten Wirtschaftsnachrichten haben die Perspektiven der Mittelständler weiter eingetrübt und die Erwartungskomponente auf ein neues Tief von –33,3 Saldenpunkten gedrückt“, erklärt der Chefvolkswirt der KfW Bankengruppe, Dr. Norbert Irsch. Erschreckend ist, mit welcher Wucht nun den Mittelständlern die Geschäfte wegbrechen: Nach einem historisch starken Rückgang im November um 8,3 Zähler sank die Lagekomponente erneut um 9,1 Zähler auf –7,8 Saldenpunkte. Erstmals seit 2005 überwiegen die negativen Lageurteile. Damit steht fest: Nach gängiger Definition – Lage- und Erwartungskomponente negativ – befindet sich der Mittelstand in der Stimmungsrezession.

Ist das Geschäftsklima im Mittelstand schlecht, so ist es bei den Großunternehmen miserabel. Mit –38,2 Saldenpunkten wurde hier das bisherige Stimmungstief aus dem Februar 1993 bereits unterboten. Ebenso wie bei den Mittelständlern waren die Lageurteile im Dezember eingebrochen; mit –24,3 Saldenpunkten bewerteten jedoch deutlich mehr Großunternehmen ihre derzeitige Geschäftslage als schlecht. Und auch zukünftig scheinen die Großunternehmen die Hauptleidtragenden der Krise zu sein: „Noch nie in der 17-jährigen Historie des Indikators lagen die Saldenwerte der Erwartungskomponente zwischen den Größenklassen derart weit auseinander. Der Anteil der Großunternehmen, die pessimistisch in die Zukunft blicken, ist damit deutlich größer als der vergleichbare Anteil der Mittelständler“, so Irsch.

Spuren hinterlässt die Krise mittlerweile auch auf dem Arbeitsmarkt. Seit Oktober geben die kleinen und mittleren Unternehmen mehrheitlich an, Beschäftigung abbauen zu wollen. Im Dezember brach der Indikator erneut scharf ein. Nach der dramatischen Abschwächung des Exportgeschäfts zieht damit eine weitere Gefahr auf: Ansteigende Arbeitslosigkeit könnte die ohnehin seit langem schwache Kauflust der privaten Haushalte weiter bremsen. Für eine gewisse Entlastung der Konsumenten könnten hingegen die abermals gesunkenen Preiserwartungen der Unternehmen sorgen. Hier verspüren die Mittelständler einen stärkeren Druck als die Großunternehmen: Der entsprechende Indikator hat mit –13,9 Saldenpunkten einen neuen historischen Tiefststand erreicht.

Von den befragten vier Hauptgruppen – Verarbeitendes Gewerbe, Bauhauptgewerbe sowie Groß- und Einzelhandel – leiden die Großunternehmen des Verarbeitenden Gewerbes derzeit am stärksten: Aufgrund ihrer hohen Exporttätigkeit sind sie besonders stark von dem Wegbrechen der ausländischen Absatzmärkte betroffen. Gleichzeitig sinkt hierdurch die Kapazitätsauslastung und damit die Investitionstätigkeit, was die inländischen Märkte der Investitionsgüterproduzenten schrumpfen lässt. Dies schlägt sich in einem historisch scharfen Einbruch der Lagebeurteilung der Großunternehmen des Verarbei-



Deutscher Mietgerichtstag 2009

Kongresszentrum Westfalahallen Goldsaal, Rheinlanddamm 200, Dortmund

Mietrecht und Wirtschaftlichkeit

Freitag, 20. März 2009

- 9.30 Begrüßung
- 9.45 **Die Zukunft unserer Städte – Stadtentwicklung, Bevölkerungswandel, Energiefragen, Wohnungsstrukturen**
Festvortrag Prof. Dr. Walter Siebel, Oldenburg
- 10.45 Kaffeepause
- 11.15 **Das Gebot der Wirtschaftlichkeit**
Referent: PD Dr. Markus Artz, Trier
- 13.00 gemeinsames Mittagessen
- 14.30 **Arbeitskreise**
- 1. Die Grundsanierung als Problem der Schönheitsreparaturen**
Einführung von RA Hans-Joachim Gellwitzki, Berlin; Leitung: VRiLG a.D. Dr. Hans Langenberg, Hamburg
- 2. Nutzungsänderungen bei der Gewerberaummieta**
Einführung von RA Prof. Dr. Willi Joachim, Bielefeld; Leitung: RA Rüdiger Dorn, Detmold
- 3. Anpassung der Betriebskostenvorauszahlungen**
Einführung von RiOLG Dirk Both, Rostock; Leitung: RiLG a.D. Hubert Blank, Mannheim
- 4. Aktuelles zur Mieterinsolvenz –**
Einführung von RiBGH Gerhard Pape, Karlsruhe; Leitung: RiBGH Hans-Jörg Kraemer, Karlsruhe
- 16.00 Kaffeepause
- 16.30 **Arbeitskreise**
- 5. Grenzen der Abwälzung der Instandhaltungspflicht des Gewerberaummieters**
Einführung von RiBGH Hans-Joachim Dose, Karlsruhe; Leitung: RA Jürgen Fritz, Düsseldorf
- 6. Versorgungssperre im Mietrecht**
Einführung von VRiLG Elmar Streyll, Krefeld; Leitung: Ass. iur. Eckhard Bachmann, Berlin
- 7. Heilungsvereinbarungen bei Nichtigkeit von Mietvertragsklauseln**
Einführung von Dr. Dominik Klimke, Berlin; Leitung: PD Dr. Nikolaj Fischer, Kassel
- 8. Die insolvenzfeste Anlage der Mietkaution**
Einführung von VRiOLG a.D. Hans-Georg Eckert, Rostock; Leitung: Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen
- 19.00 gemeinsames Abendessen

Samstag, 21. März 2009

- 9.00 **Die Schönheitsreparaturpflicht des Vermieters**
Referentin: VPräsAG Dr. Beate Flatow, Kiel
- 9.45 **Anspruchsgrundlage und Einwendungen bei Betriebskostenabrechnungen**
Referent: RiLG a.D. Hubert Blank, Mannheim
- 10.30 Kaffeepause
- 11.00 **Verjährung vor Vertragsende**
Referent: RA Dr. Arnold Lehmann-Richter, Berlin
- 11.45 **Die Last mit der zweiten Mieta**
Teilnehmer: RA Lukas Siebenkotten, Deutscher Mieterbund; Ass.iur. Eckhard Bachmann, GdW; Wilhelm Streitz, Stadtrat Dortmund; Holger Kämpf, Vattenfall Europe AG
Diskussionsleitung: Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen

nichtöffentlicher Teil

ca. 13.30 Mitgliederversammlung des Deutschen Mietgerichtstages e.V.

Tagungsbeitrag: 170,- € für Mitglieder des Deutschen Mietgerichtstages e.V., sonst 250,- €;
inkl. Kaffeepausen sowie Mittag- und Abendessen am 20. 3. 2009.

Anmeldung: Online unter www.mietgerichtstag.de oder schriftlich an Deutscher Mietgerichtstag e.V.,
Postfach 02 10 41, 10121 Berlin; Fax 030/2232346. Anmeldung von Nichtmitgliedern
erst ab 15. 1. 2009 möglich.

Hotel: Im Parkhotel, Strobelallee 41, 44139 Dortmund, steht bis zum 15. 2. 2009 ein Zimmerkontingent
zum Abruf bereit. Stichwort „Mietgerichtstag“. Telefon 02 31 / 12 04-230, Fax 02 31 / 12 04-555.

GUT

G 58438

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH,
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

tenden Gewerbes nieder. Der entsprechende Saldenwert fiel binnen drei Monaten um 41,8 Zähler auf -38,9 Saldenpunkte. In die Rezession mitgerissen wurden nun die Mittelständler dieser Branche. Ihre Lagebeurteilung sank im selben Zeitraum um 30,9 Zähler auf -13,6 Saldenpunkte und rutschte damit erstmals seit August 2005 unter seinen historischen Durchschnitt, der konzeptionell der Nulllinie entspricht.

„Nun ist es gewiss: Auch das Rückgrat der deutschen Wirtschaft – der Mittelstand – befindet sich in der Stimmungsrezession. Mit dem starken Einbruch der Geschäftsurteile, die auf einen massiven Rückgang der Geschäftstätigkeit hindeuten, hat die Krise spürbar an Breite gewonnen.“, kommentiert der Chefvolkswirt der KfW Bankengruppe.

Die Indikatorfamilie KfW-ifo-Mittelstandsbarometer basiert auf einer größenklassen-bezogenen Auswertung des bekannten ifo Geschäftsklimaindex, bei dem monatlich rund 7000 Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft (Verarbeitendes Gewerbe, Bauhauptgewerbe, Großhandel, Einzelhandel) aus West- und Ostdeutschland zu ihrer wirtschaftlichen Situation befragt werden, darunter rund 5600 Mittelständler. Berichtet werden der Saldo der Beurteilung der aktuellen Geschäftslage (Prozentanteil der Gutmeldungen abzüglich des Prozentanteils der Schlechtmeldungen), der analog ermittelte Saldo der Geschäftserwartungen für die kommenden 6 Monate, sowie das hieraus als Mittelwert errechnete Geschäftsklima. Zudem werden, ebenfalls als Saldengrößen, die Beschäftigungserwartungen sowie die inländischen Absatzpreiserwartungen der Unternehmen genannt. Sämtliche Zeitreihen sind saison- und mittelwertbereinigt. Die Nulllinie markiert somit den „konjunkturalneutralen“ langfristigen Durchschnitt. Indikatorwerte größer (kleiner) Null weisen auf eine überdurchschnittliche bzw. positive (unterdurchschnittliche bzw. negative) Konjunktursituation hin. Die Ergebnisse werden nach Veröffentlichung des ifo Geschäftsklimaindex von der KfW Bankengruppe veröffentlicht.

Der Indikator kann inkl. Datentabelle und Grafiken auf der Internetseite der KfW Bankengruppe www.kfw.de in der Kategorie Research abgerufen werden.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 12. 10. 2008

Bundesregierung droht Mittelstand über eine Milliarde Euro Ordnungsgeld an – und ist selbst für die Unternehmen nicht erreichbar

Zur Antwort der Bundesregierung auf unsere Kleine Anfrage zu den neuen elektronischen Offenlegungspflichten nach dem Gesetz über elektronische Handels- und Genossenschaftsregister (EHUG / BT-Drs. 16/11120) erklären Christine Scheel, stellvertretende Fraktionsvorsitzende, und Jerzy Montag, rechtspolitischer Sprecher:

Die Bundesregierung hat bei der Umsetzung der seit Januar 2007 geltenden Regelungen zur elektronischen Offenlegung

von Jahresabschlüssen gründlich versagt. Hinsichtlich der Jahresabschlüsse des Geschäftsjahres 2006 wurde 456.000 offenklegungssäumigen Firmen Ordnungsgeld von mindestens 2.500 Euro angedroht. Immerhin geht es um eine Ordnungsgeldandrohung in der Gesamtsumme von mehr als eine Milliarde Euro. Dies ist ein Skandal vor dem Hintergrund, dass das Bundesamt für Justiz wegen Arbeitsüberlastung monatelang nicht erreichbar war. Das geht so nicht!

Es muss sichergestellt werden, dass den Unternehmen aus dem Zeitraum, in dem das Bundesamt für Justiz nicht erreichbar war, keine Nachteile erwachsen. Die Bundesregierung muss eine Kulanzregelung für die Umstellung vorlegen, da fast eine halbe Million Firmen mit dem neuen Recht nicht klar kommen.

BGH, Beschluss vom 3. Juni 2008 – 3 StR 246/07 – Rz. 24 „anderes gefährliches Werkzeug“ im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB

Bereits die Anzahl der geschilderten Lösungsansätze weist darauf hin, dass die Fassung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB missglückt ist. Diese lässt von vornherein keine Auslegung des Begriffs des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ zu, die unter Anwendung allgemeiner und für jeden Einzelfall gleichermaßen tragfähiger rechtstheoretischer Maßstäbe für alle denkbaren Sachverhaltsvarianten eine in sich stimmige Gesetzesanwendung gewährleisten könnte. So ist es etwa schwer verständlich, dass es innerhalb des Strafgesetzbuches und sogar einzelner Normen (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und Abs. 2 Nr. 1 StGB oder § 177 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 Nr. 1 StGB) zu einer unterschiedlichen Auslegung dieses wortgleichen Tatbestandsmerkmals kommen kann (vgl. hierzu schon BGH NStZ 1999, 301; NStZ-RR 2002, 265; aA noch BGH NStZ 2002, 594, 595). Beachtet man zudem die Untauglichkeit des vom Gesetzgeber erteilten Auslegungshinweises, so wird deutlich, dass mit den Mitteln herkömmlicher Auslegungstechnik eine umfassende, sachgerechte Lösung für alle denkbaren Einzelfälle nicht zu erreichen ist. Der Senat sieht deshalb davon ab, im vorliegenden Fall über die Beantwortung der präzisierten, dem konkreten Sachverhalt angepassten Rechtsfrage hinaus den Versuch zu unternehmen, das Tatbestandsmerkmal „anderes gefährliches Werkzeug“ im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB allgemeingültig zu definieren.



Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn