

Gewerbemiete Und Teileigentum

6–8/08

8. Jahrgang

Heft 43

Juni/Juli/August 2008

S. 241–312

Erscheinungsort Bonn

Dem Heft liegt bei das
Inhaltsverzeichnis der
Jahrgänge 2006–2007

Beiträge

H.-J. Papier: Einführung zur Urteilsverkündung im Verfahren „Rauchverbot“

K.-J. Neuhaus: Die Verwaltung vermieteter Gewerbeimmobilien

Wirtschaft und Verbände

F.-W. Steinmeier: Außenpolitik im Zeitalter der Urbanisierung

DStGB: Thesen kommunaler Tourismuspolitik

Gewerbemiete

Nichtraucherschutz in Gaststätten; Rauchverbot (BVerfG)

Rauchverbot in Gaststätten; Raucherclub (BVerfG)

Gaststättenpacht; Indexklausel; werterhöhende Pächterinvestitionen; Schiedsvereinbarung (OLG Düsseldorf)

Gaststättenpacht; Getränkebezugsverpflichtung; Klausel zu überhöhter Vertragsstrafe (OLG Düsseldorf)

Formularmäßige Beschränkung der Mietminderung (BGH)

Vollständiger Ausschluss der Mietminderung (BGH)

Rechtsmängelhaftung des nicht verfügbaren Vermieters (BGH)

Gewerberaummiete; Schriftform; Personenmehrheit (BGH)

Schriftform; Nachtragsvertrag; fehlende Schriftform des Ursprungsvertrags (BGH)

Teileigentum

Supermarkt-Getränkelager auf dem überbauten Nachbargrundstück (BGH)

Wettbewerb

D. Dingeldey: Internet – Umschau August 2008

Besteuerung

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

Steuerberaterhaftung; Betriebsaufspaltung; Familienunternehmen (BGH)

Vorteilsausgleichung von Steuervorteilen des Geschädigten (BGH)

Magazin

Inhalt

Beiträge

H.-J. Papier,

Einführung zur Urteilsverkündung im Verfahren „Rauchverbot“ (1 BvR 3262/07; 1 BvR 402/08; 1 BvR 906/08) am 30. Juli 2008 243

K.-J. Neuhaus,

Die Verwaltung vermieteter Gewerbeimmobilien 244

Wirtschaft und Verbände

F.-W. Steinmeier,

Außenpolitik im Zeitalter der Urbanisierung Rede zur Eröffnung der Konferenz „Chongqing Dialogue on Urbanisation“ am 15. Mai 2008 in Chongqin 249

DStGB Deutscher Städte- und Gemeindebund,
Thesen kommunaler Tourismuspolitik 250

Gewerbemiete

Nichtraucherschutz in Gaststätten; Rauchverbot; Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber; Kleingastronomie (BVerfG) 253

Rauchverbot in Bayerischen Gaststätten; Raucherclub (BVerfG) 272

Pacht; Gaststätte; Indexklausel; werterhöhende Investitionen des Pächters; Schiedsgutachtenabrede; Eignung des Sachverständigen (OLG Düsseldorf) 272

Pacht; Gaststätte; Vertragsstrafe; Getränkebezugsverpflichtung; unwirksame Klausel zu überhöhter Vertragsstrafe; Sicherungszweck (OLG Düsseldorf) 276

Gewerberaummieta; formularmäßige Beschränkung der Mietminderung; Auslegung der Klausel; unangemessene Benachteiligung; Büroräume (BGH) 278

Gewerberaummieta; Formularmietvertrag; vollständiger Ausschluss der Mietminderung; Störung des Äquivalenzprinzips (BGH) 280

Gewerberaummieta; Rechtsmängelhaftung des nicht verfügbaren Vermieters; Formen der Entziehung des Gebrauchs; Verhältnis zum allgemeinen Recht der Leistungsstörungen (BGH) 282

Gewerberaummieta; Schriftform; Personenmehrheit; Vertretungszusatz (BGH) 284

Gewerbemiete; Schriftform; Nachtragsvertrag; fehlende Schriftform des Ursprungsvertrags; Berufen auf den Formmangel nach längerem Vertragsverlauf; Kinocenter (BGH) 287

Kurzfassungen / Leitsätze Gewerbemiete etc. 289

Teileigentum

Teileigentum; Supermarkt; Getränkelager auf dem überbauten Nachbargrundstück; Überbau aufgrund zwischenzeitlich beendeten Mietvertrags; Beseitigungsanspruch (BGH) 290

Kurzfassungen / Leitsätze Teileigentum etc. 292

Wettbewerb

249 D. Dingeldey, Internet – Umschau August 2008 292

Besteuerung

K-Chr. Callsen, Steuern – Umschau August 2008 294

Steuerberaterhaftung; Vermeidung nachteiliger Folgen einer Betriebsaufspaltung; Familienunternehmen; Grundstücksmiete (BGH) 295

Vorteilsausgleichung von Steuervorteilen des Geschädigten aus Werbungskosten V+V bei Rückabwicklung des Immobilienkaufs; Wohnungseigentum; Mietpool (BGH) 297

Vorteilsausgleichung von Steuervorteilen des Geschädigten aus AfA bei Rückabwicklung des Immobilienkaufs; Wohnungseigentum; Vermietung und Verpachtung (BGH) 299

Magazin

Politik und Recht 300

Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2006-2007

Preis: 15,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und Bestelladresse in diesem Heft Seite 248

Lieferung solange vorrätig.

Impressum

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

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

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-dtp.de, Internet: www.kluth-dtp.de

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-online.de

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise (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 Abonnementzeitraumes. Auslandsabonnement: 174,80 € (inkl. Versand und ggf. MwSt). Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementkündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wochen 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 übertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken und zur Digitalisierung sowie das Recht weiterer Vervielfältigung und Verarbeitung 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 hieraus steht dem Autor zu. Die Abdruckgenehmigung ist auch dem Verlag mitzuteilen.

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 Kosten und Gefahr des Einsenders zurückgesandt. Nachdruck, fotomechanische Wiedergabe, Mikroverfilmung und Aufnahme in Datenbanken, ähnliche Einrichtungen und auf Datenträger aller nicht amtlichen, geschützten Werke sind nur mit vorheriger schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet.

Anschriftenänderungen und Umbestellungen können nur berücksichtigt werden, wenn sie dem Verlag unmittelbar mitgeteilt werden. Allein Adressummeldung 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.

Präsident Prof. Dr. Dres. h. c. Hans-Jürgen Papier als Vorsitzender des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts

Einführung zur Urteilsverkündung im Verfahren „Rauchverbot“ (1 BvR 3262/07; 1 BvR 402/08; 1 BvR 906/08) am 30. Juli 2008*

Das heutige Urteil betrifft Verfassungsbeschwerden von zwei Gastwirten, die sog. „Eckkneipen“ betreiben. Sie wenden sich gegen die Nichtraucherschutzgesetze von Baden-Württemberg und Berlin, die – wie die meisten anderen Landesgesetze auch – das Rauchen in Gaststätten grundsätzlich verbieten, jedoch Ausnahmen für abgetrennte Nebenräume vorsehen. Diese Vorschriften verletzen die beschwerdeführenden Gastwirte in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit.

Darüber hinaus betrifft das heutige Urteil die Verfassungsbeschwerde einer Diskothekenbetreiberin aus Baden-Württemberg. Nach dem dortigen Nichtraucherschutzgesetz gilt die für Nebenräume von Gaststätten zugelassene Ausnahme vom Rauchverbot nicht für Diskotheken. Diese Ungleichbehandlung verletzt die Diskothekenbetreiberin ebenfalls in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit in Verbindung mit dem Gleichheitssatz.

Die Verfassungsbeschwerden sind daher im Ergebnis erfolgreich.

1. Nach Überzeugung der Senatsmehrheit ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen zwar nicht gehindert, für Gaststätten ein striktes Rauchverbot ohne Ausnahmen zu erlassen – also auch ohne Ausnahme für die getränkegeprägte Kleingastronomie. Denn der Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren – wozu der Gesetzgeber auch die vom Passivrauchen ausgehenden Gefahren zählen darf – ist ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Ein generelles Rauchverbot in Gaststätten, das diesem Ziel dient, hätte verfassungsrechtlich Vorrang vor der Berufsfreiheit der Gastwirte und der Verhaltensfreiheit der Raucher.

2. Hat sich der Gesetzgeber jedoch – wie in den heute beurteilten Regelungen aus Baden-Württemberg und Berlin und wie in den meisten übrigen Landesgesetzen auch – nicht für ein striktes Rauchverbot entschieden, führt die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu einem anderen Ergebnis. In Ausschöpfung seines verfassungsrechtlichen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums kann der Gesetzgeber auch eine Konzeption wählen, bei der das Ziel des Gesundheitsschutzes im Ausgleich mit den Freiheitsrechten der Gaststättenbetreiber und der Raucher mit geringerer Intensität verfolgt wird. In diesem Fall müssen allerdings die Ausnahmen vom Rauchverbot folgerichtig ausgestaltet sein. Das heisst: Hat der Gesetzgeber die von ihm verfolgten Belange des Gesundheitsschutzes durch die Berücksichtigung der Interessen der Gaststättenbetreiber relativiert, muss er bei der Gestaltung der Ausnahmen vom Rauchverbot auch diejenigen Gaststätten – hier: die getränkegeprägten Kleingaststätten – miteinbeziehen, bei denen durch das Rauchverbot besonders starke wirtschaftliche Belastungen auftreten.

3. Die Regelung im Nichtraucherschutzgesetz des Landes Baden-Württemberg, die Diskotheken generell von der Begünstigung ausschließt, getrennte Raucherräume einrichten zu dürfen, stellt mit Blick auf die Ausübung der Berufsfreiheit eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Diskotheken gegenüber anderen Gaststätten dar. Will der Gesetzgeber Jugendliche vor den Gefahren des Passivrauchens bewahren, reicht es aus, den Ausschluss von Raucherräumen auf Diskotheken zu beschränken, zu denen Personen unter 18 Jahren Zutritt haben.

Will der Gesetzgeber zusätzlich Nachfolge- und Cliqueneffekten bei dem erwachsenen Publikum in Diskotheken entgegenwirken, kommt als milderer Mittel in Betracht, die Einrichtung von Tanzflächen in Raucherräumen zu untersagen und so deren Attraktivität zu verringern.

4. Für die erforderliche Neuregelung haben die Landesgesetzgeber Zeit bis zum 31. Dezember 2009. Dabei stehen ihnen mehrere Möglichkeiten zu Verfügung. Zum einen können sie sich unter Verzicht auf Ausnahmetatbestände für eine strenge Konzeption des Nichtraucherschutzes entscheiden. Zum anderen können sie im Rahmen eines weniger strengen Schutzkonzepts Ausnahmen vom Rauchverbot zulassen. Diese müssen allerdings folgerichtig auf besondere Belastungen einzelner Bereiche des Gaststättengewerbes Rücksicht nehmen und gleichheitsgerecht ausgestaltet sein. Für die sog. „Eckkneipen“ bedeutet dies, dass für sie nur die Freistellung vom Rauchverbot in Betracht kommt; denn ihre beengte Raumsituation erlaubt typischerweise nicht die Einrichtung abgetrennter Raucherbereiche.

Bis zu einer Neuregelung bleiben die angegriffenen Bestimmungen über das Rauchverbot in Gaststätten wegen der hohen Bedeutung des Schutzes der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens anwendbar. Um für die Betreiber getränkegeprägter Kleingaststätten existentielle Nachteile zu vermeiden, werden jedoch die in den Nichtraucherschutzgesetzen vorgesehenen Ausnahmen vom Rauchverbot bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung erweitert. Voraussetzung hierfür ist, dass die betroffene Gaststätte nur eine Schankerlaubnis besitzt, eine Gastfläche von weniger als 75 Quadratmetern hat, nicht über einen abgetrennten Nebenraum verfügt und Personen unter 18 Jahren der Zutritt verwehrt ist. Zudem muss die Gaststätte im Eingangsbereich als Rauchergaststätte, zu der Personen unter 18 Jahren keinen Zutritt haben, gekennzeichnet sein.

Für Diskothekenbetreiber gilt zur Vermeidung weiterer erheblicher wirtschaftlicher Nachteile ebenfalls eine Zwischenregelung. Danach darf – bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung – in Diskotheken, zu denen nur Personen ab 18 Jahren Zutritt haben, ein Raucherraum eingerichtet werden. Dieser darf allerdings keine Tanzfläche haben.

*) Veröffentlichung des Urteils und der abweichenden Meinungen des Richters Bryde und des Richters Masing in GuT 2008, 253 ff. (in diesem Heft). Zum Rauchverbot in Bayern: BVerfG GuT 2008, 272. Siehe dazu auch Stellungnahmen im Magazin-Teil dieses Hefts.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

Die Verwaltung vermieteter Gewerbeimmobilien

I. Der Verwalter als Gebäudemanager

Die Mietverwaltung gewerblicher Immobilien unterscheidet sich deutlich von der WEG- oder Wohnungsverwaltung. Auftraggeber des Verwalters sind üblicherweise Unternehmen (bspw. Fondsgesellschaften) oder unternehmerisch tätig werdende Privatpersonen. Dem gegenüber der WEG- und Wohnungsverwaltung geringeren Grad an Emotionalität in der täglichen Arbeit stehen höhere Anforderungen in Bezug auf Wirtschaftlichkeit und rechtliche Aspekte gegenüber, weil viele verwaltete Objekte einem klaren wirtschaftlichen Lebenszyklus unterliegen.

Dieser **Lebenszyklus einer Immobilie** beginnt mit der Planung und endet mit dem Rückbau bzw. der Entsorgung der Gebäude Reste und Altlasten. Die Zusammenfassung und Zuordnung der dabei entstehenden Kosten führt zu den sogenannten Lebenszykluskosten. Die Bewirtschaftung von Immobilien unter Berücksichtigung von Lebenszykluskosten wird häufig mit dem Begriff „Lifecycle Management“ umschrieben.

In diesem **Lifecycle Management** wird der Verwalter zu einem wichtigen Teil des **Gebäudemanagements**, also der Gesamtheit der Leistungen der kaufmännischen, rechtlichen, technischen und infrastrukturellen Verwaltung zur Nutzung von Gebäuden und Liegenschaften. Dieses Gebäudemanagement wiederum ist Bestandteil der heute üblicherweise als **Facility Management** bezeichneten Gesamtheit aller Leistungen zur optimalen Nutzung der betrieblichen Infrastruktur von Immobilien auf der Grundlage einer ganzheitlichen Strategie.

Die DIN 32736: Gebäudemanagement – Begriffe und Leistungen, definiert Gebäudemanagement als die Gesamtheit aller Leistungen, die zum Betreiben und Bewirtschaften von Gebäuden einschließlich der baulichen und technischen Anlagen auf der Grundlage ganzheitlicher Strategien notwendig sind. Daneben steht die in weiten Bereichen umfangreichere Norm VDMA 24196 Gebäudemanagement – Begriffe und Leistungen.

Hinweis:

Es handelt sich dabei nicht um gesetzliche Normen, sondern um privatwirtschaftliche Regelwerke, die lediglich der Orientierung und vereinfachten Handhabung dienen.

Die Verwaltung gewerblicher Immobilien mit dem komplexen Teilbereich der gewerblichen Miete und Pacht erfordert ein klar strukturiertes, systematisches Gebäudemanagement. Notwendige Schritte dazu sind:³

- Zusammenstellung bzw. Erfassung von Bestandsdaten zur Bewirtschaftung = ausreichende Dokumentationsunterlagen; Definition von Teilleistungen („Produkten“) des Gebäudemanagements; Aufbau einer klar strukturierten betrieblichen Organisation; Sicherstellung der interdisziplinären Kommunikation; ggf. Einführung von CAFM (Computer Aided Facility Management: ein Managementsystem auf EDV-Basis, mit dem Geschäftsprozesse des Gebäudemanagements dargestellt und gemäß der festgelegten Workflowgestaltung angestoßen werden können); klassisch kaufmännisches Gebäudemanagement (Beschaffungswesen, Kostenplanung und Kontrolle, Investmaßnahmen, Instandhaltung, Service, Objektbuchhaltung, Rechts- und Vertragsmanagement (das systematische Gestalten, Überwachen und Ändern von Verträgen)).
- Technisches Gebäudemanagement: Betreiben; Inbetriebnehmen, Instandhalten, Ändern; Dokumentieren; Energiemanagement; Informationsmanagement; Modernisieren; Sanieren; Umbauen; Verfolgen der technischen Gewährleistung; Abreißen.

- Infrastrukturelles Gebäudemanagement = Dienstleistungen, die im Umfeld der gebäudespezifischen Nutzungen anfallen: Catering – Verpflegungsdienste; DV-Dienstleistungen; Gärtnerdienste; Hausmeisterdienste; Kurier- und Botendienste, Hauspost; Transportdienste; Parkraumbetreiberdienste; Gebäudereinigung – Pflegedienste; Sicherheitsdienste; Umzugsdienste; Waren- und Logistikdienste; Winterdienste; Zentrale Telekommunikationsdienste; Entsorgungsdienste; Versorgungsdienste; Kopier- und Druckereidienste.

II. Der Verwaltervertrag

1. Überblick

Der Verwaltervertrag regelt die Beziehungen zwischen dem Immobilieneigentümer bzw. Vermieter/Verpächter und dem Immobilienverwalter (Hausverwalter/Mietverwalter). Die gegenseitigen Rechte und Pflichten und die Verwaltervergütung richten sich nach diesem Vertrag. Ein Hausverwaltervertrag ist ein entgeltlicher **Geschäftsbesorgungsvertrag** im Sinne von § 675 BGB, dessen werkvertragliche Elemente hinter dem dienstvertraglichen Charakter des Gesamtvertrages zurücktreten.⁴

Wie jeder andere Vertrag kommt auch der Verwaltervertrag durch **Angebot und Annahme** zustande. Er ist nicht an eine bestimmte Form gebunden und kann also auch mündlich abgeschlossen werden, was jedoch bereits aus Beweisgründen nicht zu empfehlen ist. Bei Wohnungseigentums-/Teileigentumsgemeinschaften begründet der **Bestellungsbeschluss** der Wohnungseigentümer noch keinen eigenständigen Vertrag mit dem Verwalter, sondern stellt ein Angebot zum Abschluss eines Verwaltervertrages dar, dem der Verwalter ausdrücklich oder konkludent zustimmen kann.

Der Verwalter vertritt den Eigentümer im Außenverhältnis gegenüber Dritten grundsätzlich als **Stellvertreter** gem. §§ 164 ff. BGB. Willenserklärungen, die der Verwalter abgibt (etwa Kündigungen, Mieterhöhungen), gibt er für den Eigentümer/Vermieter und in dessen Namen ab.

Die Leistung des Verwalters kann bspw. wie folgt **vergütet** werden:

- Pauschale Vereinbarung (... € pro Einheit/Jahr bzw. Monat).
- Mietabhängige Vergütung (...% aus der Brutto-/Netto-Soll-oder-Ist-Miete).
- Leistungsbezogene Vergütung nach einem genau festgelegten Leistungskatalog, also ein Grundhonorar zzgl. Vergütung für bestimmte Zusatzleistungen.

Für den Verwalter ist es besonders wichtig, sich nach Abschluss des Verwaltervertrages sämtliche für die Verwaltungspraxis relevanten **Unterlagen übergeben zu lassen**.⁵

Praxistipp:

Die Relevanz der Unterlagen wird von unerfahrenen Verwaltern oft unterschätzt. Es gilt die Regel: wer am Anfang

- 1) Der Autor ist Partner der Kanzlei Kloth Neuhaus Rechtsanwälte und Fachanwälte – Kanzlei für Versicherungs- und Immobilienrecht (www.kloth-neuhaus.de) und Spezialist für Gewerberaummiete. Er ist Mitglied des GuL-Netzwerks und des Fachausschusses Miet- und WEG-Recht der Rechtsanwaltskammer Hamm und Autor zahlreicher weiterer Publikationen. Daneben ist er als Dozent für Gewerberaummietrecht in der Immobilienbranche tätig.
- 2) Der Beitrag stellt einen für GuL redigierten Auszug aus dem soeben erschienenen „Handbuch der Geschäftsraummieta“, 3. Aufl. 2008, mit freundlicher Genehmigung des Verlags LexisNexis, Münster (www.lexisnexis.de), dar.
- 3) Vgl. LEXSoft Professional, Immobilienpraxis, Gebäudehandbuch und Handbuch Gebäudemanagement, Verlag LexisNexis, Münster.
- 4) OLG Saarbrücken, Beschl. v. 24.10.2007 – 5 W 219/07, IMR 2008, 192.
- 5) Checkliste in Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummieta, 3. Aufl. 2008, Rn. 2357.

nicht die Zeit investiert, sich einzuarbeiten, riskiert Fehler, die sich „wie ein Wurm fortpflanzen“. Kein Eigentümer/Vermieter wird nach einiger Zeit noch Verständnis dafür haben, wenn der Verwalter ihm mitteilt, der aktuelle Fehler sei entstanden, weil Unterlagen fehlen. Daher gilt: bei Beginn der Verwaltung alles anfordern, alles lesen, alles Wesentliche archivieren!

2. Mindestinhalt und Grundleistungen

Enthält der Verwaltervertrag keine **ausdrückliche Definition der Leistungen** des Verwalters, stellt dies für beide Parteien ein erhebliches Risiko dar, da im Streitfall ggf. gerichtlich bestimmt werden müsste, welchen Inhalt der Vertrag hat. Dies muss durch Auslegung gem. den §§ 133, 157 BGB geschehen, wozu dann auch die allgemeine Verkehrssitte und die Ortsüblichkeit als Auslegungskriterien herangezogen werden können. Fehlt also die Bestimmung der Leistung, besteht für den Verwalter das Risiko, dass der Eigentümer/Vermieter Leistungen, die der Verwalter gesondert vergütet haben möchte, als von der Grundvergütung erfasst zurückweist. Der Vertrag sollte deshalb im beiderseitigen Interesse regeln, ob und in welchem Umfang die Leistungen von der Verwaltervergütung erfasst sind. Die nachfolgend aufgezählten Leistungen sollten zum **Mindestinhalt** des Verwaltervertrages gehören (**Checkliste für Grundleistungen**):

- Höhe der Verwaltervergütung (ggf. für Grund- und Zusatzleistungen).
- Sonderhonorare (bspw. für jede Mahnung).
- Vergütung von Fotokopien.
- Abschluss und Kündigung von Mietverhältnissen.
- Abnahme und Übergabe der Mietflächen, Durchführung entsprechender Termine vor Ort.
- Inkasso der Mieten, Überwachung der Mieteingänge, außergerichtliches Mahnwesen.
- Erstellung der Betriebskostenabrechnung. Ergänzend: Erstellung der Abrechnung bis zu einem bestimmten Termin (z. B. 31.03. des Folgejahres).
- Verwaltung und Überwachung der Kautionszahlung bzw. von Bürgschaften oder anderen Sicherheiten.
- Abwicklung von Anfragen etc. Dritter, bspw. Telefon- und Schriftverkehr mit Behörden zur laufenden Verwaltung der Immobilie.
- Auszahlung von Mietguthaben/-überschüssen an den Eigentümer/Vermieter.
- Überwachung und Einstellung/Entlassung von Hilfskräften (Hausmeister etc.).
- Abschluss und Kündigung von immobilienbezogenen Versicherungen (hier sollte immer vereinbart werden, dass dies in Abstimmung mit dem Eigentümer zu erfolgen hat, da eine „Falschversicherung“ erhebliche Konsequenzen bspw. bei Zerstörung des Gebäudes haben kann. Hohes Haftungsrisiko!).
- Abwicklung von Schadensfällen mit Versicherungsunternehmen und Dritten.
- Überwachung des baulichen Zustands der Immobilie.
- Überwachung der laufenden Instandhaltung und Instandsetzung. Beauftragung etc. von Instandhaltungs- bzw. Instandsetzungsmaßnahmen, die nicht dem Mieter/Pächter obliegen: Berechtigung des Verwalters, bis zu einem Auftragswert von ... € den Auftrag in Vertretung des Eigentümers/Vermieters ohne gesonderte Zustimmung zu erteilen. Ergänzend: Einholung von mindestens 3 Kostenvoranschlägen ab einem voraussichtlichen Auftragswert in Höhe von ... €.
- Bildung einer Instandhaltungsrücklage aus den Mieteingängen.
- Einhaltung der Hausordnung.

- Überwachung der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung inklusive Anschaffung von Geräten (Gartengeräte u.ä.).
- Überwachung der Energielieferung inklusive Anschaffung von erforderlichen Verbrauchsmaterial (bspw. Öl) auf Kosten des Eigentümers/Vermieters.
- Beauftragung von Hilfskräften (Reinigungsunternehmen, Heizkostenabrechnungsunternehmen, Handwerker, Architekten, Sachverständige, Rechtsanwälte etc.) auf Rechnung des Eigentümers.
- Überwachung und Einhaltung der Verkehrssicherungspflichten.
- Überwachung und Einhaltung der Hausreinigung sowie sonstiger Punkte aus der Hausordnung.
- Aufstellung einer Hausordnung.
- Abschluss und Kündigung aller zur Bewirtschaftung der Immobilie erforderlichen Verträge (Wartungsverträge etc.). Einholung von mindestens 3 vergleichbaren Kostenvoranschlägen/Angeboten bei Überschreitung eines Jahresbruttowertes von ... €.
- Ordnungsgemäße Buchführung über Einnahmen und Ausgaben.
- Bezahlung der Ausgaben für die Immobilie aus den Mieteinnahmen ohne Vorschusspflicht für den Eigentümer.

3. Zusatzleistungen

Neben diesen so genannten Grundleistungen werden in der Praxis häufig gesondert zu vergütende Zusatzleistungen vereinbart. Auch hier gilt: Sind diese nicht vertraglich festgelegt, wird der Verwalter in der Regel Probleme haben, eine gesonderte Vergütung durchzusetzen. Sind die nachfolgenden Punkte nicht getrennt im Vertrag aufgeführt, muss man davon ausgehen, dass sie in der „normalen Vergütung“ enthalten sind.

Denkbar sind bspw. folgende (frei verhandelbare) Zusatzleistungen: Koordinierung, Durchführung, Überwachung von Umbaumaßnahmen; Koordinierung, Durchführung, Überwachung von umfangreichen Instandhaltungs-, Instandsetzungs- oder Modernisierungsmaßnahmen ab einer Brutto-Auftragssumme von ... €; Erstellung von Betriebskostenabrechnungen außerhalb des üblichen Turnus; Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen; Ermittlung des Verkehrswertes; Erfüllung behördlicher Auflagen, Verhandlungen mit Behörden über derartige Auflagen; Vorbereitung und Abwicklung gerichtlicher Mahn- und Klageverfahren; Bearbeitung von nachbarrechtlichen Ansprüchen, bspw. Baugenehmigungsverfahren von Nachbarn; Beschaffung von Unterlagen, die bei Übernahme der Verwaltung nicht vorhanden sind; Überwachung und Durchführung von Mieterhöhungen; Überwachung von Betriebspflichten der Mieter; Verhandlungen mit Finanzämtern, z. B. bei Optierung zur Umsatzsteuer.

4. Die Verwaltervollmacht

Unabhängig vom Verwaltervertrag benötigt der Verwalter vom Eigentümer/Vermieter eine Verwaltervollmacht, die sich zwar mittelbar aus dem Verwaltervertrag ergibt, aus Gründen der Praktikabilität aber dennoch gesondert erteilt werden sollte. Die Vollmacht kann gem. § 167 BGB **grundsätzlich formfrei** erklärt werden. Zu beachten ist aber, dass bei einseitigen Willenserklärungen (Kündigung, Mieterhöhung etc.) gem. § 174 BGB die Erklärungen des Bevollmächtigten zurückgewiesen werden können, wenn keine (Original-)Vollmachtsurkunde vorgelegt wird.

Praxistipp:

Der Verwalter kann sich vorsorglich vom Eigentümer mehrere entsprechende Vollmachten unterzeichnen lassen, damit er diese im Bedarfsfall sofort zur Hand hat, etwa bei erforderlichen fristlosen Kündigungen.

III. Der Verwalter als Makler

Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WoVermG darf sich ein Wohnungsvermittler bei bestimmten, in der Vorschrift festgelegten

Verflechtungen kein Entgelt dafür versprechen lassen, dass ein Mietvertrag über Wohnräume abgeschlossen wird, wenn eine der folgenden Beziehungen besteht.

Beispiel:

Der Makler darf nicht Eigentümer, Verwalter (des Sonder Eigentums) oder Vermieter sein.

Wie aber die Bezeichnung des Wohnungsvermittlungsgesetzes und der Wortlaut des § 2 bereits begrifflich feststellen, gelten diese Beschränkungen nur für Wohnraum.⁶ Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass dem Verwalter, der als Makler tätig wird (und umgekehrt), die Vereinbarung einer Vergütung für die Vermittlung von Geschäftsräumen und anderen gewerblichen Flächen nicht verboten ist.

IV. Rechtsberatung durch den Verwalter

Das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007 ist am 17.12.2007 im Bundesgesetzblatt verkündet worden.⁷ Das als Artikel 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsgesetzes gefasste Gesetz über **außergerichtliche Rechtsdienstleistungen** (Rechtsdienstleistungsgesetz – RDG) ist im Wesentlichen zum 1. 7. 2008 in Kraft getreten.

Was eine Rechtsdienstleistung ist, definiert § 1 RDG. Grundsätzlich geht es dabei um eine Tätigkeit in fremden Angelegenheiten, die eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Außergerichtliche Rechtsdienstleistungen sind danach gem. § 5 Abs. 1 RDG immer dann zulässig, wenn sie als **Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild** oder zur vollständigen Erfüllung der mit der Haupttätigkeit verbundenen Pflichten gehören. Ausdrücklich als Beispiel erwähnt § 5 Abs. 2 Nr. 2 RDG Rechtsdienstleistungen, die im Zusammenhang mit der **Haus- und Wohnungsverwaltung** erbracht werden. Diese Tätigkeiten sind damit generell erlaubt.

Bereits nach altem Recht konnte der Wohnungsverwalter eine gem. Art. 1 § 3 Nr. 3 RBERG grundsätzlich erlaubnisfreie Rechtsberatung ausüben.⁸ An dieser seitdem unbestrittenen Rechtslage will der Gesetzgeber mit der Neuregelung in der Sache nichts ändern.⁹ Allerdings bezog sich die zitierte BGH-Entscheidung nur auf die **gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen** einer Wohnungseigentümergeinschaft durch den Verwalter selbst. Eine Entscheidung des BGH zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen von Auftraggebern bei einer Mietobjektverwaltung existiert jedoch bisher nicht. Lediglich das OLG Frankfurt/Main hatte festgestellt, dass es zu einer umfassenden Hausverwaltung gehörte, dass der Hausverwalter Mieterhöhungen selbst durchsetzen könne.¹⁰ Damit bleibt die Frage, ob der Mietverwalter Forderungen selbst gerichtlich durchsetzen darf, nach wie vor gesetzlich und höchstrichterlich ungeklärt, weil sich das RDG nur auf außerdienstliche Rechtsberatung bezieht.

Dort, wo Rechtsdienstleistungen nicht (mehr) nur Nebenleistung sind, dürfen diese nach § 5 Abs. 3 RDG dennoch „aus einer Hand“ angeboten werden, wenn sie **in Zusammenarbeit** mit oder unter Hinzuziehung einer Person erbracht werden, der die selbständige entgeltliche Erbringung dieser Rechtsdienstleistungen erlaubt ist, sofern diese Person den rechtsdienstleistenden Teil der Tätigkeit eigenverantwortlich erbringt. Das heißt: es muss ein Anwalt hinzugezogen werden. Damit wird also wird klargestellt, dass Anwälte in diesem Rahmen stets selbständig und eigenverantwortlich arbeiten müssen, sodass Unternehmensjuristen auch in Zukunft keine Rechtsdienstleistungen erbringen dürfen.

Beispiel:

Ein größeres Immobilienverwaltungsunternehmen darf umfassende Rechtsdienstleistungen für seine Kunden nicht durch einen angestellten Syndikusanwalt erbringen lassen.

Auch soweit es nicht mehr um Nebenleistungen geht, ändert das RDG also an der bisherigen Rechtslage nichts. Es bleibt dabei, dass „Hauptrechtsdienstleistungen“ nicht durch Verwal-

ter selbst erbracht werden dürfen. Verstöße werden nach § 20 RDG als Ordnungswidrigkeit mit Geldbußen bis zu 20 000,00 € geahndet.

V. Prozessführungsbefugnis des Immobilienverwalters

Hausverwalterverträge und die dazu gehörenden Hausverwaltervollmachten ermächtigen oft dazu, Mieten und Nebenkosten **im eigenen Namen für Rechnung der Vermieter** geltend zu machen. Diese Regelung enthält materiellrechtlich eine sogenannte Einziehungsermächtigung, die den Verwalter berechtigt, Mieten und Nebenkosten im eigenen Namen einzuziehen. Dies ist als rechtliche Nebendienstleistung nach § 5 RDG zulässig, so lange es außergerichtlich erfolgt.

Auch bei einer solchen Einziehungsermächtigung ist aber die gerichtliche Geltendmachung der Forderung im eigenen Namen für Rechnung Dritter aus prozessualer Sicht nur unter den Voraussetzungen einer gewillkürten Prozeßstandschaft zulässig. Die **Prozessführungsbefugnis** des Hausverwalters zur Einziehung von Mieten auf Grund einer Ermächtigung des Vermieters (gewillkürte Prozeßstandschaft) erfordert ein eigenes rechtlich schutzwürdiges Interesse des Verwalters.¹¹ Dieses liegt nur dann vor, wenn die Entscheidung des Prozesses die eigene Rechtslage des Verwalters beeinflusst. Dies ist nicht schon deshalb der Fall, weil der Vermieter den Verwalter bevollmächtigt hat, ihn gegenüber den Mietern zu vertreten, oder er dem Vermieter zu ordnungsgemäßer Verwaltung und Rechenschaft verpflichtet ist.¹² Ein eigenes rechtliches Interesse ergibt sich auch nicht schon daraus, dass der Verwalter dem Vermieter Rechenschaft über die Verwaltung schuldet. Auch Vereinbarungen in der Hausverwaltervollmacht wie „Der Verwalter vertritt den Eigentümer gegenüber den Mietern“ reichen nicht aus.

Praxistipps:

Das eigene Interesse des Verwalters kann sich bspw. daraus ergeben, dass er eine Sondervergütung für die Prozessführung erhält. Ist diese aber durch das normale Verwalterhonorar mit erfasst, fehlt das Interesse.¹³

Die vorigen Ausführungen betreffen lediglich die zivilprozessuale Seite. Streng davon zu trennen ist die Frage, ob der Hausverwalter öffentlich-rechtlich gegen das RDG verstößt und nach § 20 RDG eine Ordnungswidrigkeit begeht, die zu einem Bußgeld bis zu 5000,00 € führen kann. Dies kommt bei Klagen des Verwalters im eigenen Namen grundsätzlich in Betracht. Erhält er aber eine eigene, vom sonstigen Honorar gesonderte (und nicht als Scheingeschäft einzustufende) Vergütung für die Klage, so handelt es sich nicht mehr zwingend um eine „fremde“ Rechtsangelegenheit i. S. d. § 2 Abs. 1 RDG, so dass die Prozessführungsbefugnis bejaht und ein Verstoß gegen das RDG verneint werden muss.

VI. Haftung des Immobilienverwalters

1. Überblick

Wer die Besorgung der Verwaltung eines vermieteten Anwesens übernimmt, verpflichtet sich schon nach dem Gesetz, die Vermögensinteressen des Auftraggebers in Bezug auf das Anwesen sorgfältig, sachkundig und loyal wahrzunehmen.¹⁴ Dazu zählt – soweit nicht die Geschäftsbesorgung gegenständlich ausdrücklich beschränkt ist – dem Geschäftsbesorger erkennbare Vermögensnachteile oder Schäden des Auftraggebers

6) Thüringer OLG, Urt. v. 18. 2. 2002 – 9 U 659/01, OLG-NL 2002, 78.

7) BGBl. 2007 I S. 2840.

8) Vgl. BGH, Beschl. v. 6. 5. 1992 – V ZB 9/92, NJW 1993, 1924 = WuM 1993, 431.

9) BT-Drucks. 16/3655 v. 30. 11. 2006, S. 56.

10) OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 29. 9. 1992 – 6 W 102/92, NJW-RR 1993, 335 = WuM 1992, 700.

11) KG, Beschl. v. 10. 7. 2006 – 12 U 217/05, IMR 2006, 173 = NZM 2007, 85 = GuT 2006, 267.

12) KG, Beschl. v. 10. 7. 2006 a. a. O.

13) LG Kassel, Urt. v. 6. 12. 1990 – 1 S 432/90, NJW-RR 1991, 529 = ZMR 1992, 548.

14) OLG Saarbrücken, Urt. v. 8. 2. 2006 – 5 U 178/05, NJW-RR 2006, 1602 = InfoM 2007, 85 = IMR 2007, 179.

– sei es durch eigene Initiative, sei es durch Ratschläge und Auskünfte (§§ 675, 666 BGB) gegenüber dem Auftraggeber – abzuwenden.¹⁵

Der Verwalter hat seine Pflichten aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag mit dem Eigentümer/Vermieter mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu erfüllen (§ 276 BGB). Er haftet seinem Auftraggeber nach **§ 280 BGB** aus Vertrag auf Schadensersatz, wenn er schuldhaft eine vertragliche Haupt- oder Nebenpflicht verletzt.¹⁶ Eine **Pflichtverletzung** liegt vor allem vor, wenn der Hausverwalter mit seiner Leistungspflicht in Verzug gerät (§§ 280 Abs. 2, 286 BGB) oder er sie nach erfolgloser Fristsetzung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt (§ 281 Abs. 1 BGB). Für Verschulden von Hilfskräften haftet der Verwalter nach § 278 BGB eigenverantwortlich. Der Umfang der Schadenersatzpflicht ergibt sich aus den §§ 249 ff. BGB

Daneben kommen **deliktische Ansprüche** aus unerlaubter Handlung gem. § 823 BGB wegen der Verletzung fremden Eigentums oder vor allem bei der Missachtung von Verkehrssicherungspflichten in Betracht. Hier kann sich der Hausverwalter bei der Einschaltung von Hilfspersonen aber durch den Nachweis entlasten, dass er bei der Auswahl und Überwachung der Hilfspersonen die erforderliche Sorgfalt angewendet hat, § 831 BGB.

Denkbar ist zudem eine Haftung als **vollmachtloser Vertreter** nach §§ 164, 179 BGB, wenn der Verwalter seine Vollmachten überschreitet. Daneben steht eine persönliche Inanspruchnahme des Verwalters durch Dritte, etwa wenn er nicht erkennbar als Vertreter auftritt. Der Verwalter des Mietgrundstücks ohne Auftrag (noch nicht erteilt oder entzogen) kann Geschäftsführer ohne Auftrag sein (§ 677); er ist grundsätzlich nicht verpflichtet, gegenüber dem Mieter ein Mieterhöhungsverlangen auszusprechen.¹⁷

Folgende Bereiche der Mietverwaltung sind besonders „**haftungssensibel**“: Formfehler beim Mietvertragsabschluss (Schriftform der §§ 550, 126 BGB!); fehlerhafte Berechnung von Mieten oder Betriebskosten; Verjährenlassen von Mieterforderungen; Kündigung des Mietverhältnisses (zu spät, Formfehler); Nichtausübung des Vermieterpfandrechts bei Mieterauszug; Nebenkostenabrechnungen; Mieterhöhung; Durchführung von Instandsetzungsmaßnahmen; Ankündigung und Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen; Umgang mit Mängeln: verspätete Mängelrügen; Abwicklung des Mietverhältnisses; Abschlags- oder Schlusszahlungen an Handwerker trotz erkennbarer Mängel an Werkleistungen.

2. Einzelfälle

a) Haftung gegenüber dem Eigentümer/Vermieter

Soweit zu den Aufgaben eines Verwalters auch die Anwerbung neuer Mietinteressenten sowie der **Abschluss neuer Mietverträge** gehören, haftet dieser dem Eigentümer nach den allgemeinen Regeln für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben, also für jede Form der Fahrlässigkeit.¹⁸ Ein Hausverwalter hat die Vermögensinteressen seines Auftraggebers in Bezug auf das Mietobjekt gründlich, sachkundig und loyal wahrzunehmen. Haftungsmaßstab ist hierbei nach dem einschlägigen Verkehrskreis die Sorgfalt eines erfahrenen und fachkundigen Kaufmanns der Grundstücks- und Wohnungswirtschaft.¹⁹ Dazu gehört es, erkennbare Vermögensnachteile oder Schäden des Auftraggebers abzuwenden. Ein Verwalter ist daher verpflichtet, finanziell „zuverlässige“ Mieter auszuwählen und sich vor Abschluss eines Mietvertrages etwaige **Einkommensnachweise** von dem Interessenten vorlegen zu lassen.²⁰ Hat der Verwalter zwar einen „Risiko-Mieter“ gewählt, zahlt dieser aber über längere Zeit und kommt es dann zum Zahlungsrückstand, kann dem Verwalter insoweit kein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden.²¹

Der Mietverwalter hat beim **Abschluss neuer Mietverträge** alles zu unterlassen, was auch nur zu einer Gefährdung bestehender Mietverhältnisse führen kann.²² Führt eine Pflichtverletzung in diesem Bereich zur Kündigung durch einen Alt-

mieter, kommt es für die Haftung des Verwalters nicht darauf an, ob die Kündigung berechtigt ist.²³

Beispiel:

Der Verwalter vermietet in einer Ladenpassage an einen neuen Mieter, ohne den Konkurrenzschutz eines Altmieters zu beachten. Der Altmietter kündigt wegen der neuen Konkurrenzsituation.

Ob ein Mietverwalter seine Pflichten auch subjektiv grob fahrlässig verletzt hat, hängt von einer wertenden Gesamtschau seines Verhaltens ab.

Hat ein Verwalter **geringere Mieteinnahmen** erzielt, als möglich gewesen wäre, kann der Vermieter grds. die Differenz von ihm verlangen. Er muss allerdings beweisen, welche Mieteinnahmen während der Zeit der Verwaltung möglich gewesen wären und wie hoch sein tatsächlicher Schaden ist.

Kündigt ein Mietverwalter dem Mieter bei Zahlungsverzug nicht rechtzeitig – also i. d. R. bei zwei offenen Monatsmieten –, haftet er grundsätzlich für den eintretenden Schaden durch die sich verzögernde Räumung. Voraussetzung ist, dass der Vermieter generell zur Kündigung ermächtigt hat. Wendet der Verwalter im Prozess ein, die Räume hätten ohnehin nicht früher weiter vermietet werden können, muss er wegen seiner berufsbezogenen Marktkenntnis im einzelnen darlegen, weshalb und aus welchen Gründen sowie für welche Zeiträume die Räume nicht hätten vermietet werden können.²⁴

Der Verwalter ist verpflichtet, den Eigentümer auf **mögliche Mietzins erhöhungen** aufmerksam zu machen.²⁵ Setzt der Verwalter rechtlich zulässige Mieterhöhungen nicht gegenüber den Mietern durch, so steht dem Eigentümer gegen den Verwalter ein Schadensersatzanspruch gem. den §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB zu.²⁶ Ein professionell tätiger Mietverwalter, der Mietverträge verwaltet, kennt sowohl den aktuell geschuldeten Mietzins als auch den rechtlich zulässigen und marktgerechten. Er weiß folglich, ob seinem Auftraggeber Vorteile entgehen, die er bei einer wirtschaftlich sinnvollen Verwaltung von Mietverträgen unschwer erzielen könnte. Auf die Wahrnehmung solcher Vorteile muss er folglich – auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung – hinwirken.²⁷ Im Streitfall muss der Verwalter darlegen und beweisen, dass der Vermieter einem solchen Hinweis nicht gefolgt wäre.²⁸

Der Verwalter muss auf **bauliche Mängel** aufmerksam machen.²⁹ Eine laufende Überwachung des Mietobjekts – etwa im Hinblick auf vom Mieter verursachte Mängel – schuldet er aber nur in den Grenzen, in denen auch ein Eigentümer die Überwachung des vermieteten Objekts wahrnehmen kann.³⁰ Darf also etwa der Vermieter nicht öfter als zwei Mal im Jahr die Räume des Mieters „inspizieren“, so gilt dies auch für den Mietverwalter.

Schließt der Hausverwalter einen Mietvertrag mit einer nach der Rechtsprechung des BGH **unwirksamen Schönheitsreparaturklausel** ab, so haftet er dem Vermieter auf Schadenersatz.

15) OLG Saarbrücken, Urt. v. 8. 2. 2006 a. a. O.

16) OLG Saarbrücken, Beschl. v. 24. 10. 2007 – 5 W 219/07, IMR 2008, 192.

17) BGH, Urt. v. 6. 3. 2008 – III ZR 219/07, GuT 2008, 141.

18) OLG Saarbrücken, Urt. v. 12. 2. 2004 – 8 U 102/03, LNR 2004, 12419.

19) OLG Saarbrücken, Urt. v. 12. 2. 2004 a. a. O.

20) OLG Saarbrücken, Urt. v. 12. 2. 2004 a. a. O.

21) OLG Saarbrücken, Beschl. v. 24. 10. 2007 – 5 W 219/07, IMR 2008, 192.

22) OLG Koblenz, Urt. v. 11. 5. 2006 – 5 U 1805/05, NZM 2006, 629 = InfoM 2006, 190 = GuT 2006, 150.

23) OLG Koblenz, Urt. v. 11. 5. 2006 a. a. O.

24) OLG Köln, Urt. v. 28. 2. 2002 – 8 U 81/01, LNR 2002, 21024 = DSfR 2003, 347.

25) OLG Saarbrücken, Urt. v. 8. 2. 2006 – 5 U 178/05, NJW-RR 2006, 1602 = InfoM 2007, 85 = IMR 2007, 179.

26) OLG Saarbrücken, Urt. v. 8. 2. 2006 a. a. O.

27) OLG Saarbrücken, Urt. v. 8. 2. 2006 a. a. O.

28) OLG Saarbrücken, Urt. v. 8. 2. 2006 a. a. O.

29) BGH, Urt. v. 20. 11. 1997 – III ZR 310/95, WuM 1998, 33 = NJW 1998, 680.

30) OLG Saarbrücken, Beschl. v. 24. 10. 2007 – 5 W 219/07, IMR 2008, 192.

satz.³¹ Im konkreten Fall ging es darum, dass der Hausverwalter trotz bereits ergangener BGH-Rechtsprechung im Mietvertrag noch einen sog. starren Fristenplan vereinbarte, den der Mieter dann erfolgreich angriff, so dass keine Schönheitsreparaturen mehr ausgeführt werden mussten. Die dafür anfallenden Kosten holte sich der Vermieter dann nach § 280 BGB beim Verwalter.

Praxistipp:

Der Fall zeigt, dass die Gerichte beim Verwalter die Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung voraussetzen. Hier sollte sich regelmäßig fortgebildet werden.

b) Verwalter als Kostenschuldner

Beauftragt ein von der Eigentümergemeinschaft hierzu ermächtigter Hausverwalter in dieser Funktion einen **Handwerker mit der Durchführung umfangreicher Arbeiten** an dem Anwesen, haftet er im Normalfall nicht für die Bezahlung der Rechnung.³² Der Umfang der vergebenen Arbeiten ist nicht entscheidend für die Frage, ob der Hausverwalter im eigenen oder in fremdem Namen gehandelt hat. Tritt der Verwalter bei der Auftragserteilung erkennbar (z. B. durch verwendeten Briefkopf) als solcher auf, müssen besondere Umstände hinzutreten, die auf eine persönliche Haftung des Verwalters schließen lassen.³³ Diese Regelungen lassen sich ohne weiteres auch auf den Mietverwalter übertragen.

Aus einem Vertrag über eine Gebäudeversicherung ist der Grundbesitzverwalter als Versicherungsnehmer zur Prämienzahlung verpflichtet, wenn er für den Vertragsabschluss einem Versicherungsmakler Abschlussvollmacht erteilt hat, der Versicherungsschein sowie dessen Nachträge, die dem Versicherungsmakler zugegangen sind, den Grundbesitzverwalter als Versicherungsnehmer ausweisen, der Versicherungsmakler in einem Schreiben an den Versicherer den Grundbesitzverwalter als Versicherungsnehmer bezeichnet hat, die Beitragsrechnungen auf den Grundbesitzverwalter ausgestellt wurden und bei Eintritt eines Versicherungsfalles die Entschädigungsleistung an den Grundbesitzverwalter bzw. den Versicherungsmakler erbracht wurde.³⁴

3. Haftungsbegrenzungen im Verwaltervertrag

Klauseln, die von vornherein auch Ansprüche bei **Verletzung des Körpers, des Lebens und der Gesundheit** ausschließen, die auf **einfacher Fahrlässigkeit** basieren, sind unwirksam. Nach dem Grundgedanken der §§ 276, 278 BGB ist ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit über §§ 307, § 309 Nr. 7a BGB unwirksam, soweit er auch Verhaltenspflichten betrifft, aus denen sich typischer Weise Gefahren für Leib und Leben ergeben, da es gerade ein unverzichtbares Anliegen der Rechtsordnung ist, diese Rechtsgüter durch den Bestand von Schadensersatzverpflichtungen zu schützen.³⁵ § 309 Nr. 7a BGB greift als Auslegungsmaßstab über die Generalklausel des § 307 BGB auch bei Geschäftsraummiete³⁶ und ist entsprechend auch auf Haftungsbeschränkungsklauseln in Verwalterverträgen anzuwenden. Eine Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit bei Verletzung wesentlicher Pflichten gefährdet den Vertragszweck gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

Die Verjährung kann gem. § 202 BGB bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden. Diese erst durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz im Jahr 2002 eingeführte Wertung des Gesetzes kann wegen ihrer Leitbildfunktion auch bei der Inhaltskontrolle von so genannten Altklauseln aus vor 2002 abgeschlossenen Verwalterverträgen herangezogen werden.³⁷ Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen gegen den Verwalter einer Wohnungseigentumsanlage kann zwar auch durch AGB verkürzt werden.³⁸ Eine Klausel in AGB, in der solche Ansprüche auch bei vorsätzlichem Handeln des Verwalters unabhängig von der Kenntnis der Geschädigten nach drei Jahren verjähren, benachteiligt den Vertragspartner des Verwalters jedoch unangemessen und ist deshalb unwirksam.³⁹ Diese unwirksame Klausel lautete:

„§ 4. (2) Gegenseitige Ansprüche aus diesem Vertrag verjähren nach drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem sie entstanden sind, spätestens jedoch drei Jahre nach Beendigung des Vertrags.“

4. Vermögensschadenshaftpflichtversicherung

Will der Verwalter sich gegen die aus seiner Berufstätigkeit ergebenden Ansprüche aus Vermögensschäden versichern, muss er eine Vermögensschadenshaftpflichtversicherung (VSH) abschließen.

Hinweis:

Die Betriebshaftpflichtversicherung deckt grundsätzlich nur Sach- noch Personenschäden. Vermögensschäden sind nicht mitversichert.

Der Versicherungsschutz einer VSH umfasst Schadenersatzansprüche von Dritten, die wegen einer Pflichtverletzung des Hausverwalters oder einer Person, für die er selbst haftet (Angestellte etc.), einen Vermögensschaden geltend machen. Versichert sind die Prüfung der Haftpflichtfrage durch den Versicherer, der Ersatz begründeter Ansprüche bis zur Höhe der vereinbarten Versicherungssumme sowie die Abwehr unberechtigter Ansprüche (Übernahme von Anwalts- und Gerichtskosten). Die VSH beinhaltet zum letztgenannten Punkt damit eine Art von Rechtsschutzversicherung.

Die Jahresprämie richtet sich nach der Anzahl verwalteter Einheiten und nach der Höhe der Deckungssumme. Diese sollte ausreichend bemessen sein. Werden zusätzlich Bauvorhaben/-maßnahmen betreut, ist dies ausdrücklich mit dem Versicherer abzustimmen.

- 31) KG, Beschl. v. 13.10.2006 – 3 U 3/06, IMR 2008, 9 = GE 2007, 511 = WuM 2008, 81 = GuT 2003, 54.
32) BGH, Urt. v. 8.1.2004 – VII ZR 12/03, Gut 2004, 94 = NZM 2004, 559 = MDR 2004, 743.
33) BGH, Urt. v. 8.1.2004 a. a. O.
34) OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.6.2006 – 4 U 191/05, NZM 2007, 504 = VersR 2007, 1126.
35) LG Frankfurt/Oder, Urt. v. 22.7.2003 – 12 O 58/03, ZMR 2003, 741 zu Wohnraum.
36) Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019, 1020 m.w.N.
37) OLG München, Beschl. v. 8.11.2006 – 34 Wx 45/06, NZM 2007, 93.
38) OLG München, Beschl. v. 8.11.2006 – 34 Wx 45/06.
39) OLG München, Beschl. v. 8.11.2006 – 34 Wx 45/06.

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@prewest.de

www.prewest.de

über 166 000 Zugriffe seit Februar 2007

Wirtschaft und Verbände

Dr. Frank-Walter Steinmeier, Bundesminister des Auswärtigen

Außenpolitik im Zeitalter der Urbanisierung

Rede zur Eröffnung der Konferenz „Chongqing Dialogue on Urbanisation“
am 15. Mai 2008 in Chongqing

Sehr geehrter Herr Bo Xilai,
sehr geehrter Herr Vizeminister Li Ganjie,
sehr geehrter Herr Dr. Appel,
sehr geehrter Herr Professor Töpfer,
meine Damen und Herren!

Megacities, Urbanisierung, Quartiersmanagement gehen uns als Stichwörter aus dem Lexikon der Globalisierung inzwischen leicht über die Lippen.

Tatsächlich stehen sie eher als Chiffre für deren Probleme denn für Alternativen zu ihrer Lösung. Wir reden über das Zusammenleben und die Versorgung von Menschen in kommunalen Einheiten - nicht über klassische Kommunalpolitik. Das zeigen auch Ihre Themen hier, die weit über den kommunalen Themenkatalog hinaus gehen:

Energieeffizienz, nachhaltige Industriepolitik mit einem Schwerpunkt auf der chemischen Industrie, Fragen des Wassermanagements, der Logistik und nicht zuletzt der gesellschaftlichen Verantwortung von Unternehmen stehen auf Ihrem Programm heute.

Das alles sind Themen, die von Berlin bis Beijing, von Chicago bis Chongqing aktuell sind, die weltweit die Agenda unseres politischen wie wirtschaftlichen Handelns bestimmen.

Umso mehr gratuliere ich Ihnen zu Ihrer heutigen Veranstaltung. Ihre Themen und Teilnehmer zeigen: Urbanisierung - das ist Globalisierung im Brennglas.

Zur Globalisierung soll aber nicht nur zählen, dass wir weltweit vor ähnlichen Herausforderungen stehen, häufig genug ohne überzeugende Konzepte!

Ich möchte Ihr Augenmerk zunächst auf einen Zusammenhang richten, der oft hinter dem Schleier der praktischen Fragen verborgen bleibt: Globalisierung, das ist in meinen Augen auch eine Frage der Haltung, der Philosophie, der Prinzipien, mit der wir Probleme und Aufgaben angehen.

Hier sehe ich die größte Herausforderung für uns alle. Wie wir gemeinsame Probleme angehen, das hat sehr viel mehr Einfluss auf die Möglichkeit gemeinsamer Antworten und damit auch auf die Antworten selbst, als wir das oft zugeben.

Ich meine: genau deswegen sollten wir auch nicht versuchen, neue Herausforderungen mit alten Denkmustern anzugehen. Wir sollten nicht dieser Versuchung geistiger Trägheit nachgeben. Sondern uns auf den Weg machen zu einer Neujustierung unseres Wahrnehmungshorizontes. Das wird notwendig sein!

Denn die globalen Herausforderungen verschieben die wirtschaftlichen Kraftzentren und mit ihnen auch die politischen Macht- oder Einflusstrome. Eine „Neuvermessung der Welt“ wird unvermeidlich sein, wie ich schon an anderer Stelle gesagt habe.

Wir benötigen dazu neue Messpunkte und Messinstrumente. Die Verortung von Freundschaft oder Gegnerschaft in gewohnten ideologischen Formationen lässt uns immer häufiger orientierungslos.

Die Elfe der Machtblöcke und das Metermaß der nationalen Interessen, genügen nicht. Wir müssen der Versuchung widerstehen, der Unübersichtlichkeit der modernen Welt durch schlichtes Entstauben alter Denk- und Ordnungsmuster Herr zu werden.

Eine neue Ordnung wird nicht eine Neuformation der Blöcke sein und nicht sein dürfen. Die Fragen der Globalisierung er-

fordern neue Politik; nicht nur zwischen den Machtzentren einer multipolaren Welt, sondern auch zwischen Staat und Zivilgesellschaft; und sie verlangen Offenheit und den Willen zur Modernisierung von Staat und Gesellschaft.

Offenheit meint immer auch die Fähigkeit zu Kritik und Bereitschaft, sie auszuhalten. Ganz sicher. Nur beschränken dürfen wir Politik nicht darauf, sonst erstarrt auch Kritik und mit ihr Politik zum Ritual.

Ich meine: Politik muss sich ausrichten an Zukunft, sie muss gestalten und verändern wollen. Sie ist insofern anspruchsvoller als bloße Kritik.

Was wir dazu brauchen, ist gegenseitige Offenheit und Ehrlichkeit, manchmal auch Ermutigung, immer aber den Mut für den verbindlichen Dialog, der uns befähigt, gemeinsame Lösungen für gemeinsame Aufgaben zu finden:

„Verantwortungspartnerschaft“ tut not, im Angesicht aktueller globaler Herausforderungen, so ist das einmal formuliert worden. Mit meiner Reise zum jetzigen Zeitpunkt versuche ich in gleicher Weise einen Beitrag dazu zu leisten, wie Sie ihn durch Ihre heutige Veranstaltung leisten.

Ihre Konferenz ist Teil der Veranstaltungsserie „Deutschland und China - gemeinsam in Bewegung“, Teil unseres Neuansatzes auch in der Auswärtigen Kulturpolitik. Sie zeigt neue Wege der Zusammenarbeit nicht nur im kulturellen Bereich auf, sondern über die kulturelle Zusammenarbeit verweisen wir auf die gemeinsamen gesellschaftlichen Aufgaben. Die heutige Veranstaltung ist dafür ein hervorragendes Beispiel und ich danke den Veranstaltern dafür sehr!

Zu der Frage der Haltung, mit der wir an die Fragen der Globalisierung herangehen, zählt aber nicht nur der Mut, sich auf den Weg zu machen zu einer Neuvermessung der Welt, sondern wer gemeinsame Verantwortung annimmt, der nimmt sich auch des Schicksals des anderen an. Mitgefühl und Hilfsbereitschaft, so stand es vor kurzem in einer deutschen Zeitung, seien die Stichworte in China angesichts der schrecklichen Katastrophe des 12. Mai.

Meine gesamte Delegation und ich, wir sind daher heute auch gekommen, um unser Mitgefühl zum Ausdruck zu bringen. Als politisch Verantwortliche, als wirtschaftlich oder kulturell Verantwortliche und vor allem: als Freunde.

Und wir wollen einen konkreten Beitrag zur Hilfe in der am schlimmsten verwüsteten Region Dujiangyan leisten. Wir wollen acht Schulen im Erdbebengebiet wieder aufbauen und die Patenschaft für diese Schulen übernehmen.

Stellvertretend für die vielen deutschen Unternehmen und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in den Unternehmen, die sich hier mit Hilfeleistungen engagiert haben, möchte ich hier Dank sagen: dem Asien-Pazifik-Ausschuss der deutschen Wirtschaft und ganz besonders den Unternehmen Bosch und Thyssen-Krupp, der BASF und dem TÜV Rheinland, der Dena und Fresenius Medical Care und nicht zuletzt der Mittelstandspartnerschaft rund um Dr. Martin Herrenknecht und Lukas Meindl, dass sie diese gemeinsame Initiative möglich gemacht haben, die ergänzt wird von einem weiteren Hilfsprojekt für Schulen der Bertelsmann AG.

Einen ganz besonderen Dank aber möchte ich der Geschwister-Scholl-Gesamtschule in Dortmund und der Bettina von Arnim-Oberschule in Berlin aussprechen: sie haben schon jetzt ei-

ne Schülergruppe aus einer dieser Schulen nach Berlin und Dortmund eingeladen und ich bin sicher, wir werden noch viele weitere Patenschaften für diese Schulen erhalten.

Diese gemeinsame Initiative von Politik, Zivilgesellschaft und Wirtschaft ist ein kleines, aber ganz konkretes Beispiel für die Verantwortungsgemeinschaft, von der ich eben gesprochen habe.

Und es zeigt auch: gemeinsame Verantwortung funktioniert dann am besten, wenn sich die Gesellschaften öffnen; im Verhältnis von Staat und Gesellschaft, aber auch gegenüber den Freunden aus anderen Ländern. Auch hier bewährt sich: Offenheit schafft Vertrauen.

Diesen Gedanken sollten wir auch für die Herausforderungen nutzen, mit denen sich die heutige Tagung beschäftigt und ich möchte noch *drei* Aspekte dabei besonders hervorheben:

Erstens. Bei der Vorbereitung auf meine Reise habe ich gelernt, dass es historisch gesehen in China zwei Städtetypen gibt: Diejenigen Städte, die sich um eine Festung gebildet haben, und diejenigen Städte, die sich um einen Markt gegründet haben. Ich glaube, uns in Deutschland ist dieses Phänomen nicht ganz unbekannt und der deutsche Satz „Stadtluft macht frei“ hat ja bei uns viel zu tun mit der Befreiung des Individuums von den Fesseln des Feudalismus, aber auch mit der Entwicklung von gesellschaftlichem Wohlstand.

Was bedeutet das für uns heute? Ich glaube, das Marktmodell der Urbanisierung kann uns auch im Zeitalter der Globalisierung weiterhelfen: Jedenfalls dann, wenn wir unter „Markt“ nicht nur den Austausch von Waren und Gütern verstehen, sondern im Auge behalten, dass dieser Tausch nur der Ausgangspunkt für die Entwicklung von Städten, von Urbanität ist; und dass Urbanität weit mehr ist als Markt, nämlich die Gestaltung eines wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und politischen Gemeinwesens.

Deswegen bin ich auch der Meinung, dass wir bei der Gestaltung der Globalisierung ganz besonders darauf zu achten haben, dass sich Modelle der Teilhabe entwickeln können. Einer der Urväter des Liberalismus, Adam Smith, wusste - manchen Missverständnissen zum Trotz - noch sehr genau, dass die berühmte „unsichtbare Hand“ des Marktes und die sehr sichtbare „helfende Hand“ des Staates zum Wohl der Bürgerinnen und Bürger ineinandergreifen müssen!

Ich bin daher auch sehr gespannt auf die Schlussfolgerungen, die sie in ihrem heutigen Panel zu den Fragen der Daseinsvorsorge, der Gewährleistung von Infrastrukturen ziehen werden.

Einen *zweiten* Aspekt möchte ich benennen: Die großen Städte sind heute bereits unter vielen Gesichtspunkten globale Player. Nicht nur, weil heute zum ersten Mal in der Geschichte der Menschheit mehr Menschen in Städten leben als auf dem Land, sondern Megacities wie Chongqing mit seinen fünf Millionen Einwohnern in der Kernstadt und 25 Millionen Einwohnern im Umland haben heute Größenordnungen erreicht, wie wir sie bei uns in Europa nur von Staaten gewohnt sind. Die großen Städte repräsentieren 80 Prozent des globalen Energieverbrauchs und 75 Prozent, drei Viertel aller klimaschädlichen Emissionen weltweit.

DStGB Deutscher Städte- und Gemeindebund, Berlin

Thesen kommunaler Tourismuspolitik

Tourismus ist ein Querschnittsthema. In fast allen politischen Themenbereichen können Bezüge zum Tourismus hergestellt werden. Das macht es manchmal schwer, Potenziale für den Tourismus im alltäglichen Handeln zu erkennen.

Die „Thesen kommunaler Tourismuspolitik“ greifen einige Aspekte der Tourismuspolitik auf, die Querverbindungen zur lokalen Politik für den Mittelstand, die regionale Entwicklung und mehr zeigen. Inhaltlich konzentrieren sich die Thesen auf

Aus diesen Fakten sollten wir auch politisch die notwendigen Schlüsse ziehen: Weder der Klimawandel noch die Frage des schonenden Umgangs mit natürlichen Ressourcen lassen sich lösen, ohne dass wir bei den großen Städten ansetzen. Der „Large Cities Climate Summit“, der im vergangenen Jahr zum zweiten Mal statt fand, ist dafür sicher ein guter Ansatzpunkt.

Ich plädiere ausdrücklich dafür, dass wir diese Ansätze auch weiter fördern und auch deswegen danke ich Ihnen, lieber Herr Professor Edenhofer, sehr, dass Sie mich auf dieser Reise begleitet haben. Als ausgewiesener Spezialist für Fragen des Klimawandels besonders in Zusammenhang mit den Megacities werden Sie ja in den nächsten Monaten einen „chinese Stern-Report“ verfassen, und ich bin sicher, die heutige Konferenz ist ein wichtiger Baustein für Sie und für alle, die an diesen Fragen arbeiten.

Einen *dritten* und letzten Aspekt möchte ich benennen, der mit den beiden vorgenannten eng zusammenhängt: Urbanisierung ist Globalisierung im Brennglas. Nirgendwo zeigt sich dies deutlicher als bei den Fragen des Umgangs mit natürlichen Ressourcen. Und so scheint es mir kein Zufall zu sein, dass sie heute den Themen „Wasser“ und „Energie“ jeweils ein eigenes Panel widmen und sich die Frage der Nachhaltigkeit und des Klimaschutzes wie ein roter Faden durch die Konferenz zieht.

Ich habe seit meinem Amtsantritt dafür geworben, die Verteilung von und den Umgang mit natürlichen Ressourcen als zentrale Aufgabenstellung vorausschauender Außenpolitik zu begreifen.

Ressourcenkonflikte zwischen Staaten und Regionen, Verteilungskonflikte innerhalb der Gesellschaften und nicht zuletzt die Auswirkungen des Klimawandels, das sind auch große außen- und sicherheitspolitische Herausforderungen im Zeitalter der Globalisierung. Und insofern ist es vielleicht gar nicht so überraschend, dass ein deutscher Außenminister die heutige Konferenz eröffnet: Sie bringt Akteure unserer beiden Länder aus verschiedenen Bereichen und Ebenen zusammen. Genau diesen Ansatz kooperativer Lösungsstrategien unterstütze ich und ich bin, lassen Sie mich das einmal ganz unbescheiden formulieren, auch davon überzeugt, dass wir Deutsche und ganz besonders die hier und heute vertretenen Unternehmen etwas dazu beitragen können, die benannten Probleme in den Griff zu bekommen.

Energieeffizienz, ein modernes Ressourcenmanagement, umweltschonende Infrastrukturmaßnahmen und nicht zuletzt nachhaltige ordnungspolitische Rahmensetzung, das sind vier Bereiche unter vielen, in denen deutsche Unternehmen Erfahrung und Kompetenz, Technologien und Talente anbieten können.

Ich freue mich daher sehr, dass Sie alle hier zum heutigen Erfahrungsaustausch zusammengekommen sind und ich bin sicher, die Gespräche und Diskussionen heute und morgen werden die Basis legen für weitere konkrete Projekte und Maßnahmen und vor allem: für gemeinsame Lösungen zum gemeinsamen Besten!

In diesem Sinne wünsche ich Ihnen eine erfolgreiche Konferenz.

Tagestouristen, die ein unterschätztes Potenzial im Tourismusmarkt darstellen. Tagestouristen generieren bundesweit jährlich Einnahmen von rund 40 Mrd. €. Zu ihnen zählen Naherholungssuchende, Ausflügler, Besucher von Verwandten oder Bekannten, oder Menschen, die zu Einkaufs- oder Freizeitzwecken kurzfristig vor Ort sind. Die Beachtung touristischer Aktivitäten dieser Gruppe bzw. Tourismuspolitik in diesem Sinne kann auch für Städte und Gemeinden lohnenswert sein, die nicht ausdrücklich touristisch orientiert sind. Sie kann die wirtschaftli-

che Entwicklung und die Attraktivität der Gemeinde beeinflussen. Die Thesen zur Tourismuspolitik richten sich deshalb an alle Städte und Gemeinden.

Die Thesen kommunaler Tourismuspolitik wurden am 10. Oktober 2006 vom Ausschuss für Wirtschaft, Tourismus und Verkehr des Deutschen Städte- und Gemeindebundes in Büsum beschlossen.

Die Thesen im Wortlaut:

Die Thesen kommunaler Tourismuspolitik bringen Feststellungen und grundsätzliche Funktionen zum Tourismus zum Ausdruck, die im Alltag nicht immer mit wünschenswerter Präsenz vorhanden sind. Sie können Empfehlungscharakter für die örtliche Tourismuspolitik haben. Allerdings müssen sie vor Ort gegebenenfalls ergänzt, angepasst und zugespitzt werden.

1. Tagesreisen und Ausflüge sind Tourismus!

Tourismus ist ein wirtschaftlicher Querschnittssektor. Die amtliche Statistik erfasst jedoch nur die Beherbergungsstätten mit neun und mehr Betten sowie die Campingplätze in Deutschland. Oftmals richtet sich die örtliche Tourismuspolitik im Schwerpunkt an Übernachtungsgäste. Damit wird der Tourismus nicht annähernd abgebildet. Die Welttourismusorganisation (WTO) definiert Tourismus weiter: *Touristen sind Personen „die zu Orten außerhalb ihres gewöhnlichen Umfeldes reisen und sich dort für nicht mehr als ein Jahr aufhalten aus Freizeit- oder geschäftlichen Motiven, die nicht mit der Ausübung einer bezahlten Aktivität am besuchten Ort verbunden sind.“*

Damit fallen unter den Tourismusbegriff auch Tagesgäste und Ausflügler. Ausgehend von den Reisezwecken bedeutet die Definition, dass auch Verwandten- oder Freundschaftsbesuche Tourismus oder Geschäftsreisende Touristen sind. Ausschlaggebend ist, dass eine Ortsveränderung stattgefunden hat, dass die Reisedauer nicht zu einem Daueraufenthalt (1 Jahr) wird und es sich nicht um Arbeit (Arbeitsmigration, z. B. Erntehelfer) handelt.

Tourismus ist demnach kein Thema, welches auf Kur- oder Erholungsorte und Bäder beschränkt ist. Das Einkommen aus Tourismus mit Übernachtungen lag 2004 bei ca. 19,2 Mrd. €. Im selben Jahr summierten sich die Einnahmen aus Tourismus ohne Übernachtungen auf 40,5 Mrd. €, also auf mehr als das Doppelte.

Dieses Potenzial lässt sich gegebenenfalls steigern, wenn die spezifischen Bedürfnisse von Tagesgästen berücksichtigt werden. So könnte die Information über örtliche Veranstaltungen oder die Wegweisung angepasst werden, damit sie von Gästen wahrgenommen werden, die nur einen Tag oder weniger vor Ort sind.

2. Tourismus ist Wirtschaftspolitik!

a) Saison ist immer

Vielfalt ist ein Kennzeichen des Tourismus in Deutschland. Ländliche Räume, Städte oder Ballungsgebiete, Küsten, Seen, Flüsse und Berge bieten den Rahmen für touristische, kulturelle und sportliche Angebote. Großveranstaltungen sind ebenso attraktiv wie Möglichkeiten, individuell oder in kleinen Gruppen aktiv zu sein. Städte und Gemeinden sind dadurch in der Lage, ihr touristisches Potenzial weitgehend unabhängig von ihrer geographischen Lage zu entwickeln. Die Vielfalt der Erscheinungsformen von Tourismus muss als Vielfalt von Chancen verstanden werden. Tourismus ist nicht auf klassische Reisegebiete beschränkt.

Der Trend geht zu Kurzurlaube. Ihre Anzahl ist in den letzten Jahren von knapp 43 Mio. um 5,5 Mio. auf über 48 Mio. Urlaube gestiegen. Anlass von Kurzurlaube sind oft kulturelle Events, um die herum weitere Urlaubstage gelegt werden. Besonders Kulturveranstaltungen und das Einkaufsbedürfnis von Touristen sind deshalb geeignet, Gäste auch außerhalb der typischen Sommerferienzeit für die Städte zu interessieren. Beispiele wie das Schleswig-Holstein Musikfestival oder der zu-

nehmende Einkaufs- und Erlebnistourismus zu den Weihnachtsmärkten in Deutschland zeigen, dass es sich nicht um ein großstädtisches Thema handelt.

b) Nachfrage und Kaufkraftzufluss

Ländlicher Tourismus kann als Marketingchance für Regionale Produkte („Urlaub zum Mitnehmen“) genutzt werden. Durch Tourismus wird Kaufkraft in die Region gelenkt. Eine in Deutschland noch sehr wenig genutzte Möglichkeit der Vermarktung ist der Schutz von Produkten mit Herkunftsbezeichnung. So hat der gesamte Exportwert bayerischer agrar- und ernährungswirtschaftlicher Güter 2004 bei rund 5 Mrd. € gelegen. In Italien hingegen lag der Umsatz allein mit 156 ausgesuchten Produkten mit geschützter Ursprungsbezeichnung oder geschützter geographischer Angabe im Jahr 2003 bei rd. 7,7 Mrd. €.

Dass die Herkunft einen positiven Einfluss auf die Kaufentscheidung von Lebensmitteln hat, ist auch wissenschaftlich untersucht. Dennoch wird in Deutschland nur für vergleichsweise wenige Produkte eine europäische „geschützte Ursprungsbezeichnung“ oder „geschützte geographische Angabe“ beantragt. 2005 gab es lediglich 67 derartige Produkte. Andere Länder nutzen dieses Instrument erheblich stärker (Griechenland 84, Spanien 97, Frankreich 148, Italien 156, Portugal 93). Produkte mit dem Zusatz „Garantiert traditionelle Spezialitäten“, die sich für eine Vermarktung besonders gut eignen, gibt es überhaupt nicht aus Deutschland!

c) Mittelstandspolitik

Aus dem Tourismuspolitischen Bericht der Bundesregierung ergibt sich, dass 90% der touristischen Betriebe kleine und mittlere Unternehmen sind. Allein 67 426 Betriebe sind Beherbergungsbetriebe mit mehr als 9 Betten bzw. Campingplätze. Dazu kommen eine Vielzahl von gastronomischen Betrieben, Dienstleistern, Kunsthandwerk und Kunstgewerbe, Anlagenbetreiber und weitere Unternehmen. Gerade im ländlichen und kleinstädtischen Bereich ergeben sich durch den Tourismus auch weitere indirekte wirtschaftliche, vor allem Beschäftigungseffekte. So haben die Halbzeitbewertungen der Entwicklungsprogramme für ländliche Räume der letzten EU-Förderperiode ergeben, dass in nennenswertem Umfang Arbeitsplätze im Tourismus bzw. touristischen Einrichtungen entstanden sind. Durch diese Einrichtungen sind auch Aufträge an die mittelständische Wirtschaft ausgelöst worden. In über 50 % der Fälle kamen bei derartigen Aufträgen für Investitions- oder Erneuerungsmaßnahmen Unternehmen aus der eigenen Gemeinde bzw. dem eigenen Landkreis zum Zuge.

Darüber hinaus tragen touristische Angebote, Infrastrukturen und Einrichtungen zur Pflege weicher Standortfaktoren im Sinne der Wirtschaftsförderung bei.

3. Tourismus schafft Arbeitsplätze!

Inklusive Teil- und Saisonarbeitskräften schafft der Tourismus rund 2,8 Millionen Arbeitsplätze. Davon sind 1,6 Mio. in Städten ab 25 000 EW aufwärts zu finden. 1,2 Mio. Arbeitsplätze werden in den kleineren Städten und Gemeinden bis 25 000 Einwohnern angeboten. Der Anteil der vom Tourismus abhängigen Arbeitsplätze an der Gesamtbeschäftigung in Deutschland liegt nach Auskunft des Deutschen Tourismusverbandes bei ca. 8 Prozent. Zwar sind diese Angaben nicht unumstritten, weil die Abgrenzung des Tourismus von anderen Bereichen in vielen Bereichen nicht absolut scharf ist, aber es wird deutlich, dass das Volumen nicht unerheblich ist.

Unabhängig von der absoluten Anzahl der Arbeitsplätze kann man feststellen, dass Tourismus eine arbeitsintensive Branche ist. Viele Qualitätserlebnisse im Tourismus sind personen- bzw. servicebezogen. Vor allem für Frauen, junge und weniger qualifizierte Menschen schafft die Tourismuswirtschaft Arbeitsplätze (hoher Anteil an Teilzeitarbeitsverhältnissen, flexible Arbeitsbedingungen). In nennenswertem Maße werden Arbeitsplätze und erreichbare Bildungschancen für wenig qualifizierte Arbeitnehmer im Servicebereich, der von schulischer Erst-

ausbildung nicht unmittelbar abhängt, geboten. Ein Schwachpunkt ist, dass höher qualifizierte Arbeitnehmer oft leichter in anderen Branchen mit normalen Arbeitszeiten und manchmal auch besserer Bezahlung Arbeitsplätze finden. Dieses Defizit wird mittlerweile ausgeglichen, seit der besondere Ausbildungsberuf „Kaufmann/-frau für Tourismus und Freizeit“ angeboten wird.

Ein weiterer Vorteil ist, dass mit relativ begrenztem Aufwand durch Qualifizierungsmaßnahmen im Personalbereich (Freundlichkeit) eine relativ hohe Wertschöpfung erreicht werden kann. Eine optimale Qualifikation wirkt sich langfristig positiv auf die Betriebe aus, weil sie wegen der hohen Personaldichte von der Leistungserbringung ihrer Mitarbeiter stärker abhängig sind als andere Betriebe. Investitionen in das Humankapital steigern die Produktivität und sind Ausgangspunkt für langfristige Wettbewerbsfähigkeit.

4. Kooperation erforderlich!

Der Gast ist Ausgangspunkt aller touristischen Aktivitäten! Städte und Gemeinden sollten vorbehaltlos prüfen, ob überörtliche Zusammenarbeit möglich ist oder ob sie intensiviert werden kann. Zusammenarbeit muss auf allen Ebenen stattfinden. In der Gemeinde mit den Hoteliers, Gastronomen und Veranstaltern; überörtlich gemeinsam mit anderen Gemeinden und Unternehmen für die Region als Destination. Für die regionale Zusammenarbeit und Koordination sind die Anforderungen des Tourismus ausschlaggebend, nicht die Eigenheiten der beteiligten Verwaltungen.

Zusammenarbeit schwächt nicht die Erkennbarkeit der Gemeinde, sondern vergrößert die Erkennbarkeit im touristischen Segment. Erst Zusammenarbeit ermöglicht die Ansprache des

Gastes. Örtliche Strukturen werden nicht funktionslos, sondern garantieren die Qualität vor Ort. Das Außenmarketing der regionalen Destination muss der regionalen bzw. der Landes- und der Bundesebene überlassen bleiben.

Von ausschlaggebender Bedeutung ist das Marketing von Destinationen und touristischen Angeboten innerhalb der Destinationen. Die zunehmende Verbreitung des elektronischen Vertriebsweges vervielfältigt die Informationsquellen. Eine Annäherung ist über die Umsatzentwicklung möglich. Während 2001 noch 1,45 Mrd. € über diesen Vertriebsweg umgesetzt wurden, stieg dieser Wert 2004 auf 4,6 Mrd. €. Wer alleine vorgeht, muss entweder groß genug sein, ein eigenes erkennbares Profil zu platzieren oder sich an ein zugkräftiges Angebot anhängen (z. B. Hotellerie in der Umgebung des Europaparks Rust mit seinem Gästeaufkommen).

Beispielhaft für die Konzentrationstendenz im Tourismus ist der Hotelmarkt. Seit Beginn der 2000er Jahre bereinigt sich der Hotelmarkt in allen Hotelklassen. Von rund 39 000 Hotels hat sich deren Zahl bis Ende 2003 auf etwa 35 000 vermindert. Diese Konzentration hat zu Skalenvorteilen größerer Ketten und Kooperationen in der Hotellerie geführt.

5. Trends beachten!

Viele Trends brauchen keine spezifischen naturräumlichen Voraussetzungen, sondern Infrastrukturen. Angebote für Wanderurlauber beispielsweise sind nicht so sehr von Mittelgebirgen abhängig, als vielmehr von Wanderwegen und begleitender touristischer Infrastruktur. Die Beschilderung, Ruheplätze und Einkehrmöglichkeiten oder die Erreichbarkeit sind für die Annahme von großer Bedeutung. Das Gleiche gilt in ähnlicher

EXPO REAL 2008: Hotelinvestmentmarkt bleibt in Bewegung

Der europäische Hotelinvestmentmarkt bleibt nach wie vor bewegt. Wohin die Entwicklung geht, zeigen Experten beim 7. Hospitality Industry Dialogue auf der EXPO REAL 2008. Die Internationale Fachmesse für Gewerbeimmobilien findet vom 6. bis 8. Oktober 2008 in München statt.

Zwar fiel das Transaktionsvolumen 2007 im Hotelinvestmentmarkt hinter das Rekordergebnis von 2006 zurück, doch lag es nach Angaben von Jones Lang LaSalle mit 18,7 Milliarden Euro immer noch deutlich über dem Durchschnitt der Jahre 2000 bis 2006 (11,2 Milliarden Euro). Interessanter als die rein quantitative Bewertung sind jedoch die Tendenzen und Entwicklungen, die sich hinter dieser Zahl verbergen. Waren es 2006 vor allem Private Equity-Unternehmen, die mit 43 Prozent am Gesamttransaktionsvolumen beteiligt waren, erreichten sie 2007 nur noch 16 Prozent. An ihre Stelle traten private und institutionelle Investoren. Auf der EXPO REAL 2008 werden beim 7. Hospitality Industry Dialogue am Montag, 6. Oktober, Experten unter anderem diskutieren, welche internationalen Kapitalströme nach Deutschland fließen. David Fattal, Gründer der Fattal-Gruppe (Leonardo Hotels) aus Tel Aviv, Yakir Gabay, Hauptinvestor der Grand City Hotels in Berlin, und Christopher Day, Managing Director von Christie & Co London, werden diese neuen Einflüsse auf diesen etablierten Markt bewerten.

Eine weitere Runde wird sich mit dem Comeback der Mittelklasse-Hotels befassen und der Perspektive für die Entwickler. Während die großen internationalen Hotelketten mit ihren Konzepten für die beiden Preis-Pole der Hotellerie – Luxus und Budget – eher stärker im Fokus der Investoren stehen, fallen Mittelklassehotels dagegen häufig aus dem Interessenspektrum der Investoren heraus. Genau für dieses Segment aber haben große Ketten große Pläne. Werden sie Erfolg haben? Oder zwischen Luxus und Budget zerrieben werden? Mit dieser Frage befassen sich auf der EXPO REAL: Prof. Andreas-Norbert Fay, Managing Director von Fay Projects in Mannheim, Jasper Muller, Acquisition Director bei CitizenM Hotels in den Niederlanden, Uwe Niemann, Immobilien Banking Inland der NordLB/Girozentrale, Georg Schlegel, Senior Development Direct Select Service Brands Starwood Hotels & Resorts in Brüssel und Ulrich Widmer, Vice Pre-

sident Development Central & Eastern Europe Hilton Hotels in Frankfurt

Weitere Themen des Hospitality Industry Dialogue werden sein: „Wann sterben wir den Markentod? Die Perversion der Profilierung“, „Betreiber und Investoren. Die gegenseitige (Un-) Abhängigkeit“ und „Investieren in Grün. Ganzheitliche Öko-Resorts rechnen sich“.

Über die EXPO REAL

Die EXPO REAL, 11. Internationale Fachmesse für Gewerbeimmobilien, findet vom 6. bis 8. Oktober 2008 auf dem Gelände der Neuen Messe München statt. Die Veranstaltung ist die Messe für Networking bei branchen- und länderübergreifenden Projekten, Investitionen und Finanzierungen. Sie bildet das gesamte Spektrum der Immobilienwirtschaft ab und bietet eine internationale Networking-Plattform für die Märkte von Europa über Russland, den Mittleren Osten bis in die USA. Das umfangreiche Konferenzprogramm mit rund 400 Referenten bietet einen fundierten Überblick über aktuelle Trends und Innovationen des Immobilien-, Investitions- und Finanzierungsmarktes. Auf der EXPO REAL 2007 stellten 1.823 Unternehmen aus 43 Ländern aus und es kamen 23.800 Besucher aus 77 Ländern. Zusammen mit den Repräsentanten der ausstellenden Unternehmen hatte die Messe damit mehr als 39.000 Teilnehmer. Die Statistiken zur EXPO REAL sind von einem unabhängigen Wirtschaftsprüfer im Auftrag der Gesellschaft zur Freiwilligen Kontrolle von Messe- und Ausstellungszahlen (FKM) geprüft.

Über die Messe München International (MMI)

Die Messe München International (MMI) ist mit rund 40 Fachmessen für Investitionsgüter, Konsumgüter und Neue Technologien eine der weltweit führenden Messegesellschaften. Über 30.000 Aussteller aus mehr als 100 Ländern und mehr als zwei Millionen Besucher aus über 200 Ländern nehmen jährlich an den Veranstaltungen in München teil. Darüber hinaus veranstaltet die MMI Fachmessen in Asien, in Russland, im Mittleren Osten und in Südamerika. Mit fünf Auslandsbeteiligungsgesellschaften in Europa und Asien sowie 66 Auslandsvertretungen, die 89 Länder betreuen, verfügt die MMI über ein weltweites Netzwerk.

Weise für Wassersport oder für „ursprünglich“ regionale Tourismusangebote, die sich durch regionale Produkte auszeichnen.

Ein Megatrend, der völlig unabhängig von geographischen Voraussetzungen ist, ist die Barrierefreiheit. Der Anteil alter und sehr alter Menschen wird relativ und absolut größer. Gäste, Einwohner sowie Veranstalter und Gastgeber müssen sich mit Ein-

schränkungen der Beweglichkeit und der Wahrnehmungsfähigkeit auseinandersetzen. Angebote, die bei der Infrastruktur und beim Service erfolgreich auf das Bedürfnis nach Barrierefreiheit eingehen, nutzen die Erfahrung einer anspruchsvollen und erfahrenen Reisengruppe. Barrierefreiheit herzustellen ist eine Voraussetzung für die Erhöhung der Attraktivität der Gemeinde und die Möglichkeit, das Gästepotenzial auszudehnen.

Gewerbemiete

Art. 12, 3 GG

Nichtraucherschutz in Gaststätten; Rauchverbot; Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber; Kleingastronomie

1. Entscheidet sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums für ein Konzept des Nichtraucherschutzes in Gaststätten, das den Gesundheitsschutz im Ausgleich insbesondere mit der Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber verfolgt, so müssen Ausnahmen vom Rauchverbot derart gestaltet sein, dass sie auch bestimmte Gruppen von Gaststätten – hier: die getränkegeprägte Kleingastronomie – mitfassen, um bei diesen besonders starke wirtschaftliche Belastungen zu vermeiden.

2. Es stellt einen gleichheitswidrigen Begünstigungsauschluss dar, wenn gesetzlich in Gaststätten zugelassene Raucherräume in Diskotheken untersagt sind.

(BVerfG, Urteil vom 30. 7. 2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08)

In den Verfahren über die Verfassungsbeschwerden

1. des Herrn N... gegen § 7 des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg (LNRSchG) vom 25. Juli 2007 (GBl. BW S. 337) – 1 BvR 3262/07 –,

2. der Frau T... gegen § 2 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 4 Abs. 3, § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 2 des Berliner Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (Nichtraucherschutzgesetz – NRSchG) vom 16. November 2007 (GVBl. <BE> S. 578) – 1 BvR 402/08 –,

3. der H... GmbH & Co. KG, vertreten durch die Geschäftsführer W... und G... gegen § 7 des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg (LNRSchG) vom 25. Juli 2007 (GBl. BW S. 337) – 1 BvR 906/08 –

hat das Bundesverfassungsgericht – Erster Senat – aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Juni 2008 durch Urteil für Recht erkannt:

1. § 7 Absatz 1 Satz 1 des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg vom 25. Juli 2007 (Gesetzblatt für Baden-Württemberg Seite 337) und § 2 Absatz 1 Nummer 8 des Berliner Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit vom 16. November 2007 (Nichtraucherschutzgesetz, Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin Seite 578) sind nach Maßgabe der Gründe mit Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar.

Bis zu einer Neuregelung, die die Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2009 zu treffen haben, gelten die Vorschriften mit der Maßgabe fort, dass in Gaststätten mit weniger als 75 Quadratmetern Gastfläche und ohne abgetrennten Nebenraum, zu denen Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr der Zutritt verwehrt wird, der Gaststättenbetreiber das Rauchen gestatten darf, wenn er über eine Gaststättenerlaubnis verfügt, die das Verabreichen zubereiteter Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle nicht einschließt, und wenn die Gaststätte am Eingangs-

bereich in deutlich erkennbarer Weise als Rauchergaststätte, zu der Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr keinen Zutritt haben, gekennzeichnet ist.

2. § 7 Absatz 2 Satz 2 des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg vom 25. Juli 2007 (Gesetzblatt für Baden-Württemberg Seite 337) ist mit Artikel 12 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar.

Bis zu einer Neuregelung, die der Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2009 zu treffen hat, gilt die Vorschrift fort, nicht jedoch für solche Diskotheken, zu denen ausschließlich Personen ab vollendetem 18. Lebensjahr Zutritt erhalten, mit der Maßgabe, dass sich in einem Nebenraum im Sinne von § 7 Absatz 2 Satz 1 des Nichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg keine Tanzfläche befinden darf.

3. Das Land Baden-Württemberg hat den Beschwerdeführern zu 1) und 3), das Land Berlin der Beschwerdeführerin zu 2) ihre gesamten notwendigen Auslagen zu erstatten.

Gründe: A. Die Beschwerdeführer wenden sich als Betreiber von Gaststätten und einer Diskothek in Baden-Württemberg und Berlin gegen landesgesetzliche Vorschriften über das Rauchverbot in Gaststätten.

I. 1. a) In Baden-Württemberg wird durch das Landesnichtraucherschutzgesetz (LNRSchG Baden-Württemberg) vom 25. Juli 2007 (GBl. BW S. 337) seit dem 1. August 2007 das Rauchen in zahlreichen öffentlichen Einrichtungen (§ 1 Abs. 1), darunter auch in Gaststätten (§ 7 Abs. 1), verboten. Die Regelungen dienen dem Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens, insbesondere sollen Kinder und Jugendliche geschützt werden (§ 1 Abs. 1 Satz 2). § 7 LNRSchG Baden-Württemberg lautet:

„§ 7 Rauchfreiheit in Gaststätten

(1) In Gaststätten ist das Rauchen untersagt. Gaststätten im Sinne dieses Gesetzes sind Betriebe, die Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreichen, wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personen zugänglich ist und den Vorschriften des Gaststättengesetzes in der Fassung vom 20. November 1998 (BGBl. I S. 3419) unterliegt. Satz 1 gilt nicht für Bier-, Wein- und Festzelte sowie die Außen-gastronomie und die im Reisegewerbe betriebenen Gaststätten.

(2) Abweichend von Absatz 1 ist das Rauchen in vollständig abgetrennten Nebenräumen zulässig, wenn und soweit diese Räume in deutlich erkennbarer Weise als Raucherräume gekennzeichnet sind und die Belange des Nichtraucherschutzes dadurch nicht beeinträchtigt werden. Satz 1 gilt nicht für Diskotheken.

(3) Arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt.“

Gemäß § 8 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 LNRSchG Baden-Württemberg sind die Gaststättenbetreiber für die Einhaltung des Rauchverbots in ihrer Gaststätte verantwortlich. Soweit ihnen Verstöße gegen das Rauchverbot bekannt werden, haben sie die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um weitere Verstöße zu verhindern (§ 8 Abs. 1 Satz 3 LNRSchG Baden-Württemberg). Der Verstoß gegen diese Verpflichtung ist aller-

dings nicht als Ordnungswidrigkeit sanktioniert; nach § 9 Abs. 1 Nr. 6 LNRSchG Baden-Württemberg handelt nur ordnungswidrig, wer entgegen § 7 LNRSchG Baden-Württemberg in einer Gaststätte raucht.

b) In der Begründung ihres Gesetzentwurfs zum Landesnichtraucherschutzgesetz vom 14. Juni 2007 (LTDruks 14/1359) nennt die Landesregierung von Baden-Württemberg als Ziel des Gesetzes, dass ein umfassender Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens erreicht werden solle. Dies gelte insbesondere für solche Einrichtungen, in denen sich Kinder und Jugendliche aufhielten. Es sei nicht das Ziel des Gesetzes, das Rauchen an sich zu verbieten. Ziel des Gesetzes sei es ferner nicht, tabakrauchbedingte Belästigungen zu vermeiden, vielmehr solle ein Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens geschaffen werden. Daher verbiete das Gesetz grundsätzlich nicht das Rauchen im Freien (LTDruks 14/1359, S. 18). Ausnahmen für Raucher seien vertretbar, sofern die Belange des Nichtraucherschutzes dadurch nicht beeinträchtigt würden. In einem abgetrennten Raum, der nur die Funktion eines Raucherraums habe und daher freiwillig aufgesucht werden könne, bestehe die Problematik des Nichtraucherschutzes nicht (LTDruks 14/1359, S. 18).

Vor allem in Gaststätten werde traditionell viel geraucht und damit eine besondere Gefahr des Passivrauchens geschaffen. Rauchverbote auf der Grundlage des Hausrechts (Hausordnung), die bereits derzeit überall möglich seien, hätten sich häufig als unzureichend erwiesen, um einen wirksamen Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens zu gewährleisten (LTDruks 14/1359, S. 10). Das Gesetz verfolge insoweit das Ziel, im Gefolge anderer europäischer Länder Gaststätten grundsätzlich rauchfrei zu machen (LTDruks 14/1359, S. 14 f.). Die Erfahrungen aus anderen europäischen Ländern, die bereits Rauchverbote für Gaststätten erlassen hätten, zeigten, dass zumindest mittelfristig keine Umsatzeinbußen in der Gastronomie eingetreten seien (LTDruks 14/1359, S. 15). Aufgrund dieser Erfahrungen sei davon auszugehen, dass ein Rauchverbot auch in Baden-Württemberg zu keinen Umsatzeinbußen führe (LTDruks 14/1359, S. 24). Sollten die Umsätze wider Erwarten dennoch zurückgehen, müsste dies im Interesse des Gesundheitsschutzes hingenommen werden.

Ausgenommen vom Rauchverbot seien nach § 7 Abs. 1 Satz 3 LNRSchG Baden-Württemberg allerdings Bier-, Wein- und Festzelte. Dadurch werde dem Umstand Rechnung getragen, dass diese Zelte nur temporäre Einrichtungen seien. Ebenfalls vom Rauchverbot ausgenommen seien die im Reisegewerbe betriebenen Gaststätten wie etwa Imbissstände und Verkaufsbuden sowie die Außengastronomie wie Biergärten und Straßencafés (LTDruks 14/1359, S. 15).

§ 7 Abs. 2 LNRSchG Baden-Württemberg eröffne für Gaststättenbetreiber die Möglichkeit, abgetrennte Raucherräume einzurichten, sofern die Luftqualität in den übrigen Gasträumen nicht beeinträchtigt werde (LTDruks 14/1359, S. 16). Um den Anteil der Nichtraucher in der Bevölkerung angemessen zu berücksichtigen und dem Anliegen dieses Gesetzes Nachdruck zu verleihen, dürfte es sich bei den Raucherräumen nur um Nebenräume handeln, neben dem Raucherraum müsse mindestens ein weiterer Gastraum für Nichtraucher vorhanden sein.

Das ausnahmslose Rauchverbot für Diskotheken nach § 7 Abs. 2 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg diene vor allem dem Schutz der Jugendlichen vor den Gefahren des Passivrauchens und trage dem Umstand Rechnung, dass die Schadstoffkonzentration in Diskotheken besonders hoch sei. Dabei führe die gleichzeitige körperliche Aktivität der Gäste zu stärkerer Inhalation der schadstoffhaltigen Innenraumluft (LTDruks 14/1359, S. 16). Das ausnahmslose Rauchverbot in Diskotheken sei zudem notwendig, weil bei jugendlichen Nachahm- und Nachfolgeeffekte eine große Rolle spielten. Gäbe es einen Raucherraum in der Diskothek und hielte sich der Kern der Clique dort auf, würde der Gruppenzwang dazu führen, dass sich auch die Nichtraucher dorthin begäben und damit dem Passivrauchen

ausgesetzt seien (LTDruks 14/1359, S. 24). Ein temporäres Rauchverbot (etwa bis 24.00 Uhr) sei nicht geeignet, den Nichtraucherschutz für die übrige rauchfreie Zeit sicherzustellen, weil die gesundheitsschädlichen Substanzen sich in Wänden, Teppichen, Polstermöbeln usw. festsetzten und von dort an die Innenraumluft abgegeben würden (LTDruks 14/1359, S. 24).

2. a) Das Berliner Gesetz zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (Nichtraucherschutzgesetz – NRSG) vom 16. November 2007 (GVBl <BE> S. 578) nennt als Gesetzeszweck, die Bevölkerung vor den Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen zu schützen. Nach § 2 NRSG Berlin ist das Tabakrauchen unter anderem in Gaststätten untersagt. Die Bestimmung, soweit hier von Interesse, lautet:

„§ 2 Rauchverbot

(1) Das Tabakrauchen ist nach Maßgabe des Absatzes 2 und des § 4 in

1. bis 7. ...

8. Gaststätten im Sinne des § 3 Abs. 7, einschließlich Clubs und Diskotheken und

9. ...

verboten.

(2) Das Rauchverbot gemäß Absatz 1 gilt in Gebäuden und sonstigen vollständig umschlossenen Räumen.

(3) ...“

Zur Regelung der vom Rauchverbot erfassten Gaststätten verweist § 3 Abs. 7 NRSG Berlin auf die „Einrichtungen nach § 1 des Gaststättengesetzes“.

§ 4 Abs. 3 NRSG Berlin gibt dem Betreiber der Gaststätte die Möglichkeit, abgetrennte Nebenräume einzurichten, in denen das Rauchen erlaubt ist. Die Bestimmung lautet:

„§ 4 Ausnahmeregelungen

(1) bis (2) ...

(3) Abweichend von § 2 Abs. 1 und 2 können die Betreiberin oder der Betreiber in der Gaststätte oder der Vereinsgaststätte in Sporteinrichtungen abgetrennte Nebenräume einrichten, in denen das Rauchen erlaubt ist, wenn voneinander getrennte und abgeschlossene Räume sowohl für rauchende Gäste als auch für nicht rauchende Gäste zur Verfügung stehen. Die Ausnahmen gelten nicht für Diskotheken, zu denen Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr Zutritt haben.

(4) ...

(5) Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen sind bei allen Ausnahmeregelungen auszuschließen.“

Gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 2 NRSG Berlin haben die Betreiber von Gaststätten bei einem Verstoß gegen das Rauchverbot die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um den Verstoß zu unterbinden und weitere Verstöße zu verhindern. Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 2 NRSG Berlin raucht (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 NRSG Berlin) oder als Betreiber einer Gaststätte entgegen § 6 Abs. 2 NRSG Berlin eine notwendige Maßnahme nicht ergreift, um einen Verstoß gegen das Rauchverbot zu unterbinden (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b NRSG Berlin). Gemäß § 8 Abs. 1 NRSG Berlin trat das Gesetz am 1. Januar 2008 in Kraft; abweichend hiervon ist das Inkrafttreten der Bestimmungen über Ordnungswidrigkeiten bis zum 1. Juli 2008 aufgeschoben (§ 8 Abs. 2 NRSG Berlin).

b) Nach der Begründung des Gesetzentwurfs des Senats von Berlin soll das Gesetz zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit nicht nur Kunden und Gäste schützen, sondern auch „die über 90 000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Berliner Gastronomie, die anhaltend der Passivrauchbelastung ausgesetzt sind und damit erheblich höhere Gesundheitsrisiken tragen müssen“ (vgl. Drucks 16/0716 des Abgeordnetenhauses Berlin, Begründung Allgemeines; vgl. auch Einzelbegründung zu § 3 Abs. 7). Die Regelungen über Ausnahmen vom Rauchverbot seien gemäß § 4 Abs. 5 eng aus-

zulegen. Sie dürften nicht dazu führen, dass nicht rauchende Personen durch das Passivrauchen gefährdet würden. Dem Schutz vor dem Passivrauchen sei stets ein besonderes Gewicht beizumessen (vgl. Drucks 16/0716 des Abgeordnetenhauses Berlin, Einzelbegründung zu § 4 Abs. 5).

3. Die Nichtraucherchutzgesetze der übrigen Länder und des Bundes treffen Regelungen zum Schutz vor dem Passivrauchen in grundsätzlich vergleichbarer Weise. Allerdings sind im Bayerischen Gesetz zum Schutz der Gesundheit vom 20. Dezember 2007 (BayGVBl S. 919), das gemäß Art. 2 Nr. 8 in Verbindung mit Art. 3 das Rauchen in öffentlich zugänglichen Gaststätten verbietet, keine Ausnahmen für Gaststätten und insbesondere auch nicht die Einrichtung von Raucherräumen vorgesehen. Demgegenüber gilt im Saarland nicht nur eine Ausnahme vom Rauchverbot für abgeschlossene und belüftete Nebenräume, sondern auch für inhabergeführte Gaststätten, wenn neben dem Betreiber der Gaststätte „keine weiteren Personen als Beschäftigte im Sinne des § 21 des Gaststättengesetzes oder als Selbständige im laufenden Gastronomiebetrieb tätig sind, sofern es sich hierbei nicht lediglich um eine gelegentliche Mit Hilfe von volljährigen Familienmitgliedern des Betreibers handelt“ (§ 3 Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens vom 21. November 2007, Abl 2008, S. 75).

4. Zuvor hatten das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung mit dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes (DEHOGA) am 1. März 2005 eine Zielvereinbarung zum Nichtraucherschutz in Hotellerie und Gastronomie getroffen. In dieser Vereinbarung hatten sich der DEHOGA Bundesverband und die Landesverbände im DEHOGA verpflichtet, auf ihre Mitgliedsbetriebe und auf die Gesamtbranche einzuwirken, um die Einrichtung von Nichtraucherbereichen so voranzutreiben, dass bis zum 1. März 2006 mindestens 30% der Speisegaststätten mindestens 30% des Platzangebots, bis zum 1. März 2007 mindestens 60% der Speisegaststätten mindestens 40% des Platzangebots und schließlich bis zum 1. März 2008 mindestens 90% der Speisegaststätten mindestens 50% des Platzangebots für Nichtraucher bereithalten. Von dieser Regelung waren Betriebe mit weniger als 75 m² Gastfläche oder weniger als 40 Sitzplätzen ausgenommen. In der Präambel der Vereinbarung hatten sich das Ministerium und der DEHOGA Bundesverband darüber geeinigt, dass nur bei Erreichen der verabredeten Ziele ein gesetzliches Rauchverbot im Gastgewerbe vermieden werden könne.

Nach den im Februar 2007 vorgelegten Ergebnissen einer Untersuchung durch das Institut für angewandte Verbraucherforschung hatte die überwiegende Mehrzahl der aufgesuchten Gastronomiebetriebe die Zielvereinbarung bislang nicht umgesetzt. So könnten in 66,8% aller Betriebe Gäste nach wie vor uneingeschränkt zur Zigarette greifen. In den verbleibenden 33,2% aller untersuchten Gastronomiebetriebe seien sehr individuelle Nichtraucherregelungen ermittelt worden, die teilweise keinesfalls mit der Intention der Zielvereinbarung in Einklang stünden. Insgesamt erfüllten lediglich 15,5% aller aufgesuchten Betriebe die Vorgaben hinsichtlich des Platzangebots, nur 10,9% hinsichtlich Platzangebot und geforderter Kennzeichnung. Auf dieser Grundlage hatte das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung anschließend festgestellt, dass die freiwillige Selbstverpflichtung der Gastronomie zum Nichtraucherschutz in Gaststätten gescheitert sei.

II. 1. Der Beschwerdeführer zu 1) betreibt seit September 1985 in innerstädtischer Altstadtlage von T... eine kleine Gaststätte. Das Lokal wurde bislang überwiegend von Stammgästen besucht, rund 70% von ihnen sollen Raucher sein. Die Gaststätte besteht aus lediglich einem Gastraum, dessen Grundfläche einschließlich des Thekenbereichs 63 m² umfasst. Eine Aufteilung dieses Gastraums in verschiedene Räume ist aus baulichen Gründen nicht möglich. In der Gaststätte werden überwiegend Getränke ausgeschenkt; daneben werden nur kleinere Gerichte angeboten, die etwa 3% bis 5% des Gesamtumsatzes ausmachen sollen. Für den Fall, dass das Angebot von Speisen einer

Ausnahme vom Rauchverbot entgegenstehen sollte, hat der Beschwerdeführer erklärt, auf dieses Angebot künftig verzichten zu wollen. Nach Angaben des Beschwerdeführers verfügt sein Betrieb über kein fest angestelltes Personal, es werden allerdings zwischen fünf und zehn Personen als – zumeist studentische – Aushilfen beschäftigt.

a) Nach den Angaben des Beschwerdeführers hielten sich die rauchenden Stammgäste erheblich kürzer in seiner Gaststätte auf und konsumierten entsprechend weniger, seit er nach Inkrafttreten des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg eine reine Nichtraucher-gaststätte führen müsse, ohne einen Raucherraum anbieten zu können. Dies sei typisch für Einraumgaststätten, weil bei diesen der Anteil von Stammgästen besonders hoch liege und sich unter diesen ein ungewöhnlich hoher Anteil von Rauchern finde. Der Gaststättentyp „Kleinkneipe“ habe bestimmte soziokulturelle Hintergründe und diene den Stammgästen oftmals als „ein Stück Zuhause“. Die sozialen Kontakte der Gäste untereinander ersetzten andere, insbesondere familiäre Bindungen, zumal auch das Rauchen zu Hause inzwischen oft unerwünscht sei. Ein erheblicher Teil der Stammgäste verkürze daher den Aufenthalt in Einraumgaststätten oder wandere von ihnen ab und wende sich größeren Gaststätten zu, die über eigene Raucherräume verfügten. Das ausnahmslose Rauchverbot in Einraumgaststätten bei gleichzeitig eingeschränktem Rauchverbot in größeren Gaststätten habe so zur Folge, dass ein bestimmter, raucherdominierter Typus der Kleingaststätte die wirtschaftliche Existenzgrundlage verliere.

In der Gaststätte des Beschwerdeführers habe das Rauchverbot zunächst zu Umsatzrückgängen zwischen 30% und 40% im Vergleich zu den Vorjahresmonaten geführt. Auch nach zehn Monaten Rauchverbot blieben die Umsätze noch rund 20% hinter den Vorjahresumsätzen zurück. Würde es bei dem Umsatzrückgang bleiben, sei absehbar, dass die Gaststätte zukünftig nicht mehr profitabel geführt werden könne. Nach der Umsatzsteuerstatistik des DEHOGA Bundesverbandes, die mehr als 42 000 Betriebe der Kategorie Einraumgaststätte erfasse, liege deren durchschnittlicher Jahresumsatz bei rund 123 000 €. Das Betriebsergebnis liege für Pachtbetriebe bei durchschnittlich 14 000 € (Gewinn vor Ertragsteuern), bei Eigentümerbetrieben bei rund 18 000 €. Bereits ein Umsatzrückgang von 20% würde das Betriebsergebnis für Pachtbetriebe danach ins Minus führen.

b) Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG. § 7 LNRSchG Baden-Württemberg sei insoweit verfassungswidrig, als in Einraumgaststätten, bei denen keine Möglichkeit der Einrichtung eines Raucherraums bestehe, das Rauchen untersagt sei.

Das Rauchverbot schränke das Hausrecht des Gastwirts ein, indem er nunmehr dazu verpflichtet werde, seinen Betrieb als Nichtraucherbetrieb zu führen. In kleinen Einraumgaststätten wirke sich dieses Rauchverbot faktisch als Berufszulassungsregelung aus, weil eine Abtrennung von Raucherräumen aus tatsächlichen Gründen nicht möglich sei und Einraumgaststätten damit unrentabel würden. Soweit das Gesetz das Ziel einer vorsorglichen Abwehr von Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen bezwecke, sei ein kausaler Nachweis zwischen dem Passivrauchen in Gaststätten und dem Eintritt einer gesundheitlichen Beeinträchtigung im Einzelfall nicht zu führen. Dies gelte insbesondere für Kurzeitexpositionen, wie sie beim Besuch von Gaststätten aufträten.

Auch sei die Erforderlichkeit dieser Maßnahme fraglich, weil es der Gesetzgeber den Gastwirten selbst überlassen müsse, freiwillig räumlich abgegrenzte Nichtraucherzonen zu schaffen. Zudem hätten informelle Absprachen wie die Zielvereinbarung zum Nichtraucherschutz in Speisegaststätten zwischen der Regierung und dem Verband der Hotel- und Gaststättenbetreiber durchaus Erfolg gebracht. Als weniger stark einschränkendes Mittel käme anstelle eines Rauchverbots ferner eine Kenn-

zeichnungspflicht von Gaststätten in Betracht. Nichtraucher könnten dann vor Betreten der Gaststätte bewusst entscheiden, ob sie sich Tabakrauch aussetzen wollten oder nicht.

Angesichts der erheblichen Folgen gerade für die Kleingastronomie seien absolute Rauchverbote hier jedenfalls übermäßig. Vorliegend stünden sich die widerstreitenden Interessen verschiedener Grundrechtsträger, nämlich der Raucher, der Nichtraucher sowie der Gastronomen gegenüber. Ein faktisch absolutes Rauchverbot, das in vorhersehbarer Weise dazu führe, dass ein bestimmter, zahlenmäßig häufiger Gaststättentypus nicht mehr existenzfähig sei, sei nicht verhältnismäßig.

Die Regelung des § 7 LNRSchG Baden-Württemberg verleihe den Beschwerdeführer darüber hinaus in seinem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG, das mit dem Eigentum auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb schütze. Dazu gehöre vorliegend auch der langjährige Kundenstamm des Beschwerdeführers, der untrennbar mit dem Bestand der Gaststätte zusammenhänge. Eine existentielle Beschränkung des Eigentums des Beschwerdeführers überschreite die Grenze der Sozialpflichtigkeit und sei daher nicht mehr entschädigungslos hinzunehmen. Kompensatorische Regelungen wie etwa Sonderkündigungsrechte von Pachtverträgen seien im Gesetz nicht vorgesehen.

2. Die Beschwerdeführerin zu 2) ist Betreiberin einer kleinen Gaststätte namens „D...“ in B...

a) Nach den Schilderungen der Beschwerdeführerin wende sich ihre Gaststätte als typische Berliner „Eckkneipe“ in erster Linie nicht an Touristen, sondern sei Anziehungspunkt für die ortsansässige Bevölkerung. Die Gaststätte verfüge über 40 Sitzplätze, der Gastraum habe eine Fläche von 36 m². Über 80% der Besucher seien Stammgäste. Viele der Gäste kämen einmal oder öfter in der Woche; die Gaststätte sei für sie ein soziales und kommunikatives Zentrum ihres Alltags. Die Gaststätte habe ab 20.00 Uhr geöffnet und schließe, nachdem sie der letzte Gast verlassen habe. Die Beschwerdeführerin beschäftige keine Angestellten im Ausschank, im Falle ihrer Verhinderung helfe ihre erwachsene Tochter aus. In Urlaubs- und Krankheitszeiten bleibe die Gaststätte geschlossen. Es seien nur Getränke im Angebot, Speisen würden nicht gereicht.

Der Anteil der Raucher unter den Gästen liege durchschnittlich bei 70%. Das Tabakrauchen stehe im Mittelpunkt der Bedürfnisse der Gäste. Deshalb rechnet die Beschwerdeführerin für die Zeit nach Inkrafttreten der Bußgeldbewehrung des Rauchverbots mit Umsatzeinbußen in Höhe von 30% bis 40%. Die bisherigen Stammgäste würden sich entweder in private Räume zurückziehen oder auf alternative Angebote in größeren Gaststätten mit eingerichteten Raucherräumen ausweichen. Bauliche Möglichkeiten, ein räumlich getrenntes Nebenzimmer als Raucherzimmer einzurichten, gebe es für die Beschwerdeführerin nicht. Hierdurch entstehe die konkrete Gefahr, dass ihre Stammkundschaft in eine der am Prenzlauer Berg zahlreichen, nahe gelegenen größeren Gaststätten, die Raucherzimmer einrichten könnten, abwandere. Gäbe es ein umfassendes Rauchverbot ohne Ausnahmen, so wäre nach Ansicht der Beschwerdeführerin eine geringere Abwanderung zu befürchten als bei der gegenwärtigen Regelung. Ein Ausweichen der Gaststättenbenutzer auf den Straßenraum vor ihrem Lokal werde in dem dicht besiedelten Wohngebiet zu Konflikten mit den Anwohnern führen, die auf die Einhaltung der Ruhezeiten nach der Berliner Lärmschutzverordnung bestünden.

b) Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG. § 2 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 4 Abs. 3, § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 2 NRSchG Berlin seien verfassungswidrig, soweit auch in den inhaberbetriebenen einräumigen Gaststätten ein Rauchverbot gelte, während gleichzeitig in zwei- oder mehrräumigen Gaststätten die Bewirtung von rauchenden Gästen unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen sei.

Die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Regelung folge daraus, dass die Ausnahmeregelung dem Zweck des Geset-

zes zuwiderlaufe und gerade die Kleinbetriebe unverhältnismäßig im Vergleich zu den großen Gaststättenbetrieben belastete. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin sei insbesondere darin zu sehen, dass der Gesetzgeber durch die Ausnahmeregelung für größere Gaststätten und die damit verbundenen Abwanderungsbewegungen der Gäste die Rahmenbedingungen für den Betrieb der Gastwirtschaft der Beschwerdeführerin verändert habe.

Dieser Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG sei unverhältnismäßig. Hier sei zu berücksichtigen, dass der durch das Rauchverbot in Gaststätten bewirkte Gesundheitsschutz für Nichtraucher im Ergebnis nicht sonderlich effektiv sei. Nichtraucher würden trotz des Verbots weiterhin in vielfältiger Form Zigarettenrauch ausgesetzt, sei es aus familiären Gründen, sei es aus sozialen Gründen, weil sie Menschen begleiteten, die selbst Raucher seien. Weiterhin sei der Grad der Gesundheitsbeeinträchtigung durch Passivrauchen nicht sehr hoch, erst die ständige Präsenz des Rauchs bewirke nachweisbare Schäden. Zudem dränge das Nichtraucherschutzgesetz dem Nichtraucher seinen Schutz vor Rauch in Gaststätten geradezu auf. Nichtraucher besuchten die Gaststätten aus freiem Entschluss, ihre Einwilligung in die Gesundheitsgefährdung sei rechtlich gesehen frei abgegeben und wirksam. Sofern der Anteil der Nichtrauchergaststätten groß genug sei, um den Nichtrauchern ein attraktives Angebot in unterschiedlichen Restaurationen zu bieten, wäre daher der gebotene Schutz gewährleistet und eine darüber hinausgehende Beschränkung der Raucher nicht erforderlich.

Dem stehe ein hohes Maß an Eingriffsintensität zu Lasten der Gastwirte gegenüber; denn die Beeinträchtigung der Berufswahlfreiheit der Beschwerdeführerin könne bis zur Betriebsaufgabe führen. Durch das Rauchverbot werde ein bestimmter Typus von Gaststätten – nämlich die Berliner Eckkneipe – fast vollständig beseitigt. Schließlich würden auch die Gaststättenbetreiber durch die Pflicht, Verstößen gegen das Rauchverbot entgegenzuwirken, in die Erfüllung von staatlichen Pflichten eingebunden. Dies widerspreche diametral ihrer Rolle, die sie in ihrer inhaberbetriebenen Einraumgaststätte spielten. Sie seien Ansprechpartner der Stammgäste für alle möglichen privaten Beziehungen und Bedürfnisse. Verlange der Staat nun von ihnen, den Nichtraucherschutz durchzusetzen, der von den Rauchern typischerweise als staatliche Gängelung eingeordnet werde, so treibe der Gesetzgeber einen Keil zwischen Gaststättenbetreiber und Kunden. Beziehe man in die Gesamtabwägung mit ein, dass absolute Rauchverbote über das hinausgingen, was zum Schutz des frei verantwortlich handelnden Nichtrauchers nötig sei, und zudem das deutlich übersteige, was der Staat noch vor zwei Jahren im Rahmen der Zielvereinbarung mit dem DE-HOGA Bundesverband als hinreichend erachtet habe, so sprächen die besseren Gründe für die Annahme der Unverhältnismäßigkeit der Regelung.

Eindeutig unangemessen sei die in Berlin geltende Variante des Nichtraucherschutzes. Die Regelung eines Rauchverbots mit Ausnahmegenehmigung sei von seinen Wirkungen her deutlich von einem absoluten Rauchverbot ohne Ausnahmen zu unterscheiden. Ausnahmeregelungen wirkten wettbewerbsverzerrend zugunsten der großen Betriebe; solche Regelungen seien daher insgesamt verfassungswidrig. Durch die Ausnahmegenehmigung verdeutliche der Gesetzgeber, dass es ihm nicht um einen vollständigen Ausschluss des Rauchens in Gaststätten gehe, sondern um eine bloße Reduzierung des Rauchs. Das Ziel der Bereitstellung einer ausreichenden Anzahl von Nichtrauchergaststätten oder von echten Nichtraucherplätzen lasse sich jedoch auch anders erreichen, etwa durch eine Beschränkung des Rauchverbots auf Speisegaststätten.

Durch die Ausnahmeregelung des Berliner Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit werde weiterhin Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Die unterschiedliche rechtliche Behandlung von Einraumgaststätten einerseits und Raucherräumen von Mehrraumgaststätten andererseits sei nicht gerechtfertigt. Selbst wenn die durch Verweisung auf ausländische Erfahrungen unterstützte Behauptung

stimmen sollte, dass sich die Gesamtsumme der innerhalb der Gastronomiewirtschaft erarbeiteten Umsätze durch die Einführung eines flächendeckenden Rauchverbots nicht reduzieren würde, seien die verzerrenden Wirkungen, die durch die Ausnahmeregelung zugunsten von Raucherzimmern eingeführt würden, für eine bestimmte Gruppe von Gastwirten verheerend. Inhaberbetriebene Einraumgaststätten würden von einer erheblichen Abwanderung betroffen werden, welche die Unternehmensfreiheit schwerwiegend beeinträchtigt. Grund hierfür seien die durch die Ausnahmeregelungen verursachten Wettbewerbsverzerrungen, die sich mit dem eigentlich angestrebten gesetzlichen Schutz der Nichtraucher nicht vertragen würden.

3. Die Beschwerdeführerin zu 3) betreibt seit zwei Jahren in H... die Großraumdiskotheek „M...“.

a) Diese im Gewerbegebiet gelegene Diskothek erstreckt sich über zwei Geschosse und verfügt über eine Gastfläche von 2250 m², verteilt auf fünf Räume, davon drei Tanzräume. Nach der räumlichen Situation können ohne weiteres ein Raum oder mehrere Räume als Raucherbereich abgetrennt werden. Die Diskothek der Beschwerdeführerin soll über ein effizientes Entlüftungssystem verfügen, das die Innenraumluft im gesamten Innenbereich der Diskothek absauge und in jeder Stunde 15 mal gegen Frischluft austausche.

Als Gäste der Diskothek sind nach Darstellung der Beschwerdeführerin nur Personen im Alter von über 18 Jahren zugelassen. Der Anteil der Raucher habe bis August 2007 etwa 60% betragen. Bis zu diesem Zeitpunkt habe der monatliche Umsatz konstant zwischen 300 000 € und 400 000 € gelegen. Seit dem Inkrafttreten des Rauchverbots seien die Umsätze der Beschwerdeführerin um rund 30% gegenüber den jeweiligen Vorjahresmonaten zurückgegangen. Dies beruhe in erster Linie darauf, dass die Gäste ihre Verweildauer in der Diskothek erheblich verkürzt hätten und daher deutlich weniger konsumierten. Diese Umsatzentwicklung entspreche auch den Ergebnissen von Untersuchungen des DEHOGA, wonach Diskotheken in Baden-Württemberg seit August 2007 mit Umsatzrückgängen zwischen 30% und 80% zurechtkommen müssten. Diskothekenbetriebe in anderen Bundesländern, die Raucherräume einrichten dürften, hätten keine vergleichbare Verkürzung der Verweildauer der Gäste zu verzeichnen.

b) Die Beschwerdeführerin trägt vor, die angegriffene landesgesetzliche Regelung verletze sie in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG. § 7 LNRSchG Baden-Württemberg sei insoweit verfassungswidrig, als in Diskotheken das Rauchen absolut verboten sei.

Das absolute Rauchverbot in Diskotheken nach § 7 Abs. 2 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg stelle sich als Berufsausübungsregelung dar, die sich im Ergebnis als unverhältnismäßig erweise. Es fehle an der Erforderlichkeit, weil die Grundrechte weniger einschränkende Regelungen möglich seien. So ließe sich durch freiwillige Rauchverbote und den Einsatz moderner Entlüftungssysteme ein ausreichender Gesundheitsschutz auch in einer Diskothek erzielen. Als weniger einschneidendes Mittel zur Erreichung des Schutzes der Nichtraucher vor Passivrauchen komme zudem die Einrichtung von Raucherräumen in der Diskothek in Betracht. Dieses Mittel sei genauso wirksam wie ein Rauchverbot, weil sich Tabakrauch auf einen eng umgrenzten Bereich beschränken ließe und es jedem Gast selbst überlassen bleibe, ob er sich einer solchen Selbstgefährdung aussetzen wolle. Jugendschutzaspekte würden hierdurch nicht berührt, weil die meisten Diskothekenbetriebe – wie auch derjenige der Beschwerdeführerin – nur Personen über 18 Jahren einließen und dies auch kontrollierten.

Die angegriffene Landesregelung verletze darüber hinaus den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in mehrfacher Hinsicht. Zum einen würden nach § 7 Abs. 2 LNRSchG Baden-Württemberg Diskothekenbetreiber im Vergleich zu Gaststättenbetreibern schlechter behandelt, weil für Gaststätten die Möglichkeit bestehe, einen Raucherraum einzurichten. Zum anderen würden die Betreiber von Festzelten, in denen häufig Tanz-

veranstaltungen abgehalten würden, nach § 7 Abs. 1 Satz 3 LNRSchG Baden-Württemberg gänzlich vom Rauchverbot ausgenommen, während für Diskothekenbetreiber besonders strenge Vorgaben gelten würden. Sachliche Gründe für diese Ungleichbehandlungen seien nicht ersichtlich.

III. Zu den Verfassungsbeschwerden haben das Ministerium für Arbeit und Soziales des Landes Baden-Württemberg namens der Landesregierung, das Abgeordnetenhaus von Berlin, die Senatsverwaltung für Gesundheit, Umwelt und Verbraucherschutz Berlin, das Ministerium der Justiz des Landes Brandenburg namens der Landesregierung, das Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern namens der Landesregierung, das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen namens der Landesregierung, der Landtag von Rheinland-Pfalz, das Ministerium der Justiz des Landes Rheinland-Pfalz, das Justizministerium des Freistaats Thüringen, das Statistische Bundesamt, die Deutsche Gesellschaft für Arbeitsmedizin und Umweltmedizin, das Deutsche Krebsforschungszentrum, das Aktionsbündnis Nichtraucher, die Nichtraucher-Initiative Deutschland, der Verband der Deutschen Rauchtabakindustrie und der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) Stellung genommen.

1. Das Ministerium für Arbeit und Soziales Baden-Württemberg teilt zur Frage der Veränderung der Umsätze von Einraumgaststätten seit Inkrafttreten des Nichtraucherschutzgesetzes mit, die Gastronomie weise die höchste Insolvenzquote in der gesamten gewerblichen Wirtschaft auf, und zwar unabhängig von Umsatzsteuererhöhungen oder gesetzlichem Rauchverbot. Nach Einschätzung des Wirtschaftsministeriums Baden-Württemberg hätten sich die Schwierigkeiten insbesondere in der getränkegeprägten Gastronomie seit Einführung des Nichtraucherschutzes allerdings verstärkt. Aufgrund der gesetzlichen Zielsetzung, nach der jede Gaststätte über einen rauchfreien Hauptraum verfügen solle, seien zwangsläufig Einraumgaststätten anders betroffen als Mehrraumgaststätten. Das sei eine in Kauf zu nehmende Folge dieser Systematik. Einer Ausnahmeregelung für Einraumgaststätten habe die Befürchtung entgegenstanden, dass sich bei Einführung einer Deklarationslösung an der bestehenden Situation wenig ändern würde und so die Belange eines umfassenden und glaubwürdigen Nichtraucherschutzes nicht verwirklicht werden könnten. Im Interesse eines möglichst umfassenden Gesundheitsschutzes seien Umsatzrückgänge – insbesondere bei den am ehesten betroffenen getränkeorientierten Kleingaststätten – hinzunehmen.

Das Rauchverbot in Gaststätten habe keine berufsregelnde Tendenz im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG. Es stelle sich allerdings die Frage, ob dieses Verbot mit berufsneutraler Zielsetzung aufgrund seiner mittelbaren oder tatsächlichen Auswirkungen den Schutzbereich tangiere. Dies sei im Ergebnis jedoch abzulehnen, weil der Schutzbereich des Grundrechts des Art. 12 GG ansonsten konturlos würde. Jedenfalls wäre eine solche Beschränkung durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert.

Die vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung zwischen mehrräumigen Gaststätten und Einraumgaststätten sei nicht zu beanstanden. Dadurch würden Mitarbeiter als Hauptbetroffene des Passivrauchens in einer Gaststätte mit Raucher-Nebenraum im Vergleich zu einer Raucher-Einraumgaststätte deutlich geringer belastet, weil sie den Raucher-Nebenraum nur zum Bedienen und Kassieren betreten müssten, im Übrigen sich aber dort nicht aufhielten. Demgegenüber seien Mitarbeiter in Raucher-Einraumgaststätten während ihrer vollständigen Arbeitszeit dem Passivrauchen ausgesetzt.

Das ausnahmslose Rauchverbot in Diskotheken trage dem Umstand Rechnung, dass die Schadstoffkonzentration in der Diskothek selbst besonders hoch sei, was bei gleichzeitiger körperlicher Aktivität der Gäste zu stärkerer Inhalation der schadstoffhaltigen Innenraumluft führe. Außerdem spiele bei Jugendlichen und Heranwachsenden der Nachahm- und Nachfolgeeffekt eine große Rolle. Insbesondere in der Altersgruppe

der jungen Erwachsenen zwischen 18 und 27 Jahren habe der Cliqueneffekt großen Einfluss auf den Einzelnen. Die Wahrscheinlichkeit, dass wegen des Cliqueneffekts häufiger geraucht werde und auch Nichtraucher veranlasst würden, zur Zigarette zu greifen oder sich dem Passivrauchen auszusetzen, sei in Diskotheken größer als in Gaststätten. In einer Diskothek seien vollständig abgetrennte Nebenräume, die die Belange des Nichtraucherschutzes nicht beeinträchtigten, schon wegen der hohen Bewegungsintensität der Besucher kaum vorstellbar.

2. Das Abgeordnetenhaus von Berlin vertritt die Auffassung, die Beschwerdeführerin zu 2) werde durch das Nichtraucherschutzgesetz nicht in ihren Grundrechten verletzt. Zwar könne man auch in einem Rauchverbot, das zwischen verschiedenen Arten von Gaststätten differenziere und auf die jeweiligen unterschiedlichen Verhältnisse eingehe, ein milderer Mittel der gesetzlichen Ausgestaltung sehen. Es wäre jedoch nicht in gleicher Weise für den Nichtraucherschutz wirksam wie das umfassende Verbot in § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG Berlin. Angesichts der großen Anzahl von Einraumgaststätten in Berlin würde ein solches eingeschränktes Rauchverbot in erheblichem Umfang leer laufen und seinen Zweck verfehlen. Nur ein allgemein geltendes, generelles Rauchverbot, das den Nichtrauchern die Möglichkeit gebe, jede Gaststätte zu besuchen, ohne dabei den Gefahren des Passivrauchens ausgesetzt zu sein, stelle – gemessen an den Verhältnissen im Land Berlin – wirklich einen effektiven Nichtraucherschutz im Bereich der Gastronomie dar.

Zwar sei nicht auszuschließen, dass das Rauchverbot in der Zukunft eine gewisse Umsatzeinbuße bei der Beschwerdeführerin zu 2) zur Folge habe. Dies könne jedoch nicht als eine zwangsläufige Folge der neuen Regelung angesehen werden. Es erscheine zudem fraglich, ob der Aufenthalt in einem Raucherraum wirklich so attraktiv sei, dass eine größere Anzahl von Gästen dadurch zum Wechsel des Stammlokals veranlasst werde. In diesen Räumen finde keine Bedienung an den Tischen statt, was sich insbesondere aus § 4 Abs. 5 NRSG Berlin ergebe, wonach Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen bei allen Ausnahmeregelungen auszuschließen seien. Das vom Gesetzgeber ausdrücklich angestrebte Ziel, gerade auch die Beschäftigten in der Gastronomie vor den Gefahren des Passivrauchens zu schützen, würde weitgehend verfehlt, wenn diese gezwungen wären, in den stark mit Rauch belasteten Nebenräumen zu bedienen.

3. Die Senatsverwaltung für Gesundheit, Umwelt und Verbraucherschutz Berlin teilt mit, dass mangels einer stringenten Einhaltung des Rauchverbots bis zum Inkrafttreten der Bestimmungen über Ordnungswidrigkeiten zum 1. Juli 2008 eine aussagekräftige Einschätzung der Umsatzentwicklung in Einraumgaststätten noch nicht möglich sei. Auch könne nicht pauschal von einer Abwanderungsbewegung der Stammkunden von Einraumgaststätten in die Nebenräume von Mehrraumgaststätten ausgegangen werden. Die Erfahrungen in anderen europäischen Ländern zeigten, dass die Durchsetzung eines Rauchverbots für Gaststätten keine erheblichen Umsatzeinbußen oder gar eine Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz nach sich gezogen hätten. Zurückzuführen seien rückläufige Einnahmen vielmehr auf ein Ursachenbündel, zu dem auch die Erhöhung der Anzahl der Gaststätten in Berlin und der dadurch gesteigerte Konkurrenzdruck innerhalb bestimmter Gastronomiebereiche zähle.

Mit der generellen Ausnahme von Einraumgaststätten vom Rauchverbot ginge ein erhebliches Missbrauchsrisiko einher. Dies belegten nicht nur Erfahrungen aus Spanien, auch in Deutschland gebe es bereits Beispiele, wie durch ein extensives Ausschöpfen der Ausnahmemöglichkeiten im Wege der Umwidmung öffentlicher Gaststätten das Rauchverbot umgangen werden könne. So habe in Bayern die Nichtanwendung des Rauchverbots auf Raucherclubs eine ausufernde Umbenennung normaler Gaststätten in Raucherclubs zur Folge gehabt.

4. Das Ministerium der Justiz des Landes Brandenburg weist darauf, dass bei Zulassung von „Einraum-Rauchergast-

stätten“ zu befürchten sei, dass eine solche Gaststätte etwa in ländlichen Gebieten die einzige Gaststätte am Wohnort einer nicht rauchenden Person wäre oder aber die einzige, die vom Arbeitsplatz einer nicht rauchenden Person in der Mittagspause zu Fuß erreicht werden könne. Ferner erscheine es lebensnah, dass sich nicht rauchende Personen, und zwar auch solche, welche die Gesundheitsschädigung durch Passivrauchen dezidiert ablehnten, unter bestimmten Umständen gleichwohl zum Besuch der Rauchergaststätte entschließen würden. Um ein möglichst hohes Schutzniveau, namentlich einen möglichst lückenlosen Schutz von Nichtrauchern zu gewährleisten, sei eine derartige Ausnahme für Einraumgaststätten nicht in Frage gekommen.

5. Auch das Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern betont, dass es gerade in den ländlichen Gebieten oft nur eine Gastwirtschaft im Ort gäbe. Handele es sich bei der Gaststätte um eine Einraumgaststätte, so würden die Bürgerinnen und Bürger, die nicht von der so genannten Gaststättenkultur, also etwa von dem geselligen Treffen Bekannter ausgeschlossen sein wollten, ohne Rauchverbot dem Zwang zum Passivrauchen ausgesetzt. Als Alternative bliebe ihnen dann nur, auf den Besuch der Gaststätte zu verzichten. Das aber halte die Landesregierung in Anwendung des Grundsatzes, dass der Nichtstörer dem Störer nicht zu weichen brauche, nicht für zumutbar. Besonders bei Jugendlichen entstehe außerdem oft ein Gruppendruck zum Mitrauchen.

6. Das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen führt aus, auch in Nordrhein-Westfalen sei erwogen worden, eine Ausnahme vom Rauchverbot für Einraumgaststätten vorzusehen. Im Vordergrund der Überlegungen hätten dabei Ausnahmemöglichkeiten für so genannte Eckkneipen oder die Anknüpfung an bestimmte Platzzahlen oder Raumgrößen gestanden. Letztlich habe man von derartigen Ausnahmemöglichkeiten aufgrund verfassungsrechtlicher Vorbehalte und aufgrund der Bedenken hinsichtlich der Vollzugstauglichkeit derartiger Eckkneipenmodelle abgesehen.

7. Der Landtag von Rheinland-Pfalz betont das Ziel der gesetzlichen Regelung, jedem Nichtraucher einen rauchfreien Platz und damit einen nicht gesundheitsgefährdenden Zugang zu allen gastronomischen Betrieben zu ermöglichen. Es müsse dem Gesetzgeber unbenommen sein, in Bereichen, denen eine wichtige soziale Funktion zukomme, effektive Maßnahmen zur Gefahrenvermeidung zu treffen; handele es sich um Gefahren für höchstrangige Rechtsgüter, so hätten dahinter auch betroffene Grundrechte Privater zurückzutreten.

Einraumgaststätten unterschieden sich von Mehrraumgaststätten oder anderen größeren Betrieben des Gaststättengewerbes vor allem dadurch, dass sie ganz wesentlich durch den Getränkeabsatz und die durch eine „familiäre“ Atmosphäre in besonderer Weise beförderte Möglichkeit des sozialen Austauschs geprägt seien. Nach Einführung des Rauchverbots möge es aus einer gewissen Protesthaltung heraus zu kurzfristigen Umsatzrückgängen durch für einen begrenzten Zeitraum ausbleibende Stammgäste kommen; eine endgültige Abwanderung dieser Gäste in andere gastronomische Betriebe dürfte dagegen eher weniger wahrscheinlich sein.

Der Gesetzgeber habe auch nicht dadurch gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen, dass er eine Ausnahme vom Rauchverbot zugunsten von Wein-, Bier- und Festzelten sowie für die Außengastronomie geschaffen habe. Bei Zelten handele es sich um lediglich temporäre Einrichtungen. Hieraus folge, dass eine Konkurrenzsituation mit Gaststätten, insbesondere auch den inhabergeführten Einraumgaststätten, im Hinblick auf rauchende Gäste kaum entstehen dürfte.

8. Das Ministerium der Justiz des Landes Rheinland-Pfalz verweist auf aktuelle Entwicklungen in der Gastronomie in Rheinland-Pfalz infolge der einstweiligen Anordnung des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz vom 11. Februar 2008. Zwar habe sich die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs ausschließlich auf inhabergeführte Einraumgaststätten bezogen;

in der Konsequenz sähen sich jedoch nicht nur die typischen Eckkneipen mit überwiegend rauchendem Publikum betroffen, sondern auch alle anderen Betriebsarten von Gaststätten (Cafés, Bistros und Speisegaststätten). Einige Betreiber hätten in der Folge der Entscheidung bereits Personal entlassen und hätten, etwa durch das Herausbrechen von Trennwänden, bauliche Maßnahmen zur Herstellung einer Einraumgaststätte umgesetzt. Eine Handhabe gegen entsprechende Änderungsanträge der jeweiligen Gaststättenerlaubnis bestehe für die Ordnungsbehörden nicht.

9. Das Justizministerium des Freistaats Thüringen vertritt die Auffassung, es sei zumindest zweifelhaft, ob das Rauchverbot in Gaststätten überhaupt eine berufsregelnde Tendenz habe. Jedenfalls sei die Normierung des Rauchverbots als Berufsausübungsregelung verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Angesichts der Vielgestaltigkeit und Wandelbarkeit der gastronomischen Strukturen sei es für den Landesgesetzgeber unmöglich, für jeden Gastromietyp eine passgenaue, umsatz- und gewinnwahrende Lösung zu finden und gleichzeitig einen möglichst optimalen Gesundheitsschutz für die Passivraucher zu gewährleisten.

10. Das Statistische Bundesamt legt einen Vergleich der Umsatzentwicklung von Gaststätten in Ländern mit und solchen ohne Rauchverbot vor. Die Ergebnisse deuteten darauf hin, dass das Gaststättengewerbe in Bundesländern mit Nichtraucherschutzgesetzen größere Umsatzeinbußen habe hinnehmen müssen als in solchen Ländern ohne Nichtraucherschutzgesetze. Der Vergleich von speisen- und getränkegeprägter Gastronomie führe dabei zum Ergebnis, dass die Nichtraucherschutzgesetze wahrscheinlich zu stärkeren Umsatzrückgängen im Bereich der getränkegeprägten Gastronomie geführt hätten.

11. Die Deutsche Gesellschaft für Arbeitsmedizin und Umweltmedizin verweist auf Ergebnisse epidemiologischer Studien. Aus ihnen lasse sich ableiten, dass Tabakrauchexposition das relative Risiko für Lungenkrebs erhöhe. In umfangreichen Metaanalysen werde ein relatives Risiko im Bereich von 1,2 bis 1,3 – also eine Risikohöherung um 20% bis 30% – ohne Differenzierung nach Dauer oder Umfang der Exposition gefunden. Die Anwesenheit von kanzerogenen und mutagenen Stoffen im Tabakrauch, die nachgewiesene Aufnahme von mutagenen Stoffen aus Tabakrauch bei Passivrauchern, die Expositions-Wirkungs-Beziehung zwischen Tabakrauchexpositionen und Lungenkrebshäufigkeit sowie die Ergebnisse der bisher vorliegenden tiexperimentellen Kanzerogenitätsstudien erfüllten in ihrer Gesamtheit die Kriterien einer Einstufung als krebserzeugend für den Menschen. Die Passivrauch-Belastung in Deutschland sei zwar rückläufig, aber nach wie vor erheblich. Während die häusliche Exposition schwer beeinflussbar sei, zeigten aktuelle Studien, dass sich die passivrauch-bedingte Morbidität und Mortalität durch öffentliche Rauchverbote deutlich reduzieren ließen. Entsprechende Maßnahmen seien auch präventiv zur Vermeidung von Expositionen am Arbeitsplatz notwendig und würden gut toleriert.

12. Das Deutsche Krebsforschungszentrum führt aus, Tabakrauch sei ein komplexes Gemisch aus über 4800 Substanzen, darunter Gifte wie Blausäure, Ammoniak und Kohlenmonoxid. Mehr als 70 der Substanzen im Tabakrauch seien nachweislich krebserzeugend. Bereits kleinste Belastungen mit diesen krebserzeugenden Stoffen könnten zur Entstehung von Tumoren beitragen. Dementsprechend stuften nationale und internationale Forschungszentren und Gremien das Passivrauchen beim Menschen als krebserzeugend ein. So habe die Senatskommission zur Prüfung gesundheitsschädlicher Arbeitsstoffe der Deutschen Forschungsgemeinschaft bereits im Jahre 1998 die Problematik eingehend untersucht und sei zu dem Ergebnis gekommen, dass Passivrauchen erwiesenermaßen „krebserzeugend für den Menschen“ sei. Es gebe keine Menge Tabakrauch, die ungefährlich wäre. Passivrauchen sei außerdem verantwortlich für die Entwicklung chronischer Krankheiten mit möglicher Todesfolge. Schon kurzzeitiges Passivrauchen reize die Atemwege und schädige das Blutgefäßsystem. Da einzelne

Komponenten des Passivrauchs lange in der Raumluft verweilen und sich die Partikel an Wänden, Gebrauchsgegenständen und auf Böden ablagerten und von dort wieder in die Raumluft gelangten, seien Räume, in denen das Rauchen erlaubt sei, eine kontinuierliche Expositionsquelle für die Giftstoffe des Tabakrauchs, auch wenn dort aktuell nicht geraucht werde.

Nach einer in Zusammenarbeit mit dem Institut für Epidemiologie und Sozialmedizin der Universität Münster und dem Hygiene-Institut des Universitätsklinikums Heidelberg veröffentlichten Studie aus dem Jahr 2005 verstürben in Deutschland jedes Jahr über 3300 Nichtraucher aufgrund von Lungenkrebs oder koronaren Herzkrankheiten an den Folgen des Passivrauchens. Wer mit einem Raucher zusammenlebe oder bei der Arbeit Tabakrauch ausgesetzt sei, habe ein um 20% bis 30% erhöhtes Risiko, an Lungenkrebs und ein um 25% bis 30% erhöhtes Risiko, an koronaren Herzkrankheiten zu erkranken.

Beschäftigte in der Gastronomie, die Tabakrauch ausgesetzt seien, litten als Folgeschäden unter akuten Gesundheitsstörungen wie brennenden, geröteten Augen, Reizungen des Rachens und der unteren Atemwege, Husten und Kopfschmerzen bis hin zu einer veränderten Lungenfunktion. Langfristig sei eine Risikohöherung für Herz-Kreislauf-Erkrankungen und Lungenkrebs zu erwarten.

13. Das Aktionsbündnis Nichtrauchen betont, die Annahme, ein kausaler Nachweis zwischen dem Passivrauchen und dem Eintritt einer gesundheitlichen Beeinträchtigung sei im Einzelfall nicht zu führen, sei nachweislich unzutreffend. Alle nationalen und internationalen Gremien bejahten die Frage, ob Passivrauchen gesundheitsschädlich sei und insbesondere das Risiko für Lungenkrebs erhöhe. Dieses Risiko sei im Vergleich zu nicht tabakrauchexponierten Personen um 20% bis 25% erhöht.

14. Die Nichtraucher-Initiative Deutschland hält es aufgrund wissenschaftlicher Studien für nachgewiesen, dass Passivrauchen in Deutschland jährlich mehrere tausend Opfer fordere. Es sei nicht zu bezweifeln, dass Raucherräume in Mehrraumgaststätten zu Umsatzverlusten bei Einraumgaststätten führen könnten. Wenn es eine Möglichkeit für Raucher gäbe, einem Rauchverbot auszuweichen, dann werde sie auch wahrgenommen. Die Einraumgaststätten hätten in dieser Konstellation das Nachsehen. Solche Wettbewerbsverzerrungen stellten sich vor allem dann ein, wenn der Raucheranteil unter den bisherigen Gästen sehr hoch gewesen sei und sich für die Raucher eine Ausweichmöglichkeit biete.

15. Unter Hinweis auf eigene Untersuchungen berichtet der Verband der Deutschen Rauchtabakindustrie, dass mit der Einführung der Rauchverbote die Frequenz der Kneipenbesuche sinke, sich die Verweildauer dort verkürze und signifikante Umsatzrückgänge bei den so genannten Einraumgaststätten zu verzeichnen seien. Nach einer Studie des Marktforschungsinstituts CHD seien im Segment Einraumkneipe die wirtschaftlichen Auswirkungen des Nichtraucherschutzgesetzes am stärksten sichtbar. Im Vergleich zu einer Studie vom November 2007 habe sich in einer Studie vom Februar 2008 die Quote der Kneipen mit Gästeschwund von 50% auf 75% erhöht. Über 60% der Einraumgaststätten berichteten sogar von Gästeverlusten von mehr als 10%. Kneipen hätten auch den stärksten Rückgang beim Getränkekonsum zu verzeichnen, knapp 40% aller Betriebe stellten eine Verringerung fest.

Ferner verweist der Verband der Deutschen Rauchtabakindustrie auf eine Stammgastbefragung zum Thema Rauchverbot in der Gastronomie durch das Meinungsforschungsinstitut tns-emnid. Danach habe ein Großteil der befragten Stammkneipennutzer – nämlich 65% – auch nach Einführung des Rauchverbots die gleiche Stammkneipe besucht. Rund 23% hätten jedoch ihre Stammkneipe gewechselt, 17% führten dies direkt auf das Rauchverbot zurück und gäben als Grund für den Wechsel ihrer Stammkneipe das Rauchverbot an. Gewechselt worden sei in eine Gaststätte, die größer als die bisherige Stammkneipe sei beziehungsweise über einen separaten Raucherraum verfüge. Handele es sich bei der Stammkneipe allerdings um eine Ein-

raumkneipe, in der das Rauchen nach Einführung des Rauchverbots nicht mehr erlaubt gewesen sei, blieben nur 53% ihrer Stammkneipe treu. Wegen des Rauchverbots wechselten dann 24% ihre Stammkneipe zugunsten einer größeren Kneipe beziehungsweise einer Kneipe mit separatem Raucherraum.

16. Im Rahmen seiner Stellungnahme trägt der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) vor, die Betreiber von Einraumgaststätten seien die Verlierer der Landesnichtraucherschutzgesetze. Von den insgesamt etwa 240 000 Gaststättenbetrieben würden zwischen 60 000 und 80 000 als getränkegeprägte Einraumbetriebe geführt. Die getränkegeprägte Einraumgaststätte generiere ihre Umsätze fast ausschließlich über einen Kundenstamm, von dem durchschnittlich 70% Raucher seien. Die Existenz eines ganzen gastgewerblichen Branchensegments stehe seit der Einführung der gesetzlichen Rauchverbote auf dem Spiel, es drohe das Aussterben einer einzigartigen gewachsenen Kneipen- und Barkultur in Deutschland. Die Betriebstypen Kneipe, Bar sowie Diskothek, die keine Rauchernebenräume einrichten dürften, wiesen die größten Umsatzverluste auf. Da diese Gaststätten ohnehin nur einen geringen Gewinn abwerfen würden, stelle ein Umsatzrückgang durch die gesetzlichen Rauchverbote in Höhe von mindestens 20% die Rentabilität dieser Betriebe unweigerlich in Frage. Im Gegensatz dazu verlaufe die Umsetzung der Nichtraucherschutzgesetze in Hotels und klassischen Restaurants wie Kantinen weitestgehend problemlos.

Nach einer aktuellen Umfrage des DEHOGA Baden-Württemberg vom März 2008 zu den Folgen des Rauchverbots habe sich das Nichtraucherschutzgesetz in 77,7% der Einraumbetriebe negativ ausgewirkt mit Umsatzverlusten von über 20%. 61,3% der Einraumbetriebe berichteten von einer Existenzgefährdung. Demgegenüber habe sich das Nichtraucherschutzgesetz auf 11,4% der Mehrraumbetriebe positiv ausgewirkt, 38,2% könnten keine Auswirkungen des Gesetzes feststellen, wohingegen 48% der Mehrraumbetriebe von negativen Umsatzauswirkungen berichteten. In ihrer Existenz gefährdet sähen sich lediglich 30,1% der Mehrraumbetriebe. Bei den Diskotheken habe sich das Nichtraucherschutzgesetz sogar bei 97,9% der Betriebe negativ ausgewirkt, hier werde von Umsatzverlusten von knapp 30% berichtet. 71,8% der Diskothekenbetriebe berichteten von einer Existenzgefährdung durch das Gesetz.

IV. In der mündlichen Verhandlung am 11. Juni 2008 haben die Beschwerdeführer ihren Vortrag vertieft. Darüber hinaus haben sich der Landtag und die Landesregierung von Baden-Württemberg, das Abgeordnetenhaus und der Senat von Berlin, das Deutsche Krebsforschungszentrum, Prof. Dr. Gerhard Scherer als sachverständige Auskunftsperson, das Statistische Bundesamt, der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband), das Aktionsbündnis Nichtrauchen und die Nichtraucher-Initiative Deutschland geäußert.

B. Die zulässigen Verfassungsbeschwerden sind begründet.

I. 1. Der Beschwerdeführer zu 1) wird durch das in § 7 Abs. 1 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg geregelte Rauchverbot in Gaststätten in dem Grundrecht auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt. Entsprechendes gilt für die Beschwerdeführerin zu 2) mit Blick auf das Rauchverbot nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSchG Berlin. Ein Rauchverbot in Gaststätten ist zwar nicht schlechthin mit der Verfassung unvereinbar. Die Verfassungswidrigkeit ergibt sich aber daraus, dass die Landesgesetzgeber bei den von ihnen gewählten Ausgestaltungen des Nichtraucherschutzes keine Regelungen getroffen haben, die auch mit Rücksicht auf die besonderen Belastungen einer bestimmten Gruppe von Gaststättenbetreibern insgesamt zumutbar erscheinen.

a) Obwohl das Verbot, in Gaststätten zu rauchen, vornehmlich an die Gäste gerichtet ist, greift es auch in den Schutzbereich der Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber ein. An der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) ist das Rauchverbot hingegen nicht zu messen. Zwar berührt es auch das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Hausrecht, der Schwerpunkt des Eingriffs

liegt jedoch nicht in der Begrenzung der Innehabung und Verwendung dieser Vermögensposition, sondern in der Beschränkung der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit des Gastwirts. Der Schutz der Eigentumsgarantie kommt hier daher nicht in Betracht (vgl. BVerfGE 30, 292 <335>).

aa) Die Freiheit der Berufsausübung wird durch Art. 12 Abs. 1 GG umfassend geschützt (vgl. BVerfGE 85, 248 <256>). Der Schutz erstreckt sich auch auf das Recht, Art und Qualität der am Markt angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen (vgl. BVerfGE 106, 275 <299>) und damit den Kreis der angesprochenen Interessenten selbst auszuwählen. Unter diesem Gesichtspunkt beeinträchtigt das Rauchverbot die freie Berufsausübung der Gastwirte.

Durch das Rauchverbot in Gaststätten, wie es in den vorliegenden Fällen durch § 7 Abs. 1 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg und § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSchG Berlin geregelt ist, wird dem Gaststättenbetreiber die Möglichkeit genommen, selbst darüber zu bestimmen, ob den Besuchern in seiner Gaststätte das Rauchen gestattet oder untersagt ist. Damit kann der Gastwirt nur noch in den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen darüber entscheiden, ob er die Leistungen und Dienste seines Gaststättenbetriebs auch solchen Gästen anbietet will, die diese zusammen mit dem Rauchen von Tabak in Anspruch nehmen möchten. Dem Gastwirt wird es nicht nur erheblich erschwert, Raucher mit seinen Angeboten zu erreichen, sondern er wird regelmäßig daran gehindert, seine Leistungen insbesondere in Form des Verabreichens von Speisen und Getränken gegenüber solchen Gästen zu erbringen, die auf das Rauchen in der Gaststätte nicht verzichten wollen.

bb) Diese Beeinträchtigung der beruflichen Betätigung ist nicht ein bloßer Reflex eines an die Raucher gerichteten Verbots, sondern stellt einen unmittelbaren Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Gaststättenbetreiber dar. Aus der Systematik der gesetzlichen Regelungen über das Rauchverbot in Gaststätten folgt, dass durch diese Vorschriften auch den Gastwirten untersagt wird, ihre Leistungen und Dienste den Rauchern unter ihren Gästen anzubieten. Die angegriffenen Nichtraucherschutzgesetze verbinden nämlich das an die Besucher von Gaststätten gerichtete Rauchverbot mit einer Verpflichtung der Gastwirte, Verstöße gegen dieses Verbot zu unterbinden und weitere Verstöße zu verhindern (§ 8 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 und 3 LNRSchG Baden-Württemberg; § 6 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 NRSchG Berlin). Dass diese Verpflichtung in Baden-Württemberg – im Unterschied zu Berlin (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b NRSchG Berlin) und anderen Bundesländern – nicht bußgeldbewehrt ist, ändert nichts an ihrer Verbindlichkeit und damit an ihrer Bedeutung zum Beispiel für die Gaststättenerlaubnis unter dem Gesichtspunkt der Zuverlässigkeit des Gaststättenbetreibers (§ 15 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Gaststättengesetzes, im Folgenden: GastG). Diese Indienstnahme des Gastwirts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben setzt zwangsläufig voraus, dass ihn das Gesetz bereits an der Bewirtung von Rauchern hindert. Der Gastwirt kann nicht einerseits verpflichtet sein, das Rauchen in seiner Gaststätte zu unterbinden, während er andererseits den Aufenthalt rauchender Gäste hinnehmen und diesen Speisen und Getränke soll anbieten dürfen.

b) Um vor der Garantie der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) Bestand haben zu können, müssen Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist (vgl. BVerfGE 7, 377 <405 f.>; 94, 372 <390>; 101, 331 <347>). Die aus Gründen des Gemeinwohls unumgänglichen Einschränkungen der Berufsfreiheit stehen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfGE 19, 330 <336 f.>; 54, 301 <313>; 104, 357 <364>). Daher müssen die Eingriffe zur Erreichung des Eingriffsziels geeignet sein und dürfen nicht weiter gehen, als es die Gemeinwohlbelange erfordern (vgl. BVerfGE 101, 331 <347>; 104, 357 <364>). Die Eingriffsmittel dürfen zudem nicht übermäßig belastend sein (vgl. BVerfGE 19, 330 <337>), so dass bei einer Gesamtabwägung zwischen der

Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist (vgl. BVerfGE 103, 1 <10>; 106, 181 <192>). Diesen Anforderungen genügen die angegriffenen Vorschriften über das Rauchverbot in Gaststätten nicht in jeder Hinsicht. Es fehlt zwar nicht an einer gesetzlichen Grundlage (aa) und den Verboten liegen auch legitime Zwecke zugrunde (bb), zu deren Erreichung die Vorschriften geeignet und erforderlich sind (cc); in den hier zu beurteilenden Ausgestaltungen führt das Rauchverbot jedoch zu einer übermäßigen Belastung einer bestimmten Gruppe von Gaststättenbetreibern, zu denen auch die Beschwerdeführer zu 1) und 2) zählen (dd).

aa) Den Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) genügt nur ein kompetenzgemäß erlassenes Gesetz (vgl. BVerfGE 98, 265 <298>; 102, 197 <213>). Unter diesem Gesichtspunkt sind die angegriffenen Vorschriften nicht zu beanstanden.

(1) Für den Erlass der angegriffenen Rauchverbote in Gaststätten steht den Ländern nach Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz zu. Ob der Bund aufgrund einer Regelungsmaterie der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 GG) ein solches Verbot anordnen könnte, bedarf keiner Entscheidung; denn von dieser etwaigen Zuständigkeit hat der Bund keinen oder zumindest keinen umfassenden Gebrauch gemacht, so dass die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG landesgesetzlichen Bestimmungen nicht entgegensteht. Insbesondere hat der Bund auf der Grundlage seiner Gesetzgebungskompetenz für den Arbeitsschutz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) mit den Vorschriften über den Erlass betrieblicher Rauchverbote in § 5 der Verordnung über Arbeitsstätten (Arbeitsstättenverordnung – ArbStättV) Regelungen zwar zum Schutz der nicht rauchenden Beschäftigten (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbStättV) getroffen, nicht aber auch – wie die Landesgesetze zum Nichtraucherschutz (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg; § 1 NRSRG Berlin) – mit dem Ziel des Schutzes der Bevölkerung insgesamt – und damit insbesondere der Besucher von Gaststätten – vor Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen.

(2) Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn auch der Schutz der Gesundheit des Gaststättenpersonals zum Anliegen eines Landes Nichtraucherschutzgesetzes gemacht wird, so wie dies im Land Berlin ausweislich der Gesetzesbegründung beabsichtigt ist (vgl. Drucks. 16/0716 des Abgeordnetenhaus Berlin, Begründung Allgemeines; auch Einzelbegründung zu § 3 Abs. 7). Von dem Ziel des Schutzes der Gesamtbevölkerung durch ein Rauchverbot in Gaststätten müssen die Landesgesetzgeber die im Gastronomiegewerbe Beschäftigten nicht ausnehmen. Maßgebend für die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern in Art. 74 GG ist der Gegenstand des jeweiligen Gesetzes (vgl. BVerfGE 4, 60 <67, 69 f.>; 68, 319 <327 f.>), nicht das vom Gesetzgeber in den Blick genommene Gemeinwohlziel. Wirkt daher der angestrebte Schutz aller vor den Gefahren des Passivrauchens in Gaststätten auch zugunsten der dort Beschäftigten, so berührt dies hinsichtlich der Arbeitnehmer nicht die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Arbeitsschutz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.

Auch wenn insoweit die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG nicht eingreift, muss der Landesgesetzgeber allerdings den Vorrang des Bundesrechts nach Art. 31 GG beachten, wenn Regelungen des Bundes- und des Landesrechts auf denselben Sachverhalt anwendbar sind und bei ihrer Anwendung zu verschiedenen Ergebnissen führen (vgl. BVerfGE 96, 345 <364>; 98, 145 <159>). Während § 7 Abs. 3 LNRSchG Baden-Württemberg eine Kollision mit den Vorschriften der Arbeitsstättenverordnung durch eine ausdrückliche Bestimmung vermeidet, nach der diese von den Bestimmungen des Landes Nichtraucherschutzgesetzes unberührt bleiben sollen, fehlt im Berliner Nichtraucherschutzgesetz eine vergleichbare Vorschrift. Dies kann wegen abweichender Rechtsfolgen zur Kollision mit Bundesrecht führen, weil nach § 4 Abs. 5 NRSRG Berlin bei sämtlichen Ausnahmen vom Rauchverbot und damit auch bei der Einrich-

tung von Raucherräumen in Gaststätten Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen auszuschließen sind. Sollte diese Bestimmung auch zugunsten der in Gaststätten beschäftigten Personen Anwendung finden, so geriete sie in Konflikt mit § 5 Abs. 2 ArbStättV, wonach Schutzmaßnahmen für die nicht rauchenden Beschäftigten bei Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr nur insoweit gefordert sind, als die Natur des Betriebs und die Art der Beschäftigung es zulassen, was aber bei der Möglichkeit der Einrichtung von Raucherräumen in Gaststätten gerade hinsichtlich der Bedienung der Gäste regelmäßig ausgeschlossen erscheint.

Ein solches Normverständnis ist indessen nicht zwingend. Mit Blick auf die Bestimmungen zum Arbeitsschutz ist § 4 Abs. 5 NRSRG Berlin vielmehr einer systematischen Auslegung dahin zugänglich, dass kein Schutz der Beschäftigten vor der Passivrauchbelastung in Raucherräumen herbeigeführt, sondern nur der Nichtraucherschutz außerhalb der Raucherräume sichergestellt werden soll, indem etwa das Eindringen von Tabakrauch in die angrenzenden Räumlichkeiten zu verhindern ist. Dieses Normverständnis ist als Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung geboten, weil es eine Kollision von Landes- und Bundesrecht und damit die Nichtigkeit der landesgesetzlichen Regelung wegen Verstoßes gegen den Vorrang des Bundesrechts gemäß Art. 31 GG (vgl. dazu BVerfGE 26, 116 <135>) vermeidet (vgl. BVerfGE 112, 164 <182 f.> m.w.N.; stRspr).

bb) Mit dem Rauchverbot in Gaststätten verfolgen die Gesetzgeber ein Gemeinwohlziel, das auf vernünftigen Erwägungen beruht und daher die Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit grundsätzlich zu legitimieren vermag.

(1) Beide Gesetze nennen als ihr Ziel den Schutz der Bevölkerung vor den Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg; § 1 NRSRG Berlin). Der Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren zählt zu den überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern (vgl. BVerfGE 7, 377 <414>), die selbst objektive Berufszulassungsvoraussetzungen und damit erst recht auch Beschränkungen der Berufsausübung rechtfertigen können. Die Freiwilligkeit der Entscheidung des Einzelnen, sich insbesondere beim Besuch einer Gaststätte der Belastung durch Tabakrauch auszusetzen, macht das Anliegen des Gesundheitsschutzes nicht hinfällig. Jedenfalls solange es keine ausreichenden Möglichkeiten für Nichtraucher gibt, in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden, bedeutet eine solche Entscheidung typischerweise kein Einverständnis mit einer Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen, sondern nur die faktisch unvermeidbare Inkaufnahme dieses Risikos, um uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben durch den Besuch einer ausgewählten Gaststätte teilnehmen zu können.

(2) Ebenso wenig ist es verfassungsrechtlich zu beanstanden, dass die Landesgesetzgeber Passivrauchen, also Tabakrauch in der Umgebungsluft („environmental tobacco smoke“ – „ETS“), als Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung angesehen und zum Anlass gesetzlicher Regelungen genommen haben. Wird der Gesetzgeber zur Verhütung von Gefahren für die Allgemeinheit tätig, so belässt ihm die Verfassung bei der Prognose und Einschätzung der in den Blick genommenen Gefährdung einen Beurteilungsspielraum, der vom Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann. Der Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers so offensichtlich fehlerhaft sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die angegriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen abgeben können (vgl. BVerfGE 77, 84 <106>; 110, 141 <157 f.>; 117, 163 <183>).

(a) Hiernach durften sich die Landesgesetzgeber auf die zahlreichen wissenschaftlichen Untersuchungen stützen, nach de-

nen mit dem Passivrauchen schwerwiegende gesundheitliche Risiken verbunden sind (vgl. etwa Radon/Nowak, Passivrauchen – aktueller Stand des Wissens, Deutsche Medizinische Wochenschrift, 2004, S. 157 ff.).

So veröffentlichte das Deutsche Krebsforschungszentrum in Zusammenarbeit mit dem Institut für Epidemiologie und Sozialmedizin der Universität Münster und dem Hygiene-Institut des Universitätsklinikums Heidelberg im Jahre 2005 erstmals Zahlen für die durch Passivrauchen erhöhte Sterblichkeit der nicht rauchenden Bevölkerung in Deutschland aufgrund von Lungenkrebs, chronisch-obstruktiven Lungenerkrankungen, Herz-Kreislauf-Erkrankungen und plötzlichem Kindstod. Nach dieser als konservativ eingeschätzten Berechnung versterben in Deutschland jährlich über 3300 Nichtraucher an den Folgen des Passivrauchens. Bestätigt werden diese Gefahren durch die Einschätzung, wonach Passivrauchen weltweit die drittwichtigste vermeidbare Todesursache darstellen soll (vgl. Raupach/Radon/Nowak/Andreas, Passivrauchen: Gesundheitliche Folgen, Effekte einer Expositionskaenz und Präventionsaspekte, Pneumologie 2008, S. 44).

Im Rahmen seiner für die vorliegenden Verfahren abgegebenen Stellungnahmen führt das Deutsche Krebsforschungszentrum ferner an, dass hinsichtlich der Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen nationaler und internationaler Konsens bestehe. Der in die Raumluft durch das Glimmen abgegebene Nebenstromrauch von Tabakprodukten enthalte in deutlich höherer Konzentration die gleichen giftigen und krebserregenden Substanzen wie der – vom Raucher eingeogene und wieder ausgeatmete – Hauptstromrauch. Das Aktionsbündnis Nichtrauchen verweist in seiner Stellungnahme auf wissenschaftliche Belege für mehr als 40 im Tabakrauch enthaltene Substanzen, die erwiesenermaßen genschädigend und krebserregend seien. Für die genschädigenden und krebserregenden chemischen Stoffe im Tabakrauch gebe es keine Schwellendosis, unterhalb derer diese Stoffe unschädlich seien.

Die Deutsche Gesellschaft für Arbeitsmedizin und Umweltmedizin kommt in ihrer Stellungnahme zu dem Schluss, aus den Ergebnissen der epidemiologischen Studien und der nachgewiesenen Expositions-Wirkungs-Beziehungen lasse sich ableiten, dass Tabakrauchexposition das Risiko für Lungenkrebs im Vergleich zu nicht tabakrauchexponierten Personen um 20% bis 30% erhöhe. Das Aktionsbündnis Nichtrauchen erläutert hierzu weiter, die Annahme, ein kausaler Nachweis zwischen dem Passivrauchen und dem Eintritt einer gesundheitlichen Beeinträchtigung sei im Einzelfall nicht zu führen, sei nachweislich unzutreffend. Alle nationalen und internationalen Gremien behaupten die Frage, ob Passivrauchen gesundheitsschädlich sei und insbesondere das Risiko für Lungenkrebs erhöhe.

Zudem hat auch die Weltgesundheitsorganisation (WHO) die wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen zum Anlass genommen, auf einer Konferenz der Vertragsparteien im Jahre 2007 Leitlinien zum Schutz vor Passivrauchen zu verabschieden.

(b) Die Annahme der Landesgesetzgeber, gerade in Gaststätten sei von einer besonderen Gefährdung der Gäste und der Beschäftigten durch Passivrauchen auszugehen, stützt sich ebenfalls auf hinreichende tatsächliche Grundlagen.

So ist nach den im Jahre 2007 veröffentlichten Ergebnissen eines unter Federführung des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit durchgeführten Forschungsprojekts zur gesundheitlichen Bedeutung der Tabakrauchbelastung in öffentlich zugänglichen Einrichtungen (abrufbar unter <http://www.lgl.bayern.de/gesundheit/umweltmedizin/tabakrauchbelastung.htm>) die Belastung der Raumluft von Gastronomiebetrieben mit toxischen und krebserzeugenden Substanzen aus dem Tabakrauch erheblich und stellt eine Gesundheitsgefährdung für Gäste und Beschäftigte dar. In allen Gastronomiebetrieben gleich welcher Kategorie – ob Restaurant, Kneipe oder Diskothek – seien hohe Konzentrationen gesundheitsschädlicher Substanzen nachgewiesen worden. Diese

Erkenntnisse werden durch das Deutsche Krebsforschungszentrum bestätigt (Deutsches Krebsforschungszentrum <Hrsg.>, Erhöhtes Gesundheitsrisiko für Beschäftigte in der Gastronomie durch Passivrauchen am Arbeitsplatz, 2007). Danach sollen Beschäftigte in der Gastronomie als Folgeschäden unter akuten Gesundheitsstörungen bis hin zu einer veränderten Lungenfunktion leiden. Als langfristige Gesundheitsbedrohung benennt der Report eine Risikoerhöhung für Herz-Kreislauf-Erkrankungen und Lungenkrebs. Während in der Normalbevölkerung drei von 10 000 Personen an durch Tabakrauchbelastung verursachtem Lungenkrebs versterben, sollen dies unter den 40 Jahre lang in der Gastronomie Beschäftigten 41 von 10 000 Personen sein.

(c) Der Annahme eines hinreichenden legitimen Ziels steht nicht entgegen, dass Prof. Dr. Gerhard Scherer bei seiner Anhörung als sachkundige Auskunftsperson die Auffassung vertreten hat, die Gesundheitsgefahren durch Passivrauchbelastung seien relativ gering und teilweise nicht nachweisbar, weshalb eine „Nullexposition“ weder praktikabel noch notwendig sei. Angesichts der geschilderten, in der Wissenschaft ersichtlich ganz überwiegend vertretenen Gegenmeinung ist die Einschätzung der Gesundheitsgefährdung durch die Landesgesetzgeber vertretbar und nicht offensichtlich unrichtig. Schon die Schwere der drohenden gesundheitlichen Schädigungen und das hohe Gewicht, das dem Schutz des menschlichen Lebens und der menschlichen Gesundheit in der Werteordnung des Grundgesetzes zukommt (vgl. BVerfGE 110, 141 <163>), sprechen dafür, selbst bei nicht völlig übereinstimmenden Positionen innerhalb der Wissenschaft eine ausreichende tatsächliche Grundlage für den Schutz vor Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen als Gemeinwohlbelang anzuerkennen. Das Bundesverfassungsgericht hat auch bereits in der Vergangenheit die damals vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnisse als ausreichend angesehen, um sie zur Grundlage für Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung zum Schutz vor Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen zu machen (vgl. BVerfGE 95, 173 <184 f.> zu Warnhinweisen auf Packungen von Tabakerzeugnissen).

(3) Es bestand auch hinreichender Anlass für das Tätigwerden der Gesetzgeber. Hierbei kann offen bleiben, ob zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit zunächst ein kooperatives Modell mit einer Selbstverpflichtung des Gastronomiebetriebs, für Nichtraucher eine ausreichende Zahl von Plätzen bereitzustellen, überhaupt versucht werden musste; denn diesen Ansatz durften die Landesgesetzgeber jedenfalls als gescheitert betrachten. Die Vorgaben für die Einrichtung von Nichtraucherbereichen in Speisegaststätten, die zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Deutschen Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) am 1. März 2005 vereinbart wurden, sind bereits auf der ersten der drei vorgesehenen Stufen deutlich verfehlt worden. Nachdem die durch das Ministerium veranlasste Überprüfung ergeben hatte, dass Anfang 2007 nicht die vereinbarten 30%, sondern nur 15,5% der betroffenen Gaststätten nur 10,9% und nicht wie vereinbart 30% der Plätze in der gebotenen Weise für Nichtraucher bereithielten, gab es keinen Grund, mit einer gesetzlichen Regelung weiter zuzuwarten.

cc) Zum Schutz vor Gefährdungen der Gesundheit durch Passivrauchen sind gesetzliche Rauchverbote in Gaststätten geeignet und erforderlich.

(1) Für die Eignung reicht es aus, wenn durch die Berufsausübungsregelung der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es genügt mithin bereits die Möglichkeit einer Zweckerreichung (vgl. BVerfGE 96, 10 <23>; 100, 313 <373>; 103, 293 <307>; 117, 163 <188 f.>). Diese ist zu bejahen, weil ein Rauchverbot in Gaststätten zu einer Verminderung der Tabakrauchexposition beiträgt und damit das Ausmaß des Passivrauchens sowie die mit ihm verbundenen Gesundheitsrisiken reduziert werden.

(2) Da ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger einschränkendes Mittel nicht zur Verfügung steht, sind

die gesetzlichen Rauchverbote auch erforderlich (vgl. BVerfGE 80, 1 <30>; 117, 163 <189>). Es begegnet insbesondere keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass die Gesetzgeber eine Verpflichtung der Gastwirte, lediglich zwischen einem Betrieb ihres Lokals entweder als Raucher- oder Nichtraucher-gaststätte verbindlich zu wählen, nicht als in gleicher Weise wirksam wie ein gesetzliches Rauchverbot eingeschätzt haben. Namentlich die Erfahrungen mit der gescheiterten Umsetzung der Zielvereinbarung mit dem DEHOGA Bundesverband legen die Annahme nahe, dass die überwiegende Zahl der Gaststättenbetreiber mit Rücksicht auf ihre geschäftlichen Interessen nicht bereit ist, die Attraktivität ihres Lokals für rauchende Gäste zu schmälern. Die Gesetzgeber durften daher auf der Grundlage des ihnen auch hier zukommenden Einschätzungs- und Prognosespielraums (vgl. BVerfGE 110, 141 <157 f.>; 117, 163 <189>) davon ausgehen, dass bei einer den Gaststättenbetreibern überlassenen freien Entscheidung über die Ausrichtung ihrer Gaststätte als Raucher- oder Nichtraucherlokal mit Blick auf den erstrebten Gesundheitsschutz kein Angebot für Nichtraucher zur Verfügung stehen wird, das ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung in hinreichendem Maße Rechnung trägt.

dd) Die angegriffenen Regelungen sind jedoch nicht verhältnismäßig im engeren Sinne; denn sie belasten in unzumutbarer Weise die Betreiber kleinerer Einraumgaststätten mit getränkegeprägtem Angebot.

(1) Trifft der Gesetzgeber Regelungen, die in die Freiheit der Berufsausübung eingreifen, so muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze des Zumutbaren gewahrt bleiben (vgl. BVerfGE 102, 197 <220>; 112, 255 <267>).

(a) Ein Rauchverbot für Gaststätten stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die freie Berufsausübung der Gastwirte dar. Da der Betreiber das Rauchen in den Räumen seiner Gaststätte nicht mehr erlauben darf, kann er mit seinen Angeboten insbesondere an Speisen und Getränken die Raucher unter seinen möglichen Gästen nur noch schwer oder, wenn diese auf das Rauchen in Gaststätten keinesfalls verzichten möchten, nicht mehr erreichen. Viele Raucher werden – zumindest vorübergehend – Gaststätten seltener aufsuchen oder die Dauer ihres Besuchs abkürzen, weil der Aufenthalt für sie durch das Rauchverbot erheblich an Attraktivität verloren hat. In Anbetracht eines Raucheranteils von 33,9% unter der erwachsenen Bevölkerung in Deutschland (vgl. Drogen- und Suchtbericht der Drogenbeauftragten der Bundesregierung, Mai 2008, S. 38) kann dies je nach Ausrichtung der gastronomischen Angebote und der damit angesprochenen Besucherkreise für die Betreiber der Gaststätten zu empfindlichen Umsatzrückgängen führen. Bestätigt wird dies durch die Untersuchung des Statistischen Bundesamts, nach der die Umsatzrückgänge des Gaststättengewerbes – insbesondere der getränkegeprägten Gastronomie – in den Bundesländern mit Rauchverbot deutlich stärker waren als in den Ländern, in denen für Gaststätten noch keine Rauchverbote galten (vgl. Pressemitteilung des Statistischen Bundesamts vom 6. Juni 2008 – 207/08). Selbst wenn die Berichte aus Staaten mit bereits länger geltenden Rauchverboten über eine Erholung oder sogar Verbesserung des Umsatzes zutreffend sein und sich auch für Deutschland bestätigen sollten, müssten die Betreiber von Gaststätten bis zu dieser Entwicklung über eine längere Zeit geringere Einnahmen hinnehmen. Schon das kann zu einer Einschränkung oder sogar zur Schließung des Geschäftsbetriebs zwingen.

(b) Dem steht allerdings gegenüber, dass mit Rauchverboten in Gaststätten überragend wichtige Gemeinwohlbelange verfolgt werden. Dies gilt zunächst für den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, dem in der Werteordnung des Grundgesetzes ein hohes Gewicht zukommt (vgl. BVerfGE 110, 141 <163>). Aus Art. 2 Abs. 2 GG kann daher eine Schutzpflicht des Staates folgen, die eine Risikoversorge gegen Gesundheitsgefährdungen umfasst (vgl. BVerfGE 56, 54 <78>). Angesichts der Zahl der Todesfälle, die sich nach wissenschaftlichen Erkenntnissen auf Erkrankungen durch Passivrauchen zurückführen las-

sen, ist zudem auch der Schutz des menschlichen Lebens betroffen. Die Verfassung begründet auch insoweit eine Schutzpflicht des Staates, die es ihm gebietet, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen (vgl. BVerfGE 39, 1 <42>; 46, 160 <164>; 115, 118 <152>). Die Annahme einer beträchtlichen Gefährdung dieser Rechtsgüter begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, weil sich die Landesgesetzgeber insoweit der in der Wissenschaft vorherrschenden Einschätzung anschließen können, wonach Tabakrauch auch bereits in geringsten Mengen wegen der enthaltenen genotoxischen Kanzerogene gesundheitsgefährdend sei (vgl. oben B. I. 1. b bb <2> <a>).

(2) Es ist Sache des Gesetzgebers, in Bezug auf den jeweiligen Lebensbereich darüber zu entscheiden, ob, mit welchem Schutzniveau und auf welche Weise Situationen entgegenge-wirkt werden soll, die nach seiner Einschätzung zu Schäden führen können (vgl. BVerfGE 110, 141 <159>; vgl. auch BVerfGE 111, 10 <38 f., 43>). Hierbei kommt ihm grundsätzlich ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 96, 56 <64>). Dies ermöglicht es dem Gesetzgeber, bei seiner Wahl für ein Schutzkonzept auch Interessen zu berücksichtigen, die gegenläufig zu dem von ihm verfolgten Gemeinwohlziel sind, und so eine Lösung durch Zuordnung und Abwägung kollidierender Rechtsgüter zu entwickeln. Soweit sich nicht in seltenen Ausnahmefällen der Verfassung eine konkrete Schutzpflicht entnehmen lässt, die zu einem bestimmten Tätigwerden zwingt, bleibt die Aufstellung und normative Umsetzung eines Schutzkonzepts dem Gesetzgeber als dem dafür zuständigen staatlichen Organ überlassen.

(3) Auf der Grundlage der ihm zuzubilligenden Spielräume wäre der Gesetzgeber nicht gehindert, dem Gesundheitsschutz gegenüber den damit beeinträchtigten Freiheitsrechten, insbesondere der Berufsfreiheit der Gastwirte und der Verhaltensfreiheit der Raucher, den Vorrang einzuräumen und ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen.

(a) Da die Gesundheit und erst recht das menschliche Leben zu den besonders hohen Gütern zählen, darf ihr Schutz auch mit Mitteln angestrebt werden, die in das Grundrecht der Berufsfreiheit empfindlich eingreifen (vgl. BVerfGE 17, 269 <276>; 85, 248 <261>; 107, 186 <196>). Der Gesetzgeber ist daher von Verfassungen wegen nicht gehalten, mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit der Betreiber von Gaststätten Ausnahmen von einem Rauchverbot für Gaststättenbetriebe in Gebäuden und vollständig umschlossenen Räumen zuzulassen. Er kann sich vielmehr für ein Konzept des Nichtraucherschutzes entscheiden, das einer möglichst großen Reichweite und Effizienz des Schutzes vor den Gefahren des Passivrauchens Priorität gibt. Werden nämlich Ausnahmen vom Rauchverbot in Gaststätten insbesondere für Raucherräume oder die Zeltgastronomie zugelassen, so bedeutet dies einen teilweisen Verzicht auf das an sich angestrebte Ziel des Gesundheitsschutzes. Um die ansonsten drohende „deutliche Reduzierung des Nichtraucherschutzes“ zu vermeiden, hat etwa der Bundesgesetzgeber in § 1 Abs. 3 Satz 2 des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens (vom 20. Juli 2007, BGBl I S. 1595) für die Verkehrsmittel des öffentlichen Personenverkehrs, also insbesondere für Eisenbahnen, Straßenbahnen, Omnibusse und Flugzeuge, keine Ausnahmen vom Rauchverbot zugelassen (vgl. BT-Drucks 16/5049, S. 9).

(b) Entscheidet sich der Gesetzgeber wegen des hohen Rangs der zu schützenden Rechtsgüter für ein striktes Rauchverbot, so müssen hiervon auch solche Gaststätten nicht ausgenommen werden, die aufgrund der geringen Zahl der Gästeplätze der Kleingastronomie zuzurechnen sind und deren Angebot durch den Ausschank von Getränken geprägt ist („Eckkneipen“).

Zwar kann ein die Berufsfreiheit beschränkendes Gesetz, das als solches dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, insoweit gegen Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, als bei der Regelung Ungleichheiten nicht berücksichtigt wurden, die typischerweise innerhalb der betroffenen

Berufsgruppe bestehen. Dies ist anzunehmen, wenn Gruppenangehörige nicht nur in einzelnen, aus dem Rahmen fallenden Sonderkonstellationen, sondern in bestimmten, wenn auch zahlenmäßig begrenzten typischen Fällen ohne zureichende sachliche Gründe verhältnismäßig stärker belastet werden als andere (vgl. BVerfGE 25, 236 <251>; 30, 292 <327>; 59, 336 <356>; 68, 155 <173>; 77, 84 <113>). Der Gesetzgeber kann dann gehalten sein, den unterschiedlichen Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung durch Härteregelelungen oder weitere Differenzierungen wie Ausnahmetatbeständen Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 34, 71 <80>).

Es bedarf jedoch an dieser Stelle keiner Entscheidung, ob diese Voraussetzungen einer besonderen Betroffenheit für kleinere Einraumgaststätten erfüllt sind. Denn eine stärkere Belastung dieser Gruppe, einschließlich der Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz, ist durch hinreichende sachliche Gründe gerechtfertigt, weshalb eine differenzierende Regelung nicht erforderlich ist (vgl. BVerfGE 34, 71 <79>). Auf eine Ausnahme für die Kleingastronomie muss sich der Gesetzgeber nicht einlassen, wenn er das Konzept eines strikten Rauchverbots wählt. Denn dies hätte zur Folge, dass entgegen der – von der Wertordnung des Grundgesetzes gedeckten – Regelungskonzeption des Gesetzgebers in einem nicht unwesentlichen Teil des Gaststättengewerbes auf den Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens gänzlich und auf Dauer verzichtet werden müsste. Auch die besonderen beruflichen und wirtschaftlichen Interessen der Betreiber von kleinen Gaststätten können den Gesetzgeber jedoch nicht zwingen, seinen Entschluss zur strikten Verfolgung überragend wichtiger Gemeinwohlbelange in einem nicht unerheblichen Gefährdungsbereich völlig aufzugeben.

(c) Auch wenn die Interessen der rauchwilligen Gäste in den Blick genommen werden, ist ein striktes Rauchverbot in Gaststätten nicht unverhältnismäßig. Zwar führt das Rauchverbot zu einer nicht unwesentlichen Beeinträchtigung der Raucher, weil ihnen der Aufenthalt in Gaststätten durch den erzwungenen Verzicht auf das Tabakrauchen erschwert wird und der Besuch von Gaststätten zudem einen nicht unwesentlichen Aspekt der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben darstellt. Diese Beeinträchtigung der Verhaltensfreiheit der Raucher (Art. 2 Abs. 1 GG) erscheint jedoch wegen der herausragenden Bedeutung des mit dem Rauchverbot verfolgten Schutzziels nicht unangemessen, zumal die Möglichkeit bleibt, eine Gaststätte zum Rauchen vorübergehend zu verlassen. Die Raucher werden hierbei nicht in unzulässiger Weise bevormundet, ihnen wird insbesondere kein Schutz vor Selbstgefährdung aufgedrängt (vgl. BVerfGE 59, 275 <278 f.>). Die Landesnichtraucherschutzgesetze zielen weder auf Suchtprävention noch auf den Schutz des Einzelnen vor sich selbst. Ihr Ziel ist vielmehr der Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg; § 1 NRSchG Berlin). Es geht um den Schutz der Gesundheit nicht des Rauchers, sondern der Gesundheit der anderen Personen, die in der jeweiligen Situation nicht selbst rauchen.

Ebenso wenig wird den Nichtraucher unter den Gaststättenbesuchern der Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens aufgedrängt. Die gesetzliche Regelung trägt lediglich dem Umstand Rechnung, dass ihnen, solange es keine ausreichende Zahl von Plätzen in rauchfreien Gasträumen gibt, keine andere Wahl bleibt, als bei dem Besuch einer Gaststätte eine Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen hinzunehmen (vgl. oben B. I. 1. b bb <1>). Nichtraucher sollen in diesem Bereich des gesellschaftlichen Lebens nicht nur um den Preis der Gefährdung ihrer Gesundheit teilnehmen können.

(4) Zu einem anderen Ergebnis führt die Verhältnismäßigkeitsprüfung jedoch, wenn kein striktes Rauchverbot zur Entscheidung steht, sondern – wie von den Landesgesetzgebern in den vorliegenden Fällen – für den Schutz vor den Gefährdungen durch Passivrauchen eine Konzeption gewählt wurde, bei der den Belangen der Gaststättenbetreiber und der Raucher stär-

keres Gewicht beigelegt wird und mit Rücksicht hierauf das Ziel des Gesundheitsschutzes relativiert und damit teilweise zurückgenommen ist.

(a) Zwar hätte der Gesetzgeber, wie ausgeführt (vgl. oben B. I. 1. b dd <3>), die gegenläufigen Interessen der Gaststättenbetreiber und der Raucher im Ergebnis auch vollständig zurücktreten lassen dürfen. Dies hindert ihn angesichts des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums jedoch nicht, ein Schutzkonzept zu wählen, bei dem der Schutz der Gesundheit der Nichtraucher im Ausgleich mit den Freiheitsrechten der Gaststättenbetreiber und der Raucher weniger stringent verfolgt wird. Dass die Landesgesetzgeber bei der Wahl eines solchen Konzepts die zum Ausgleich zu bringenden Belange der Betroffenen in verfassungsrechtlich nicht vertretbarer Weise fehlerhaft bewertet hätten, ist nicht erkennbar.

Die Wahl eines solchen Schutzkonzepts, das den Freiheitsrechten der Gaststättenbetreiber und Raucher mehr Raum gewährt, bleibt allerdings nicht ohne Folgen für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der gleichwohl noch verbleibenden Grundrechtseingriffe. Denn mit ihrer Entscheidung für ein bestimmtes Konzept bewerten die Landesgesetzgeber die Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Rechtsgüter und wägen diese hinsichtlich der Folgen für die verschiedenen betroffenen Rechtsgüter gegeneinander ab. In dieser Hinsicht ist es der Gesetzgeber, der im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben darüber bestimmt, mit welcher Wertigkeit die von ihm verfolgten Interessen der Allgemeinheit in die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingehen (vgl. BVerfGE 115, 205 <234>).

(b) In Baden-Württemberg hat der Landesgesetzgeber durch § 7 Abs. 1 Satz 1 LNRSchG zunächst ein Rauchverbot für alle Gaststätten ausgesprochen, ohne nach deren Größe, bisherigen Nutzung oder Eigenarten etwa des Kundenstamms zu differenzieren. In § 7 Abs. 1 Satz 3 LNRSchG Baden-Württemberg werden dann jedoch Ausnahmen vom Rauchverbot für Zeltwirtschaften, die Außengastronomie sowie das Reisegewerbe zugelassen. Schließlich wird durch § 7 Abs. 2 LNRSchG Baden-Württemberg die Möglichkeit eingeräumt, abgetrennte Raucherräume vorzuhalten. In Berlin gelten vergleichbare Bestimmungen. Dort gilt das Rauchverbot in Gaststätten (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSchG) zwar auch für die Zeltgastronomie (vgl. § 2 Abs. 2 NRSchG), die Einrichtung von Raucherräumen ist nach § 4 Abs. 3 Satz 1 NRSchG aber auch in Berlin zulässig. Damit werden in beiden Ländern praktisch bedeutsame Ausnahmen zugelassen und auf diese Weise das Ziel des Gesundheitsschutzes mit verminderter Intensität verfolgt.

Die Einbußen an Gesundheitsschutz werden bei der Einrichtung von Raucherräumen deutlich. Lässt der Gesetzgeber diese Ausnahme vom Rauchverbot in Gaststätten zu, so ist nicht auszuschließen, dass Raucherräume auch von nicht rauchenden Gästen aufgesucht werden, die Rauchern dorthin folgen oder wegen vollständig belegter Plätze im Nichtraucherbereich nach dort ausweichen. Besonders betroffen sind Kinder und Jugendliche, die von ihren erwachsenen Begleitpersonen in Raucherräumen mitgenommen werden und denen – nach den hier zu beurteilenden Nichtraucherchutzgesetzen – der Aufenthalt dort nicht untersagt ist. Obgleich die Landesgesetzgeber nicht gehindert sind, auch den Gesundheitsschutz des Gaststättenpersonals als Gemeinwohlziel zu verfolgen (vgl. oben B. I. 1. b aa <1>), werden außerdem Gesundheitsgefährdungen für diejenigen Beschäftigten hingenommen, die Raucherräume insbesondere zur Bedienung der Gäste betreten müssen. Schließlich weisen wissenschaftliche Untersuchungen darauf hin, dass die Giftstoffe des Tabakrauchs, die sich in Raucherräumen verbreiten, nicht zuverlässig von den angrenzenden rauchfreien Räumlichkeiten ferngehalten werden können und mithin auch die Personen in den Nichtraucherbereichen belasten (vgl. Blank/Pötschke-Langer, in: Deutsches Krebsforschungszentrum <Hrsg.>, Erhöhtes Gesundheitsrisiko für Beschäftigte in der Gastronomie durch Passivrauchen am Arbeitsplatz, 2007, S. 18).

Für Bier-, Wein- und Festzelte, die in Baden-Württemberg vom Rauchverbot ausgenommen sind (§ 7 Abs. 1 Satz 3 LNR-SchG), gilt im Ergebnis nichts anderes. Selbst wenn es sich – was in Baden-Württemberg allerdings im Gesetz nicht bestimmt ist – nur um vorübergehende, zeitlich begrenzte Einrichtungen handeln sollte, stellt die generelle Ausnahme für die Zeltgastronomie eine erhebliche Einschränkung des Nichtraucherschutzes dar, weil Besucher dort überhaupt keine Möglichkeit haben, sich der Belastung mit Tabakrauch zu entziehen. Dabei ist nicht hinreichend sichergestellt, dass Zelte stets oder auch nur im Regelfall besser als Gebäude durchlüftet sind und daher die Tabakrauchexposition der Besucher deutlich geringer ausfällt.

(c) Diese Ausnahmen sind von Verfassungen wegen nicht geboten (vgl. oben B. I. 1. b dd <2>). Die Landesgesetzgeber haben sie aufgrund eigener Wertungs- und Gestaltungsentscheidungen zugelassen und sich damit für Konzeptionen des Nichtraucherschutzes entschieden, die das Schutzziel nicht unbedingt verfolgen, sondern mit Rücksicht auf kollidierende Interessen einen eingeschränkten, von verschiedenen Ausnahmetatbeständen durchzogenen Schutz als hinreichend ansehen. Die Gefahren durch Passivrauchen werden danach zwar als erheblich eingeschätzt, aber – verfassungsrechtlich vertretbar – nicht als derart schwerwiegend bewertet, dass der Gesundheitsschutz in jeder Hinsicht Vorrang vor einer Berücksichtigung der beruflichen Interessen der Gaststättenbetreiber und der Verhaltensfreiheit der Raucher genießen müsste.

Die Landesgesetzgeber bleiben an ihre Entscheidung, mit welcher Intensität sie den Nichtraucherschutz im Konflikt mit den Belangen der Gaststättenbetreiber und der Raucher verfolgen wollen, auch dann gebunden, wenn – wie in den vorliegenden Fällen – die Zumutbarkeit des Rauchverbots für die Betreiber kleinerer Einraumgaststätten zu beurteilen ist. Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird (vgl. BVerfGE 107, 186 <197>).

(d) Haben hiernach die Landesgesetzgeber durch weitreichende Ausnahmenvorschriften die aktuelle Bedeutung des von ihnen verfolgten legitimen Ziels des Gesundheitsschutzes relativiert, indem sie insbesondere die Berücksichtigung der Interessen der Gaststättenbetreiber zulassen, so erlangen folgerichtig die spezifischen Auswirkungen des Rauchverbots für die getränkegeprägte Kleingastronomie im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung ein stärkeres Gewicht.

Diese Betriebe unterscheiden sich nicht nur durch eine geringere Zahl von Sitzplätzen sowie das vorwiegend an Getränken und weniger an Speisen ausgerichtete Angebot von den übrigen Gaststätten, sondern auch durch die besondere Gästestruktur. Solche Gaststätten sprechen überwiegend Stammgäste an, unter denen sich wiederum eine vergleichsweise große Zahl von Rauchern befindet. Der DEHOGA Bundesverband hat hierzu in seiner ergänzenden Stellungnahme auf Untersuchungen verwiesen, wonach in solchen Gaststätten der Raucheranteil unter den Gästen mindestens 50% beträgt und in vielen Fällen mehr als drei Viertel erreicht. Da die Betreiber solcher Gaststätten aufgrund der begrenzten räumlichen Kapazitäten regelmäßig keine Raucherräume anbieten können, verlieren ihre Lokale für den von ihnen vorwiegend angesprochenen Kundenkreis der rauchenden Gäste erheblich an Attraktivität. Es ist daher zu erwarten, dass zahlreiche Raucher solche Gaststätten, bei denen sie ihren Aufenthalt nicht mit Tabakrauchen verbinden können, entweder nicht mehr aufsuchen oder aber die Dauer ihres Besuchs deutlich verkürzen werden.

Die damit einhergehenden Umsatzrückgänge werden durch die bereits erwähnte Untersuchung des Statistischen Bundes-

amts (vgl. oben B. I. 1. b dd <1> <a>) zumindest tendenziell belegt. Danach sind die Umsätze in der getränkegeprägten Gastronomie, der die angesprochenen Gaststätten typischerweise zuzuordnen sind, in den Bundesländern mit Rauchverboten für Gaststätten deutlich stärker zurückgegangen als in den Ländern, in denen Rauchverbote noch nicht in Kraft getreten waren. So standen im dritten Quartal 2007 Umsatzrückgänge von 9,8% solchen von 6,8% gegenüber, während im vierten Quartal desselben Jahres sogar Rückgänge von 14,1% gegenüber solchen von 8,8% zu verzeichnen waren. Die Untersuchung belegt zugleich die besondere Betroffenheit der Gaststätten, die vorwiegend Getränke anbieten; denn für die speisegeprägte Gastronomie hat derselbe Vergleich für das dritte Quartal keinen und im vierten Quartal nur einen geringen Umsatzrückgang ergeben.

Bestätigt wird diese Entwicklung durch weitere Untersuchungen, die zusammen mit den eingeholten Stellungnahmen vorgelegt worden sind. So hat die Nichtraucher-Initiative Deutschland auf eine in ihrem Auftrag im Januar 2007 durchgeführte Umfrage der GfK Marktforschung verwiesen, nach der zwei Drittel der befragten Raucher die Absicht bekundeten, häufiger (45,1%) oder ausschließlich (22,1%) Kneipen und Bars aufzusuchen, falls diese von einem Rauchverbot ausgenommen würden. In dieselbe Richtung weisen die Ergebnisse einer vom Verband der Deutschen Rauchtabakindustrie in Auftrag gegebenen Stammgastbefragung durch das Meinungsforschungsinstitut tns-ernid. Danach sind nach Einführung des Rauchverbots nur 53% der befragten Raucher ihren Stammgaststätten, bei denen es sich um „Einraumkneipen“ handelte, treu geblieben.

Zudem liegt die Annahme nahe, dass durch die Zulassung von abgetrennten Raucherräumen weitere Gäste, die auf Rauchen nicht verzichten wollen, sich von den kleineren Gaststätten, die solche Räume nicht einrichten können, abwenden und nun größere Gaststätten mit Raucherräumen besuchen. Nicht nur das Aktionsbündnis Nichtrauchen hat in seiner Stellungnahme die Auffassung vertreten, eine Abwanderungsbewegung von Einraumgaststätten in Gaststätten mit Raucherraum sei nicht von der Hand zu weisen. Auch das Deutsche Krebsforschungszentrum führt zur Frage einer Abwanderungsbewegung der Stammgäste von Eckkneipen in die Raucherräume größerer Gaststätten aus, ein solches Kundenverhalten sei aus ökonomischer Sicht sehr plausibel. Einen Hinweis auf ein solches Gästeverhalten gibt zudem eine Umfrage des DEHOGA Baden-Württemberg zu den Folgen des Rauchverbots aus dem März 2008. Danach hat sich das Nichtraucherschutzgesetz in 77,7% der Einraumbetriebe mit Umsatzverlusten von über 20% negativ ausgewirkt, 61,3% der Einraumbetriebe berichteten sogar von einer Existenzgefährdung. Demgegenüber soll sich das Nichtraucherschutzgesetz auf 11,4% der Mehrraumbetriebe sogar positiv ausgewirkt haben. Auch die bereits erwähnte Befragung durch das Meinungsforschungsinstitut tns-ernid bestätigt das Abwandern von Stammgästen aus der Kleingastronomie; denn hiernach gaben 24% der Befragten an, wegen des Rauchverbots von „Einraumkneipen“ in größere Gaststätten, insbesondere in solche mit separatem Raucherraum zu wechseln.

Die durch das Rauchverbot verursachten Umsatzrückgänge haben für die Betreiber kleinerer Gaststätten auch dann schwerwiegende Folgen, wenn sie sich nur auf eine vorübergehende Zeit erstrecken. Aufgrund ihres geringen Platzangebots ermöglichen solche Gaststätten ihren Betreibern keine hohen Einnahmen und damit auch nicht die Bildung größerer Rücklagen. Umsatzrückgänge bei unveränderten Fixkosten haben daher zur Folge, dass schwächere Geschäftsphasen nicht für längere Zeit zu überbrücken sind und eine solche Gaststätte bald nicht mehr rentabel betrieben werden kann.

(e) Gemessen an den Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsentscheidungen, die den Konzeptionen des Nichtraucherschutzes in den vorliegenden Fällen zugrunde liegen, ist es

den Gastwirten der getränkegeprägten Kleingastronomie nicht zuzumuten, diese besonderen Belastungen, die für sie durch das Rauchverbot geschaffen werden, hinzunehmen.

Die Landesgesetzgeber haben Ausnahmen vom Rauchverbot in Gaststätten für abgeschlossene Nebenräume zugelassen. Für größere Gaststätten, die über solche Nebenräume verfügen oder solche einrichten können, gilt hiernach nur ein relatives Rauchverbot; ihrem Interesse, auch den rauchenden Gästen ein Angebot unterbreiten zu können, wird damit nachgekommen. Hingegen besteht für kleinere Gaststätten weiterhin ein absolutes Rauchverbot, sofern hier – wie aufgrund der geringeren Grundfläche regelmäßig der Fall – Nebenräume nicht verfügbar sind und auch nicht geschaffen werden können. Nur gegenüber den Betreibern solcher Gaststätten bleibt es bei einer strikten Verfolgung des Schutzziels. Die Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen erhalten so bei der Abwägung gegenüber der Berufsfreiheit der Gastwirte ein unterschiedliches Gewicht.

Aufgrund dieser ungleichen Gewichtung führt das Rauchverbot für die Betreiber von kleineren Gaststätten zu einer erheblich stärkeren wirtschaftlichen Belastung als für die Betreiber größerer Lokale. Nur letztere vermögen ihre Angebote durch die Ausweisung von Raucherräumen für Raucher attraktiver zu gestalten. Für Betriebe der Kleingastronomie können sich hingegen die Nachteile, die mit dem speziell für sie geltenden absoluten Rauchverbot verbunden sind, in den geschilderten existenzbedrohenden Umsatzrückgängen niederschlagen. Betroffen sind typischerweise Kleingaststätten, deren Angebot sich im Wesentlichen auf den Ausschank von Getränken beschränkt. Von den Betreibern solcher Gaststätten wird mithin die strikte Einhaltung des Rauchverbots selbst um den Preis des Verlustes ihrer wirtschaftlichen Existenz gefordert, obgleich die Landesgesetzgeber den angestrebten Gesundheitsschutz nicht uneingeschränkt, sondern nur unter Berücksichtigung der beruflichen Belange der Gastwirte verfolgen wollen. Angesichts der Zurücknahme des erstrebten Schutzziels steht das Maß der sie hiernach treffenden Belastung aber nicht mehr in einem zumutbaren Verhältnis zu den Vorteilen, die die Landesgesetzgeber mit dem gelockerten Rauchverbot für die Allgemeinheit erstreben.

Dies gilt umso mehr, als bei der gewählten Konzeption für die Ausgestaltung des Nichtrauchererschutzes gerade die Berücksichtigung auch der Interessen der getränkegeprägten Kleingastronomie folgerichtig wäre, weil diese von dem Rauchverbot in Gaststätten ohnehin besonders nachteilig betroffen ist. Tatsächlich ist diesem Gesichtspunkt jedoch, wie die Gesetzesmaterialien belegen, kein nennenswerter Stellenwert eingeräumt worden. Die Ausnahmen vom Rauchverbot und dabei namentlich die Zulassung von Raucherräumen schaffen im Gegenteil noch eine zusätzliche Ursache für die Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der genannten Gastwirte. Die Landesgesetzgeber tragen durch die von ihnen gewählte Konzeption und Ausgestaltung des Nichtrauchererschutzes entscheidend dazu bei, dass sich die wirtschaftliche Lage der Kleingastronomie noch weiter verschlechtert. Da für diese Lokale keine Raucherräume angeboten werden können, müssen ihre Betreiber nicht nur Verluste wegen der Raucher hinnehmen, die jetzt auf einen Gaststättenbesuch völlig verzichten oder ihren Aufenthalt verkürzen; sie sind vielmehr zusätzlich noch durch die Abwanderung der Gäste belastet, die nunmehr Gaststätten mit Raucherräumen aufsuchen. Die gesetzliche Regelung verschärft so die Belastung der Betreiber kleinerer Gaststätten, indem sie größeren Gaststätten, bei denen abgetrennte Raucherräume eingerichtet werden können, Vorteile im Wettbewerb um die Gäste verschafft. Vor diesem Hintergrund können die unterschiedlichen Auswirkungen der gesetzlichen Regelungen auf die einzelnen Gaststättensparten nicht lediglich als Ausdruck der jeweiligen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und des Wettbewerbs unbeachtet bleiben.

Zwar ist den Landesgesetzgebern in den vorliegenden Fällen zuzubilligen, dass die von ihnen gewählte Konzeption des Nichtrauchererschutzes von dem schlüssigen Ansatz ausgeht, dass ein Gast für jede beliebige Gaststätte die Möglichkeit erhalten soll,

einen Platz zu finden, an dem er keinem Tabakrauch ausgesetzt ist. Dieser Grundsatz ist aber schon dadurch eingeschränkt, dass durch den Verlust der für Raucher benötigten Platzkontingente das Platzangebot im Nichtraucherbereich reduziert wird und sich Gäste deshalb veranlasst sehen, in Raucherräume auszuweichen. Überdies ist die grundlegende Konzeption eines Rauchverbots mit Ausnahme für Nebenräume in Baden-Württemberg durch die völlige Ausnahme der Zeltgastronomie vom Rauchverbot für einen Teilbereich aufgegeben. Vor allem aber weicht das gewählte Schutzkonzept von seinem eigenen Grundansatz ab, einen Interessenausgleich herzustellen, und berücksichtigt nicht die Interessen der durch das Rauchverbot besonders betroffenen Kleingastronomie, sondern allein und einseitig die Belange der nicht rauchenden Gaststättenbesucher.

Für deren Teilnahme am gesellschaftlichen Leben ist aber der Besuch kleinerer Einraumgaststätten mit getränkeorientiertem Angebot typischerweise nicht von wesentlicher Bedeutung, so dass durch die gegenwärtigen Regelungen nur geringe Verbesserungen für den Nichtrauchererschutz zu erwarten sind. Die vom DEHOGA Bundesverband genannte Zahl von 60 000 bis 80 000 Einraumgaststätten unter den etwa 243 000 Hotel- und Gaststättenbetrieben ist insoweit nicht aussagekräftig. Sie differenziert weder hinsichtlich eines getränke- oder speiseorientierten Angebots der Einraumgaststätten noch gibt sie Aufschluss über die Raumgrößen und damit über die Möglichkeiten zur Einrichtung von Raucherräumen. Wegen des typischerweise geringen Platzangebots lässt sich aus dem Anteil der Einraumbetriebe an der Gesamtgastronomie zudem nicht auf einen entsprechend großen Anteil an dem Gesamtangebot von Gästeplätzen schließen. Die geringe Bedeutung, die kleineren Einraumgaststätten mit getränkeorientiertem Angebot für einen effektiven Nichtrauchererschutz zukommt, zeigt sich stattdessen an dem außergewöhnlich hohen Raucheranteil unter ihren Gästen. Vor allem aber belegen die beträchtlichen Umsatzrückgänge nach dem Inkrafttreten der Rauchverbote, dass es den Betreibern solcher Gaststätten offensichtlich nicht gelingt, nunmehr für ihre gastronomischen Angebote verstärkt nicht rauchende Gäste zu interessieren. Die Landesgesetzgeber mussten mithin davon ausgehen, dass mit einer Ausnahme vom Rauchverbot für kleinere Einraumgaststätten mit getränkeorientiertem Angebot das Ziel eines – nach der ihrem Konzept zugrunde liegenden Bewertung – ausreichenden Nichtrauchererschutzes nicht ernsthaft in Frage gestellt wird, weil insgesamt ein genügendes Angebot an rauchfreien Plätzen in Gaststätten zur Verfügung steht.

2. Auch die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin zu 3), die sich gegen § 7 Abs. 2 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg richtet, ist begründet. Im Unterschied zu den Beschwerdeführern zu 1) und 2) erstrebt die Beschwerdeführerin zu 3) keine zusätzliche Ausnahme vom Rauchverbot in Gaststätten, sondern wendet sich dagegen, dass ihr ein bereits gesetzlich geregelter Ausnahmetatbestand vorenthalten wird. Damit hat sie Erfolg. Es ist mit Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar, dass auch Diskotheken, zu denen Jugendliche keinen Zutritt erhalten, von der Möglichkeit ausgeschlossen sind, nach Maßgabe des § 7 Abs. 2 Satz 1 LNR-SchG Baden-Württemberg Raucherräume einzurichten.

a) Ungeachtet der Anforderungen, die sich unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG ergeben, können Berufsausübungsregelungen nur dann Bestand haben, wenn sie auch sonst in jeder Hinsicht verfassungsmäßig sind und insbesondere den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachten (vgl. BVerfGE 25, 236 <251>).

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 1, 14 <52>; 98, 365 <385>; 116, 164 <180>;; stRspr). Damit ist dem Gesetzgeber allerdings nicht jede Differenzierung verwehrt. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich vielmehr je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu ei-

ner strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfGE 110, 274 <291>; 117, 1 <30>; stRSpr). Da der Grundsatz, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>). Daher ist das Gleichheitsgrundrecht verletzt, wenn der Gesetzgeber bei Regelungen, die Personengruppen betreffen, eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen Gruppe anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. BVerfGE 102, 41 <54>; 104, 126 <144 f.>; 107, 133 <141>; stRSpr). Diese Grundsätze gelten aber auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Deshalb sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, namentlich auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Berufsausübung (vgl. BVerfGE 62, 256 <274>), nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 92, 53 <69>; stRSpr).

Der allgemeine Gleichheitssatz gilt für ungleiche Belastungen wie auch für ungleiche Begünstigungen. Verboten ist auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird (vgl. BVerfGE 116, 164 <180> m.w.N.).

b) Daran gemessen ist der generelle Ausschluss der Diskotheken von der Begünstigung, die in der Ausnahme abgetrennter Raucherräume vom Rauchverbot gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg zu sehen ist, nicht gerechtfertigt.

aa) Mit der vorliegend zu beurteilenden Differenzierung zwischen Gaststätten im Allgemeinen und solchen der besonderen Betriebsart „Diskothek“ (vgl. § 3 Abs. 1 GastG) werden Sachverhalte unterschiedlich behandelt. Gleichwohl ist bei der Prüfung von einer strengeren Bindung des Gesetzgebers auszugehen, weil hier die Ungleichbehandlung der Sachverhalte eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Die differenzierenden Regelungen in § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 LNRSchG Baden-Württemberg führen dazu, dass die Betreiber von Diskotheken anders als die übrigen Gaststättenbetreiber daran gehindert sind, für ihre Gäste Raucherräume einzurichten. Dies hat zur Folge, dass Diskothekenbetreiber nicht in freier Ausübung ihres Berufs das Angebot ihrer Gaststätten auch für Raucher attraktiv gestalten können. Damit wirkt sich die Ungleichbehandlung der Sachverhalte nachteilig auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, nämlich auf die Berufsfreiheit aus, die auch die Beschwerdeführerin zu 3) als Kommanditgesellschaft gemäß Art. 19 Abs. 3 GG für sich beanspruchen kann (vgl. BVerfGE 105, 252 <265>; stRSpr).

bb) Für diese Ungleichbehandlung fehlt es an hinreichenden Gründen.

(1) Nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung von Baden-Württemberg verfolgt das Landesnichtraucherschutzgesetz mit dem ausnahmslosen Rauchverbot für Diskotheken vor allem den Schutz der Jugendlichen vor den Gefahren des Passivrauchens. Es werde dem Umstand Rechnung getragen, dass die Schadstoffkonzentration in Diskotheken besonders hoch sei, was bei gleichzeitiger körperlicher Aktivität der Gäste zu stärkerer Inhalation der schadstoffhaltigen Innenraumluft führe (vgl. LTDruks 14/1359, S. 16). Das ausnahmslose Rauchverbot in Diskotheken sei zudem notwendig, weil bei Jugendlichen Nachahm- und Nachfolgeeffekte eine große Rolle spielten. Gäbe es einen Raucherraum in der Diskothek und hielte sich der Kern der Clique dort auf, würde der Grup-

penzwang dazu führen, dass sich auch die Nichtraucher dort hin begäben und damit dem Passivrauchen ausgesetzt seien (vgl. LTDruks 14/1359, S. 24).

(2) Diese Gründe sind nicht von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie ungleiche Rechtsfolgen für Diskotheken einerseits und die übrigen Gaststätten andererseits rechtfertigen könnten.

(a) Dies gilt zunächst, soweit der Gesetzgeber für Diskotheken von einem gesteigerten Schutzbedarf zugunsten der Gäste ausgeht. Zwar steht dem Gesetzgeber auch hier ein Spielraum hinsichtlich der Einschätzung von Gefahren zu, die der Allgemeinheit drohen. Es ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Landesgesetzgeber seinen Überlegungen eine besonders hohe Schadstoffkonzentration in Diskotheken zugrunde gelegt hat. Er kann sich hierfür auf einschlägige wissenschaftliche Untersuchungen wie etwa die Ergebnisse des bereits erwähnten Forschungsprojekts unter der Federführung des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (vgl. oben B. I. 1. b bb <2>) berufen. Danach wurde für alle Gastronomiebetriebe gleich welcher Kategorie eine hohe Belastung der Raumluft mit toxischen und krebserzeugenden Substanzen aus dem Tabakrauch festgestellt, wobei die höchsten Belastungen auf Diskotheken entfallen. Dieser Umstand macht jedoch, wenn für andere Gaststätten Raucherräume zugelassen werden, den generellen Ausschluss dieser Ausnahme für Diskotheken nicht erforderlich. Ist das Rauchen nur noch in vollständig abgetrennten Nebenräumen erlaubt, so entfällt das an die besondere Betriebsart anknüpfende Argument der gesteigerten Gefährlichkeit von Passivrauchen in Diskotheken. Eine Gefährdung der Gäste in den Nichtraucherbereichen kann durch strikte Einhaltung der Vorgaben des § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg verhindert werden, der auch für Raucherräume in Diskotheken zu beachten ist. Hiernach dürfen durch die Einrichtung von Raucherräumen die Belange des Nichtraucherschutzes nicht beeinträchtigt werden, so dass – nötigenfalls durch technische Maßnahmen – sichergestellt sein muss, dass eine Belastung der Luftqualität durch Tabakrauch außerhalb der Raucherräume nicht zu verzeichnen ist.

(b) Der Hinweis auf die große Bedeutung von Nachahm- und Nachfolgeeffekten bei Jugendlichen oder jungen Erwachsenen vermag die unterschiedliche Behandlung von Diskotheken gegenüber anderen Gaststättenarten ebenfalls nicht zu rechtfertigen.

Aufgrund des Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers begegnet zwar auch die Annahme dieser Gefährdungssituation für Jugendliche keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Das ausnahmslose Rauchverbot in Diskotheken ist jedoch nicht erforderlich, um Jugendliche davor zu bewahren, ihrer Clique oder einzelnen Personen in den Raucherbereich zu folgen. Um den angestrebten Schutz dieser Bevölkerungsgruppe zu erreichen, reicht es nämlich aus, wenn – wie etwa im Land Berlin durch § 4 Abs. 3 Satz 2 NRSchG geregelt – der Ausschluss von Raucherräumen auf solche Diskotheken beschränkt wird, zu denen Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr Zutritt haben. Die Betreiber vieler Diskotheken – so auch die Beschwerdeführerin zu 3) – sehen ohnehin Altersbegrenzungen für ihr Publikum vor und könnten auf diese Weise selbst entscheiden, ob sie es vorziehen, auf die Einrichtung von Raucherräumen zu verzichten oder aber den Publikumszutritt beschränken wollen. Eine solche, Wahlmöglichkeiten der Diskothekenbetreiber eröffnende Regelung stellt das mildere Mittel gegenüber dem generellen Ausschluss von Raucherzimmern dar.

Auch mit dem Ziel, Nachfolge- und Cliqueneffekte bei dem erwachsenen Publikum in Diskotheken zu verhindern, ist der Ausschluss von Raucherzimmern nicht gerechtfertigt. Der Landesgesetzgeber hat schon mit der allgemeinen Zulassung von Raucherräumen in Gaststätten in Kauf genommen, dass sich dort auch Nichtraucher aufhalten. Damit sind aber auch Nachfolgeeffekte bei Erwachsenen akzeptiert worden, die nicht in gleichheitswidriger Weise nur bei Diskotheken unterbunden

werden dürfen. Selbst einem gesteigerten Nachfolgeeffekt, von dem der Gesetzgeber aufgrund des vorwiegend aus jungen Erwachsenen bestehenden Diskothekenpublikums ausgeht, kann auf weniger belastende Weise dadurch entgegengewirkt werden, dass die Attraktivität der Raucherräume reduziert wird. Hierfür kommt insbesondere die Möglichkeit in Betracht, die Einrichtung von Tanzflächen in Raucherräumen zu untersagen. Dahingehende Regelungen bestehen etwa für die Freie Hansestadt Bremen (§ 3 Abs. 6 Satz 3 des Bremischen Nichtraucherschutzgesetzes <BremNiSchG>) und die Länder Rheinland-Pfalz (§ 7 Abs. 1 Satz 2 des Nichtraucherschutzgesetzes Rheinland-Pfalz), Saarland (§ 3 Abs. 5 Satz 2 des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens < Nichtraucherschutzgesetz >) und Thüringen (§ 5 Satz 3 des Thüringer Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens < Thüringer Nichtraucherschutzgesetz – ThürNRSchutzG >).

II. Die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Bestimmungen führt nicht zu deren Nichtigkeit. Da den Landesgesetzgebern für die Neuregelung mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, kann lediglich die Unvereinbarkeit der gegenwärtigen Regelungen mit dem Grundgesetz festgestellt werden (vgl. BVerfGE 117, 163 <199> m.w.N.).

Für den Erlass verfassungsgemäßer Neuregelungen steht den Landesgesetzgebern eine Frist bis zum 31. Dezember 2009 zur Verfügung. Die Länge dieser Frist erscheint ausreichend bemessen, um den Landesgesetzgebern hinreichende Zeit auch für eine Entscheidung über das grundlegende Konzept für die gesetzliche Ausgestaltung eines Rauchverbots in Gaststätten zu belassen.

1. Die Landesgesetzgeber können entweder dem Ziel des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens Vorrang geben und sich unter Verzicht auf Ausnahmetatbestände für eine strenge Konzeption des Nichtraucherschutzes in Gaststätten entscheiden, oder sie können im Rahmen eines weniger strengen Schutzkonzepts, das den Interessen der Gaststättenbetreiber und der Raucher mehr Raum gibt, Ausnahmen vom Rauchverbot zulassen. Mit der Entscheidung zugunsten eines strikten Nichtraucherschutzes in Baden-Württemberg entfiel auch die Grundlage für die von der Beschwerdeführerin zu 3) beanstandete Ungleichbehandlung. Gibt es keine Ausnahme vom Rauchverbot, so wird den Betreibern von Diskotheken durch das Verbot von Raucherräumen keine Vergünstigung vorenthalten.

2. Fällt die Entscheidung zugunsten eines zurückgenommenen Gesundheitsschutzes, so müssen die zugelassenen Ausnahmen vom Rauchverbot allerdings folgerichtig auch auf besondere Belastungen einzelner Bereiche des Gaststättengewerbes Rücksicht nehmen und gleichheitsgerecht ausgestaltet sein. Daher darf der Gesetzgeber, der als Ausnahme von einem Rauchverbot in Gaststätten das Rauchen in abgetrennten Nebenräumen gestattet, insbesondere die Interessen der ohnehin verhältnismäßig stark betroffenen und durch diese Gestaltung noch vermehrt belasteten getränkegeprägten Kleingastronomie nicht aus dem Blick verlieren. Da die beengte räumliche Situation dieser Gaststätten typischerweise nicht die Einrichtung abgetrennter Raucherbereiche erlaubt, kommt für sie nur die Freistellung vom Rauchverbot in Betracht. Nicht anders als bei der Zeltgastronomie in Baden-Württemberg bleibt dann jedem Gaststättenbetreiber die Entscheidung überlassen, ob er sein Lokal als Raucher- oder als Nichtrauchergaststätte führen will. Die Freistellung vom Rauchverbot davon abhängig zu machen, dass in zumutbarer Nähe ein vollwertiges Nichtrauchergaststättenangebot zur Verfügung steht, dürfte hingegen daran scheitern, dass sich diese Voraussetzung in der Praxis mit vernünftigem Aufwand nicht feststellen lassen wird. Zudem muss die Freistellung von Dauer sein. Eine nur übergangsweise Ausnahme vom Rauchverbot könnte die drohende Existenzgefährdung der betroffenen Gaststätten lediglich aufschieben, nicht jedoch ausräumen. Da in der Kleingastronomie größere Rücklagen regelmäßig nicht gebildet werden können (vgl. oben B. I. 1. b dd <4> <d>), lässt sich die Übergangszeit nicht dazu nutzen, um die nötigen finanziel-

len Mittel für eine Umorientierung, insbesondere für eine Vergrößerung des Gaststättenbetriebs und die Einrichtung eines Raucherraums zu sammeln.

3. Bei der Bestimmung der genauen Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand zugunsten der Kleingastronomie sind die Landesgesetzgeber, weil es um die Ordnung von Massenvorgängen geht, an typisierenden Regelungen nicht gehindert (vgl. BVerfGE 111, 115 <137>). So lässt sich dem Merkmal des spezifisch getränkeorientierten Angebots der betroffenen Gaststätten dadurch Rechnung tragen, dass Betriebe, für die das Verarbeiten zubereiteter Speisen gemäß § 3 GastG erlaubt worden ist, von der Ausnahme nicht erfasst werden. Zur Eingrenzung der Ausnahme auf kleinere Gaststätten ohne abtrennbaren Nebenraum kommt die Festlegung eines Höchstmaßes für die Grundfläche des Gastraums oder die Zahl der für Gäste vorgesehenen Sitzplätze in Betracht; beide Parameter können auch kombiniert werden. Möglich ist es ferner, den Umstand, ob eine Gaststätte im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 2 des Nichtraucherschutzgesetzes Saarland „inhabergeführt“ betrieben werden kann, als Anknüpfungspunkt für die besonders belastete Kleingastronomie zu wählen. Den Landesgesetzgebern bleibt es ferner unbenommen, für Gaststätten, die als Raucherlokale betrieben werden, eine Kennzeichnungspflicht vorzusehen, um Gäste bereits vor dem Betreten solcher Lokale darauf aufmerksam zu machen, dass sie sich in Räumen aufhalten werden, in denen sie keinen Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens erwarten können.

III. Die angegriffenen Bestimmungen bleiben wegen der hohen Bedeutung des Schutzes der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens in der Zwischenzeit bis zu den verfassungsgemäßen Neuregelungen anwendbar. Gemäß den Bestimmungen der jeweiligen Nichtraucherschutzgesetze ist danach weiterhin in Baden-Württemberg und Berlin das Rauchen in Gaststätten untersagt.

1. Mit Blick auf die Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber und um für sie in beruflicher Hinsicht existentielle Nachteile zu vermeiden, besteht jedoch für den Zeitraum bis zu den gesetzlichen Neuregelungen ein unabwendbares Bedürfnis nach einer Zwischenregelung durch das Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage des § 35 BVerfGG (vgl. BVerfGE 48, 127 <184>; 84, 9 <21>). Da hierbei größtmögliche Schonung der Gestaltungsfreiheit der Landesgesetzgeber geboten ist (vgl. BVerfGE 103, 111 <141 f.>), gilt es, das Regelungskonzept des Gesetzgebers so weit als möglich zu erhalten und ihm nach Möglichkeit nicht vorzugreifen (vgl. BVerfGE 84, 9 <23>; 109, 256 <274>). Das Bundesverfassungsgericht setzt daher nicht in Abweichung von der bisherigen Schutzkonzeption der Landesgesetzgeber sämtliche Ausnahmen vom Rauchverbot aus, sondern erweitert die in den Nichtraucherschutzgesetzen bereits vorgesehenen Ausnahmen um eine weitere zugunsten der getränkegeprägten Kleingastronomie. Die vorläufige Regelung der von dieser zusätzlichen Ausnahme erfassten Gaststätten orientiert sich an der Zielvereinbarung zum Nichtraucherschutz in Hotellerie und Gastronomie zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes vom 1. März 2005. Dort wurde mit den Interessenvertretern des Gaststättengewerbes als ein Maßstab für die Befreiung vom Nichtraucherschutz eine Gastfläche – definiert als der Bereich, in dem Tische und Stühle für den Aufenthalt von Gästen bereitgehalten werden – von weniger als 75 m² vereinbart, weil für derart kleine Lokale eine Trennung von Raucher- und Nichtraucherbereichen „in aller Regel nicht sinnvoll“ sei. Anders als die – ohne Zwang zur räumlichen Trennung – alternativ vereinbarte Grenze von weniger als 40 Sitzplätzen, erscheint die – nicht ohne weiteres zu verändernde – Gastfläche als geeignete Größe, um bei typisierender Betrachtung als Indikator für die Möglichkeit der Einrichtung eines abgetrennten Raucherzimmers zu dienen. Soweit solche Gaststätten trotz der geringen Gastfläche einen abgetrennten Nebenraum im Sinne von § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg beziehungsweise § 4 Abs. 3

Satz 1 NRSG Berlin vorweisen und damit einen Raucherbereich einrichten können, gibt es allerdings keinen Anlass für eine Ausnahme vom Rauchverbot. Außerdem ist die Befreiung, um die typischerweise besonders belastete Gruppe zu erfassen, auf solche Gaststätten zu beschränken, die keine zubereiteten Speisen anbieten und nicht über eine entsprechende Erlaubnis nach § 3 GastG verfügen.

Dem weiteren Regelungsziel der Landesgesetzgeber, insbesondere Kinder und Jugendliche vor den Gefahren des Passivrauchens zu schützen (so für Baden-Württemberg ausdrücklich § 1 Abs. 1 Satz 2 LNRSchG; für Berlin vgl. § 4 Abs. 3 Satz 2 NRSG; Drucks 16/0716 des Abgeordnetenhauses Berlin, Einzelbegründung zu § 4 Abs. 3), wird für die Übergangszeit dadurch Rechnung getragen, dass ein Gastwirt von der Ausnahme vom Rauchverbot nur Gebrauch machen kann, wenn er Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr den Zutritt zu seiner Gaststätte verwehrt. Am bisherigen gesetzgeberischen Konzept ausgerichtet (vgl. § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg; § 5 Satz 3 NRSG Berlin) ist auch die Regelung zur Kennzeichnungspflicht der Rauchergaststätte und der damit geltenden Zutrittsbeschränkung.

2. Für Diskotheken ergänzt die Zwischenregelung zur Vermeidung weiterer erheblicher wirtschaftlicher Nachteile den § 7 Abs. 2 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg um die Maßgabe, dass die Zulassung von Raucherräumen gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg nur für solche Diskotheken nicht gilt, zu denen Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr Zutritt haben. Damit wird der bestehende Gleichheitsverstoß vorläufig im Sinne eines Wahlrechts des Hausrechtsinhabers aufgelöst. Entscheidet sich der Diskothekenbetreiber dafür, seinen Betrieb nicht für Jugendliche zu öffnen, so kann er Raucherräume einrichten. Anderenfalls verbleibt es bei der Regelung des § 7 Abs. 2 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg. Führt der Betreiber eine entsprechende Zugangsbeschränkung durch, so ist allerdings die Einschätzung des Gesetzgebers zu respektieren, dass die Schadstoffkonzentration in Diskotheken besonders hoch sei und die gleichzeitige körperliche Aktivität der Gäste zu stärkerer Inhalation der schadstoffhaltigen Innenraumluft führe (LTDruks 14/1359, S. 16). Dem ist im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Übergangsregelung durch einen Ausschluss von Tanzflächen in Raucherräumen zu entsprechen.

IV. Da die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) in vollem Umfang Erfolg haben, sind ihnen sämtliche notwendigen Auslagen gemäß § 34a Abs. 2 BVerfGG zu erstatten.

Die Entscheidung ist hinsichtlich der Zulässigkeit eines strikten Rauchverbots und hinsichtlich der Unverhältnismäßigkeit der Regelung für die getränkegeprägte Kleingastronomie mit jeweils 6 : 2 Stimmen und im Übrigen einstimmig ergangen.

Abweichende Meinung des Richters Bryde zum Urteil des Ersten Senats vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07 –, 1 BvR 402/08 –, 1 BvR 906/08 –.

Mit der Mehrheit des Senats bin ich der Auffassung, dass der Gesetzgeber mit dem Nichtraucherschutz ein besonders wichtiges Gemeinwohlziel verfolgt. Die wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Gefahren nicht nur des Rauchens sondern auch des Passivrauchens sind so eindeutig, dass die staatliche Schutzpflicht für Leben und Gesundheit gefordert ist.

Ebenfalls mit der Mehrheit halte ich daher auch ein vollständiges Rauchverbot in für die Öffentlichkeit bestimmten Räumen einschließlich der Gastronomie für verfassungsrechtlich zulässig. Die Berufsfreiheit hat in diesem Fall auch dann, wenn das für einzelne Betriebe tiefgreifende Folgen hat, hinter dem Gesundheitsschutz zurückzutreten. Das wäre noch deutlicher, wenn eine generelle bundesweit geltende Nichtraucherschutzgesetzgebung nicht an – möglicherweise unbegründeten – Zweifeln an einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes gescheitert wäre. Die wirtschaftlichen Auswirkungen einer solchen gene-

rellen Verbannung des Rauchens aus öffentlichen Räumen wäre nämlich für die (mit-)betroffene Gastronomie grundrechtlich nur Reflex gewesen und hätte den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG damit überhaupt nicht mobilisiert. Es ist Teil der Berufsfreiheit, sich im Rahmen der bestehenden Gesetze das Suchtverhalten des Publikums wirtschaftlich zu Nutzen zu machen, aber Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht davor, dass der Gesetzgeber solches Verhalten zum Schutz von Leben und Gesundheit erfolgreich bekämpft.

Im Ansatz kann ich auch der Überlegung der Mehrheit folgen, dass ein Gesetzgeber, der kein absolutes Rauchverbot für die Gastronomie anordnet, sondern Ausnahmen zulässt, dabei nicht willkürlich vorgehen und einzelne Gruppen unverhältnismäßig treffen darf. Das ist jedoch im vorliegenden Fall bei Anwendung der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts üblichen Maßstäbe für die Überprüfung des berufsregelnden Gesetzgebers an Verhältnismäßigkeitsprinzip und Gleichheitssatz auch nicht geschehen. Den angegriffenen Landesgesetzen liegt aus der Perspektive des Gesetzgebers ein schlüssiges Konzept zugrunde. Ich kann nicht erkennen, dass die Landesgesetzgeber das Ziel des Nichtraucherschutzes relativiert hätten, so dass Lebens- und Gesundheitsschutz auch als Abwägungsposition gegenüber wirtschaftlichen Interessen relativiert werden könnten. Die Gesetze wollen Nichtrauchern eine rauchfreie Gastronomie garantieren, das heißt mindestens einen rauchfreien Hauptraum. Ausnahmen vom Rauchverbot sollen nur insoweit zugelassen werden, als diese den Nichtraucherschutz nicht gefährden. Die Umsetzung dieses Konzepts mag dem Gesetzgeber nicht perfekt gelungen sein. Die Annahme, Festzelte gleichen eher Außenbereichen als Innenräumen ist möglicherweise wissenschaftlich unzutreffend und auch die Zulassung des Rauchens in Nebenräumen mag in der Praxis Auswirkungen auf Nichtraucher haben. Aber nach der Einschätzung des Gesetzgebers sollte das gerade nicht der Fall sein, er wollte den Nichtraucherschutz so umfassend garantieren wie möglich und nur dort zurücktreten lassen, wo er keinen Schutz für nötig hielt. Wenn er dabei geirrt hat, mag die praktische Erfahrung den Gesetzgeber zum Nachbessern zwingen, das gefundene Modell liegt aber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative. Er hätte sich umgekehrt Vorwürfen einer unverhältnismäßigen Regelung ausgesetzt, wenn er das Rauchen auch dort noch verboten hätte, wo dies nach seiner vertretbaren Einschätzung für den Nichtraucherschutz nicht erforderlich ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber bei der Regelung der Berufsausübung mit Recht in ständiger Rechtsprechung einen weiten Spielraum eingeräumt, der auch notwendig ist, will es nicht zum Ersatzgesetzgeber werden. Das gilt besonders beim Schutz von wichtigen Gemeinschaftsgütern – und mit Leben und Gesundheit stehen hier die wichtigsten auf dem Spiel –, bei dem der Gesetzgeber von Verfassungs wegen ohnehin schon zwischen Untermaßverbot hinsichtlich einer möglichen Verletzung der Schutzpflicht und Übermaßverbot hinsichtlich der durch die Regelung Betroffenen eingeklemmt ist. Davon weicht die Mehrheit im vorliegenden Fall ab. Dabei wäre das Festhalten an einem weiten Spielraum gerade hier wichtig. Eine gesetzliche Reform wie der Nichtraucherschutz – aber Vergleichbares ließe sich für viele Fälle aktueller Reformbemühungen im Verbraucher-, Umwelt- und Gesundheitsschutz sagen – ist ein politischer Kraftakt, bei dem der Gesetzgeber massivsten Widerständen mächtiger Lobbys ausgesetzt ist. Welche Widerstände zu überwinden waren, zeigt sich schon daran, dass die Bundesrepublik Deutschland im Nichtraucherschutz ein Nachzügler in Westeuropa ist. Unter solchen Bedingungen wird im ersten Anlauf häufig nur ein mehr oder weniger durchlöcherter Kompromiss möglich sein – und Kompromiss ist geradezu Wesensmerkmal demokratischer Politik. Das Bundesverfassungsgericht darf keine Folgerichtigkeit und Systemreinheit einfordern, die kein demokratischer Gesetzgeber leisten kann. Zwingt man den Gesetzgeber unter solchen politischen Rahmenbedingungen in ein alles oder nichts, indem man ihm zwar theoretisch eine – politisch kaum durch-

setzbare – Radikallösung erlaubt, aber Ausnahmen und Unvollkommenheiten benutzt, die erreichten Fortschritte zu kasieren, gefährdet das die Reformfähigkeit von Politik.

Abweichende Meinung des Richters Masing zum Urteil des Ersten Senats vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07 –, 1 BvR 402/08 –, 1 BvR 906/08 –.

Der Entscheidung des Senats vermag ich weder insoweit, als sie von den angegriffenen Rauchverböten weitreichende Ausnahmen fordert, noch insoweit, als sie den Gesetzgeber auf die Möglichkeit eines ausnahmslos strikten Rauchverböts verweist, zuzustimmen. Der Senat schlägt dem Gesetzgeber ohne Grund ein von diesem entwickeltes Konzept für einen anspruchsvollen, aber ausbalancierten Nichtrauchererschutz aus der Hand (I) und öffnet zugleich den Weg für eine Extremlösung, die mangels Interessenausgleichs unverhältnismäßig ist und die Gefahr paternalistischer Bevormundung birgt (II).

I. Die angegriffenen Regelungen verwirklichen ein Schutzkonzept, das als Ausgleich verschiedener Interessen auch gegenüber kleinen Einraumgaststätten mit getränkeorientiertem Angebot („Eckkneipen“) grundsätzlich mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar und verhältnismäßig ist. Indem der Senat für alle derartigen Gaststätten eine Ausnahme fordert, nimmt er diesem Konzept seine Stringenz und einen großen Teil seiner Wirkung.

1. Der Gesetzgeber verfolgt das Konzept eines grundsätzlichen Vorrangs des Schutzes von Nichtrauchern bei nachrangiger Ermöglichung eines ergänzenden Raucherangebots. Jeder Gaststättenbetreiber hat danach die Pflicht, primär das Angebot auf Nichtraucher auszurichten. Ein Nichtraucher soll nicht vor die Alternative gestellt werden, entweder auf einen Gaststättenbesuch verzichten oder sich gesundheitsschädlichem Rauch aussetzen zu müssen. Erst wenn der Nichtrauchererschutz gesichert ist, sind daneben auch Raucherangebote erlaubt. Abgesehen von dem untergeordneten – und insoweit konzeptwidrigen – Sonderfall der Festzelte nach § 7 Abs. 1 Satz 3 LNR-SchG Baden-Württemberg, erstreckt der jeweilige Gesetzgeber diese Regelung gleichermaßen und konsequent auf alle Gaststätten. Er räumt dem Gesundheitsschutz insoweit strikten Vorrang ein. Andererseits trägt er durch die nachrangige Möglichkeit eines räumlich zu trennenden Raucherangebots zugleich auch den Interessen der Raucher Rechnung.

2. Gegenüber den Gastwirten sind diese Regelungen – darin stimme ich mit dem Senat überein – ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit, der durch das Ziel des Gesundheitsschutzes legitimiert sowie hierfür geeignet und erforderlich ist. Entgegen der Auffassung des Senats ist dieser Eingriff aber grundsätzlich auch in Bezug auf „Eckkneipen“ verhältnismäßig im engeren Sinne. Das Ziel, Nichtraucher vor der Alternative zu schützen, sich Gesundheitsgefährdungen auszusetzen oder auf einen Gaststättenbesuch zu verzichten, hat hinreichendes Gewicht, um eine solche Inpflichtnahme auch ihnen gegenüber zu tragen. Die hierzu konzeptbezogen wechselnde Argumentation des Senats ist demgegenüber widersprüchlich. Warum der Gesundheitsschutz zwar ein ausnahmsloses Rauchverbot, wie der Senat meint (dazu unten II), nicht aber auch ein Rauchverbot, das dem Vorrangprinzip folgt, gegenüber „Eckkneipen“ tragen soll, ist nicht einzusehen. Das verfassungsrechtliche Gewicht des Gesundheitsschutzes ist nicht Folge gesetzlicher Wertungen, sondern deren Maßstab. Angesichts der klaren Vorrangverpflichtung zu Nichtraucherangeboten vor Raucherangeboten lässt sich dem Gesetzgeber auch nicht vorhalten, er selbst habe eine hinreichende Priorität des Gesundheitsschutzes nicht gewollt.

Freilich treffen die Gesetze Gaststätten je nach deren Möglichkeit, Raucherräume einzurichten, faktisch verschieden stark. Dabei werden „Eckkneipen“ besonders stark belastet: In der Regel kann in ihnen ein Raucherraum nicht abgetrennt werden und haben sie zugleich einen besonders großen Anteil an rauchenden Gästen, die vielfach abwandern werden. Dennoch ist die Regelung auch insoweit nicht unverhältnismäßig. Dass sich durch die Änderung von gesetzlichen Rahmenbedingungen zum

Schutz der Gesundheit, der Umwelt oder zur Durchsetzung sozialer Belange auch die Marktchancen der betroffenen Gewerbetreibenden oder Unternehmen ändern, schließt Art. 12 Abs. 1 GG nicht aus. Er gewährleistet weder einen Anspruch auf gleichbleibende Wettbewerbsbedingungen noch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbchancen (vgl. BVerfGE 24, 236 <251>; 34, 252 <256>; 105, 252 <265>; 106, 275 <299>; 110, 274 <288>; 116, 135 <152>). Die unterschiedlichen Auswirkungen der Regelungen auf die Gaststätten, je nachdem, ob sie ihrer Größe und Möglichkeit nach Nichtraucherräume einrichten können, sind angesichts gestiegener Anforderungen an den Gesundheitsschutz Ausdruck ihrer jeweiligen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und des Wettbewerbs. Von daher ist auch ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz nicht zu erkennen: Ebenso wenig wie etwa im Umweltrecht können auch vorliegend Schutzanforderungen, die für alle gleich gelten, allein wegen ihrer verschiedenen wirtschaftlichen Folgen das Verdikt der verfassungswidrigen Ungleichbehandlung begründen. Dass auch der relativ hohe Raucheranteil in „Eckkneipen“ nicht deren Freistellung von Schutzanforderungen aus Gleichheitsgründen erfordert, beurteilt bezogen auf ein striktes Rauchverbot auch der Senat nicht anders. Warum der Gesundheitsschutz im Rahmen des vom Gesetzgeber gewählten Vorrangkonzepts diese Ungleichbehandlung demgegenüber nicht rechtfertigen soll, leuchtet nicht ein.

Allerdings können unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit Härtere Regelungen zur Abpufferung einer Übergangszeit geboten sein, wie zum Beispiel Regelungen, die in Einzelfällen Zeit geben zur Verlegung oder Zusammenlegung von Betrieben, zur Erarbeitung von alternativen Angebotskonzepten, zur Anpassung von Dauerverträgen oder zur Amortisierung von Investitionen. Auch können Ausnahmen für Fälle erforderlich sein, in denen offenkundig ein vollwertiges Nichtraucherangebot in zumutbarer Nähe besteht. Diesbezüglich genügen die angegriffenen Regelungen in der Tat nicht in jeder Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Ob der Gesetzgeber solche Regeln für praktikabel hält oder aus verwaltungspraktischen Gründen die Ausnahmen dann typisierend ausweiten will, hat nicht das Bundesverfassungsgericht, sondern er selbst zu entscheiden.

Über solche einzelfallbezogenen Übergangs- und Ausnahmeklauseln hinaus ist demgegenüber von Verfassungen wegen eine Korrektur der Gesetze nicht geboten. Im Grundsatz ist die Härte der Regelung für „Eckkneipen“ nur die Konsequenz eines vom Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsmöglichkeiten zulässig in den Vordergrund gestellten Gesundheitsschutzes für Nichtraucher und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

3. Demgegenüber entwertet der Senat den durch die angegriffenen Regelungen ins Werk gesetzten Nichtraucherenschutz prinzipiell und erheblich. Indem er für alle „Eckkneipen“ unterschiedslos eine Ausnahme vom Rauchverbot fordert, wird eine große Zahl von Gaststätten von dem Rauchverbot ausgenommen (auf Bundesebene sollen von etwa 243 000 Hotel- und Gaststättenbetrieben beziehungsweise 187 000 Betrieben des Gaststättengewerbes 60 000 bis 80 000 überwiegend getränkegeprägte Einraumbetriebe sein; vgl. Stellungnahme DEHOGA Bundesverband). Auch wenn diese angesichts ihrer Größe nur über vergleichsweise wenige Sitzplätze verfügen und zu den vom Senat erfassten „Eckkneipen“ keine genauen Zahlenangaben möglich sind, ist doch deutlich, dass die geforderte Ausnahme das gesetzgeberische Schutzkonzept weit mehr als am Rande betrifft. Sie setzt in weitem Umfang schon den Grundgedanken des Konzepts selbst außer Kraft und erlaubt das Rauchen auch dort, wo für Nichtraucher keine Ausweichmöglichkeiten bestehen.

II. Als politische Alternative verweist der Senat auf die Möglichkeit eines radikalen Rauchverböts in Gaststätten ohne jede Ausnahme. Diese Ausführungen sind weder veranlasst noch in der Sache tragfähig. Ein ausnahmsloses Rauchverbot ist zum Schutz der Nichtraucher nicht erforderlich und als Maßnahme

der Suchtprävention zum Schutz der Bürger vor sich selbst unverhältnismäßig. Es wäre ein Schritt in Richtung einer staatlichen Inpflichtnahme zu einem „guten Leben“, die mit der Freiheitsordnung des Grundgesetzes nicht vereinbar ist.

1. Die Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit eines radikalen Rauchverbots sind für die verfassungsrechtliche Beurteilung der angegriffenen Vorschriften weder erforderlich noch für die Begründung des Senats tragend. Zumal in Deutschland ein solches Konzept bisher in keinem Bundesland – nach der praxisleitenden Interpretation des geltenden Rechts auch nicht in Bayern – politisch durchgesetzt wurde, gibt es für ein solches obiter dictum keinen Anlass. Wenn der Senat dennoch hierzu breite Ausführungen macht, liegt darin ein unzulässiger Übergriff in die Gesetzgebungspolitik.

2. Ein ausnahmsloses Rauchverbot in allen Gaststätten wäre meines Erachtens auch in der Sache verfassungswidrig. Es handelte sich hierbei um einen Eingriff sowohl in die Berufsfreiheit der Gastwirte nach Art. 12 Abs. 1 GG als auch in die Freiheit der Raucher nach Art. 2 Abs. 1 GG, der mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar wäre.

a) Mit Blick auf den Schutz der Nichtraucher vor den Gefahren des Passivrauchens fehlt es für ein ausnahmsloses Rauchverbot schon an der Erforderlichkeit. Wenn in einer Gaststätte ein vollwertiges Nichtraucherangebot gewährleistet ist, ändert ein ergänzender Raucherraum nichts daran, dass die Inanspruchnahme der gastronomischen Leistung ohne Gesundheitsgefährdung möglich ist. Ein umfassendes Verbot auch von Rauchernebenräumen lässt sich insbesondere nicht dadurch rechtfertigen, dass Nichtraucher möglicherweise gerade in diesen Nebenraum einkehren möchten, um die Gesellschaft der dort befindlichen Gäste zu genießen. Eine solche Argumentation, die allein den Wunsch eines Nichtrauchers nach der Gesellschaft von Rauchern hinreichen lässt, um Letzteren das Rauchen zu untersagen, stellt das freiheitsbestimmte Nebeneinander von Rauchern und Nichtrauchern selbst in Frage. Sie stärkt nicht den Nichtraucherschutz beim Gaststättenbesuch, sondern eröffnet es Nichtrauchern, sich Rauchern gegen ihren Willen auch dann aufzudrängen, wenn diese sich in einen eigenen Bereich zurückziehen. Verfassungsrechtlich gibt es hierfür keine Rechtfertigung.

b) Ein ausnahmsloses Rauchverbot kann auch nicht auf den Schutz der „Eckkneipen“ vor Abwanderung von deren rauchenden Gästen gestützt werden. Dass ein mit dem Gesundheitsschutz Dritter vereinbares Raucherangebot wirtschaftlich nicht allen Gaststätten gleichermaßen möglich ist, legitimiert es nicht, ein entsprechendes Angebot insgesamt zu verbieten. Die Festschreibung tatsächlicher Marktkräfte ist kein hinreichender Grund, um Rauchern den Genuss von Tabak bei Speise und Trank in der Öffentlichkeit auch dort zu untersagen, wo es aus Gründen des Nichtraucherschutzes nicht erforderlich ist.

c) Der Landesgesetzgeber kann ein ausnahmsloses Rauchverbot auch nicht mit dem Schutz der Beschäftigten rechtfertigen. Ihm fehlt für eine darauf bezogene Regelung die Kompetenz. Den Konflikt zwischen Arbeitsschutz und den Gefährdungen des Passivrauchens hat der Bund durch seine Arbeitsstättenverordnung abschließend geregelt. Gegenüber Regelungen der Länder, die spezifisch diesen Konflikt aufgriffen, ihn anders bewerteten und zum Anlass oder zur Rechtfertigung einer strengeren Regelung nahmen, entfaltet diese Regelung gemäß Art. 72 Abs. 1 GG Sperrwirkung. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit weist das Grundgesetz den Ländern nicht die Kompetenz zu, abschließende Bundesregelungen, die sie für unzulänglich und reformbedürftig halten, durch andere weitergehende Normen „nachzubessern“ (vgl. BVerfGE 36, 193 <211>; 109, 190 <230>; stRspr).

d) Ein absolutes Rauchverbot lässt sich auch nicht auf das allgemeine Anliegen der Suchtprävention und den darin eingeschlossenen Gedanken des Schutzes der Bürger vor sich selbst stützen.

Allerdings ist die Suchtprävention ein legitimes Anliegen des Gesetzgebers, das es erlauben kann, freiheitsverbürgte Verhaltensweisen, die zugleich ein Suchtpotential haben, zu erschweren, einzugrenzen oder ein Stück weit aus der öffentlichen Wahrnehmung zu drängen. Der Gesetzgeber kann insoweit in Blick auf negative Folgen für Dritte oder die Allgemeinheit oder auch unmittelbar zur Verminderung von Abhängigkeiten Regelungen zum Schutze der Betroffenen vor Versuchungen und damit letztlich vor sich selbst treffen.

Auch dieses Anliegen aber – auf das die Nichtraucherschutzgesetze bisher auffälligerweise nicht gestützt wurden – könnte ein ausnahmsloses Rauchverbot in Gaststätten nicht tragen. Zwar mag es geeignet und erforderlich sein, um die Attraktivität des Rauchens und damit auch Wege in die Abhängigkeit zu verringern. Es wäre in seiner Kompromisslosigkeit aber unverhältnismäßig.

Mit einem absoluten gaststättenrechtlichen Rauchverbot wird das gesellige Beisammensein und Feiern bei Tabak, Speise und Trank völlig aus dem öffentlichen Raum und dem gewerblichen Angebot verbannt. Soll es ohne Umgehungsmöglichkeit ernst genommen werden, muss es grundsätzlich auch entsprechende gewerbliche Angebote im Rahmen von privaten Vereinen umfassen. Der Genuss von Tabak bei Speise und Trank wäre danach im Wesentlichen nur noch innerhalb der privaten vier Wände möglich. Dieses aber ist angesichts einer Tradition, in der diese Verbindung seit Jahrhunderten von vielen als Teil von Lebensfreude empfunden und gepflegt wird, und angesichts eines Raucheranteils von mehr als 30 % der erwachsenen Bevölkerung unverhältnismäßig. Auch wenn der Tabakkonsum überaus gesundheitsschädlich und der Genuss von Tabak wie der Genuss jeder Droge unvernünftig ist und auch wenn er einen großen Teil der Raucher in bedrückende Abhängigkeit bringt, so ändert das nichts daran, dass er als Bestandteil unserer Kultur von der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt ist. Das gaststättenrechtliche Rauchverbot ist insoweit auch mehr als die Bagatellbelastung, zur Befriedigung einer Sucht vor die Tür treten zu müssen. Es unterbindet vielmehr eine tradierte Form des kommunikativen Miteinanders in als persönlich wichtig angesehenen Situationen, für die der – zu Recht oder zu Unrecht als subjektiv frei empfundene – Rückgriff auf den gesundheitsschädigenden Tabak als wesentlich erlebt wird. In Blick auf damit verbundene Gefahren kann der Gesetzgeber auf solche Traditionen einwirken und sie zurückdrängen. Dabei hat er auch einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Er kann aber nicht auf dem Verbotsweg die Verbindung von Tabak, Speise und Trank völlig dem gewerblichen Angebot in der Öffentlichkeit entziehen.

3. Die Freiheitsrechte des Grundgesetzes verpflichten den Gesetzgeber auf Regelungen, die der schwierigen Spannung von Schutz und Freiheit ausgleichend Rechnung tragen. Damit verträgt sich die Radikallösung eines absoluten gaststättenrechtlichen Rauchverbots nicht. Mit ihr wird vielmehr ein Weg edukatorischer Bevormundung vorgezeichnet, der sich auf weitere Bereiche ausdehnen könnte und dann erstickend wirkt. In der Praxis wird ein solches Konzept überdies Gefahr laufen, doppelbödiges Ausweichstrategien oder Vollzugsdefizite hervorzu- bringen, und auch von daher das Rechtsstaatsprinzip aufweichen. Indem der Senat einerseits ein auf Ausgleich bedachtes Nichtraucherschutzkonzept entkräftet, andererseits aber auf eine kompromisslose Maximallösung verweist, verstellt er dem Gesetzgeber Mittellösungen, wie sie einer freiheitlichen Ordnung gemäß sind.

**Art. 2, 3, 12 GG; Art. 3, 9 GSG Bay
Rauchverbot in bayerischen Gaststätten; Raucherclub**

Zum Rauchverbot in bayerischen Gaststätten, dem die Möglichkeit, einen „Raucherclub“ einzurichten, gegenübersteht.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 6. 8. 2008 – 1 BvR 3198/07 und 1 BvR 1431/08)

In den Verfahren über die Verfassungsbeschwerden I. der Frau N., 2. der Frau N. gegen Artikel 3 Absatz 1 Satz 1 und Artikel 9 Absatz 1 des Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz – GSG) vom 20. Dezember 2007 (BayGVBl S. 919), geändert durch Gesetz vom 22. Juli 2008 (BayGVBl S. 465) – 1 BvR 3198/07 –, 3. des Herrn B. gegen Artikel 3 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz – GSG) vom 20. Dezember 2007 (BayGVBl S. 919), geändert durch Gesetz vom 22. Juli 2008 (BayGVBl S. 465) – 1 BvR 1431/08 –, hat die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG gemäß § 93b i.V.m. § 93a BVerfGG i. d. F. d. B. v. 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 6. August 2008 einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerden werden nicht zur Entscheidung angenommen.

Gründe: I. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die gesetzlichen Regelungen des Freistaats Bayern über das Rauchverbot in Gaststätten.

1. Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz – GSG) vom 20. Dezember 2007 (BayGVBl S. 919) ist im Freistaat Bayern das Rauchen unter anderem in Innenräumen von Gaststätten verboten. Anwendung findet dieses Verbot gemäß Art. 2 Nr. 8 GSG auf „Gaststätten im Sinn des Gaststättengesetzes ..., soweit sie öffentlich zugänglich“ sind. Wer entgegen dem Verbot raucht oder als Betreiber einer Gaststätte (vgl. Art. 7 Satz 1 Nr. 3 GSG) nicht die erforderlichen Maßnahmen ergreift, um einen Verstoß gegen das Rauchverbot zu verhindern, kann nach Art. 9 GSG mit einer Geldbuße belegt werden. Durch das Gesetz zur Änderung des Gesundheitsschutzgesetzes vom 22. Juli 2008 (BayGVBl S. 465) wurde Art. 11 GSG um einen zweiten Absatz mit einer Übergangsregelung erweitert, nach der in nur vorübergehend betriebenen Bier-, Wein- und Festzelten sowie in vorübergehend entsprechend als Festhallen genutzten ortsfesten Hallen auf Volksfesten und vergleichbar großen Veranstaltungen das Rauchverbot nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG bis zum Ablauf des 31. Dezember 2008 nicht gilt.

2. Die Beschwerdeführerin zu 1) ist Raucherin. Sie ist in Bayern wohnhaft und besucht mehrmals wöchentlich Gaststätten an ihrem Wohnort M. Sie sieht sich durch das generelle Rauchverbot in ihrer Verhaltensfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verletzt.

Die Beschwerdeführerin zu 2) ist Betreiberin einer Gaststätte in M. Sie rügt eine Verletzung ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG). Nach ihrer Darstellung sollen seit Inkrafttreten des Rauchverbots die Umsätze in ihrer Gaststätte um mehr als 20 % zurückgegangen sein. Damit sei ihre wirtschaftliche Existenz bedroht.

Der Beschwerdeführer zu 3) betreibt in W. eine Gaststätte, in der er neben Getränken und kleineren Speisen das Rauchen von Tabak in Wasserpfeifen anbietet. Mindestens 95 % der Besucher sollen die Gaststätte zum Rauchen von Wasserpfeifen aufsuchen. Das Rauchverbot in Gaststätten verletzt nach Auffassung des Beschwerdeführers zu 3) seine Rechte aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 GG.

II. Die Verfassungsbeschwerden sind nicht zur Entscheidung anzunehmen. Die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor. Die Verfassungsbeschwerden haben keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung. Ihre Annah-

me ist auch nicht zur Durchsetzung der von den Beschwerdeführern als verletzt gerügten Rechte angezeigt; denn die Verfassungsbeschwerden haben keine Aussicht auf Erfolg. Die angegriffenen Regelungen verletzen weder die Beschwerdeführerin zu 1) als Raucherin noch die Beschwerdeführerin zu 2) und den Beschwerdeführer zu 3) als Gaststättenbetreiber in ihren Grundrechten.

1. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07 u. a. [GuT 2008, 253] – entschieden, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht gehindert ist, dem Gesundheitsschutz gegenüber den damit beeinträchtigten Freiheitsrechten, insbesondere der Berufsfreiheit der Gastwirte und der Verhaltensfreiheit der Raucher, den Vorrang einzuräumen und ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen. Ein solch striktes Rauchverbot folgt für die Innenräume öffentlich zugänglicher Gaststätten aus Art. 3 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 2 Nr. 8 GSG. Ausnahmen sind dabei nicht vorgesehen. Die in Art. 11 Abs. 2 GSG vorgesehene Aufhebung des Rauchverbots für Bier-, Wein- und Festzelte sowie vorübergehend genutzte Festhallen stellt lediglich eine bis zum Ablauf des 31. Dezember 2008 befristete Übergangsregelung dar, durch die das dem Gesetz zugrunde liegende Regelungskonzept nicht in Frage gestellt wird.

2. Soweit Art. 2 Nr. 8 GSG für die Geltung des Rauchverbots zur Voraussetzung macht, dass die Gaststätte „öffentlich zugänglich“ ist, und daraus in der Anwendungspraxis – was verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden kann – gefolgert wird, dass unter bestimmten Voraussetzungen „Raucherclubs“ vom Rauchverbot in Gaststätten nicht erfasst werden (vgl. Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz), kann dies ebenfalls keine Verletzung der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Beschwerdeführerin zu 2) begründen. Nichts anderes gilt hinsichtlich der Verhaltensfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), die der Beschwerdeführer zu 3) als ausländischer Staatsangehöriger für seine Berufstätigkeit beanspruchen kann (vgl. BVerfGE 104, 337 <346>). Gleichheitswidrige oder für einzelne Sparten des Gastronomiegewerbes unzumutbare wirtschaftliche Belastungen sind mit den Verfassungsbeschwerden nicht dargetan und lassen sich auch nicht erkennen. Die Möglichkeit, eine Gaststätte zum Lokal eines „Raucherclubs“ zu machen, dessen Mitgliedern gestattet ist, dort zu rauchen, ist nicht von Voraussetzungen abhängig, die die Betreiber bestimmter Gruppen von Gaststätten nicht erfüllen können. Den in den Vollzugshinweisen genannten Erfordernissen für die Anerkennung eines „Raucherclubs“ – feste Mitgliederstruktur mit bekanntem oder abrufbarem Mitgliederbestand, Einlasskontrollen mit Zurückweisung von „Laufkundschaft“, kein Erwerb der Mitgliedschaft am Eingang der Gaststätte – kann insbesondere auch in speziell ausgerichteten Gaststätten wie der des Beschwerdeführers zu 3) oder in Betrieben der getränkegeprägten Kleingastronomie nachgekommen werden.

Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

§§ 317, 319, 585 BGB

Pacht; Gaststätte; Indexklausel; werterhöhende Investitionen des Pächters; Schiedsgutachtenabrede; Eignung des Sachverständigen

1. Die mit einer Indexklausel in einem Pachtvertrag verbundene Bestimmung:

„Einigen sich die Parteien über die Höhe des neuen Pachtzinses nicht, so wird dieser gemäß § 317 Abs. 1 BGB von einem vereidigten Sachverständigen für das Hotel- und Gaststättengewerbe bestimmt.“

bedeutet, dass die steigenden Lebenshaltungskosten und damit einhergehend steigende Betriebskosten ebenso in die Be-

wertung einfließen sollen, wie spezifische Besonderheiten des gastronomischen Gewerbes.

2. Bei der Prüfung einer Pachtzinsanpassung aufgrund der Indexklausel müssen werterhöhende Investitionen des Pächters außer Acht bleiben, wenn sie bei der Festlegung des anfänglichen Pachtzinses und der Dauer des Pachtverhältnisses berücksichtigt worden sind.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. 6. 2007 – I-24 U 210/06)

Zum Sachverhalt: Die Kläger sind Verpächter des vom Beklagten genutzten Objekts „Haus H.“ in D. Der notarielle Pachtvertrag vom 14. Oktober 1988 wurde zwischen dem Rechtsvorgänger der Kläger, Herrn H., und dem Beklagten geschlossen. Im Pachtvertrag (PV) finden sich u. a. folgende Regelungen:

„§ 2 Pachtzeit

Das Pachtverhältnis wird auf 5 Jahre abgeschlossen; es beginnt am 1. 6. 1989 und endet am 31. 5. 1994. Wegen der erheblichen Investitionen des Pächters wird eine Option zugunsten des Pächters für eine zweimalige Verlängerung um jeweils 5 Jahre vereinbart. ... Auch nach Ausübung der zweimaligen Option werden sich die Vertragsteile um eine Verlängerung des Pachtverhältnisses bemühen.

§ 3 Pachtzins

Der Pachtzins beträgt monatlich 1200,- DM. Hinzu tritt die gesetzliche Mehrwertsteuer, falls der Pachtzins mehrwertsteuerpflichtig sein sollte. ...

Sollte sich der Lebenshaltungskostenindex des Stat. Landesamtes NRW für einen 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalt mit mittlerem Einkommen von dem z.Z. des Vertragsbeginns oder von dem z.Z. der letzten Pachtzinsfestsetzung (Pachtzinsanpassung) gültigen Stand um mehr als 10 Punkte ändern, so sind beide Parteien berechtigt, eine angemessene Anpassung des Pachtzinses an die geänderten Verhältnisse zu verlangen. Die Anpassung wird frühestens wirksam mit dem auf den Zugang des schriftlich geltend zu machenden Anspruchs folgenden Monats.

Einigen sich die Parteien über die Höhe des neuen Pachtzinses nicht, so wird dieser gemäß § 317 Abs. 1 BGB von einem vereidigten Sachverständigen für das Hotel- und Gaststättengewerbe bestimmt ...“

Nach Beginn des Pachtverhältnisses investierte der Beklagte ca. 200 000,- DM und wandelte die Gaststätte in ein hochklassiges Speiserestaurant um.

Mit notariellem Vertrag vom 11. September 1992 zwischen Herrn H. und dem Beklagten wurde § 2 des Pachtvertrages vom 14. Oktober 1988 insoweit geändert, als dem Beklagten „eine Option für eine dreimalige Verlängerung der Pachtzeit um jeweils 5 Jahre eingeräumt“ wurde. „Im übrigen bleiben die Bestimmungen des Pachtvertrages vom 14. 10. 1988 vollinhaltlich bestehen“, heißt es in der Urkunde vom 11. September 1992.

Mit Kaufvertrag vom 5. September 1994 erwarben die Kläger das Objekt.

Am 1. Januar 1995 wurde die Nettopacht auf 1550,- DM (=792,50 €) erhöht; seitdem bezahlte der Beklagte (offensichtlich aufgrund von Rundungsdifferenzen) 792,51 € netto und brutto 919,31 €.

Am 10. Dezember 2002 beauftragten die Kläger (ohne Beteiligung und Kenntnis des Beklagten) den öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für Mietnebenkosten und Betriebskosten für Grundstücke und Gebäude, K., mit der Ermittlung der „ortsüblichen Miete“ für das Pachtobjekt. Dieser kam in seinem Gutachten vom 2. März 2003 zu dem Ergebnis, dass die ortsübliche Pacht 3455,60 € betrage. Wegen der Einzelheiten wird auf das Privatgutachten Bezug genommen. Mit Schreiben vom 18. März 2003 und 27. Mai 2003 forderten die Kläger den Beklagten auf, ein Gespräch zur Herbeiführung einer einvernehmlichen Regelung des künftig zu entrichtenden Pacht-

zinses zu führen. Dieses fand am 27. Juni 2003 statt. Der Beklagte lehnte eine Erhöhung ab. Mit Schreiben vom gleichen Tag forderten die Kläger den Beklagten zur Zahlung eines monatlichen Pachtzinses in Höhe von 3455,60 € auf.

Der Beklagte kündigte in einem an die klägerischen Prozessbevollmächtigten gerichteten Schreiben vom 24. August 2003 an, in Kürze die nächste Option zur Verlängerung der Pachtzeit auszuüben. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2003 (gerichtet an die Kläger persönlich) erklärte der Beklagte, die nächste Option zur Verlängerung des Pachtverhältnisses auszuüben, und stellte fest, dass der Pachtvertrag nunmehr bis zum 31. Mai 2009 laufe. Der Zugang des per Einschreiben/Rückschein an die Kläger gesandten Schreibens ist streitig.

Mit weiterem Schreiben vom 14. Januar 2004 übermittelten die Kläger dem Beklagten den Entwurf eines Schiedsgutachtervertrages und fügten eine Liste mit Sachverständigen des Hotel- und Gaststättengewerbes bei. Der Beklagte setzte sich mit dem Verband DEHOGA Nordrhein e.V. (im folgenden: DEHOGA) in Verbindung, welche in der Folgezeit seine Interessen wahrnahm. Mit Schreiben des DEHOGA vom 21. Januar 2004 lehnte der Beklagte unter Hinweis darauf, dass der von den Klägern entworfene Schiedsgutachtervertrag in wesentlichen Punkten vom Pachtvertrag abweiche, den Vertragsschluss ab. Er erklärte aber seine Bereitschaft, das im Pachtvertrag vorgesehene Verfahren durchzuführen. Die außergerichtlichen Verhandlungen der Parteien über den Abschluss eines entsprechenden Schiedsgutachtervertrages scheiterten, als dem Beklagten die am 10. Februar 2004 erhobene Klage der Kläger zugestellt worden war.

Mit notariellem Vertrag vom 30. November 2004 trafen die Kläger untereinander eine Grundstücksauseinandersetzungvereinbarung. Wegen der Einzelheiten wird auf den notariellen Vertrag Bezug genommen. Mit Schriftsatz vom 11. April 2005 haben die Kläger eine „Berichtigung“ des Aktivrubrums dahingehend begehrt, dass alleine noch der Kläger zu 2. Kläger sein solle. Sie haben darauf hingewiesen, dass der Kläger zu 1. mit Grundstücksauseinandersetzungsvertrag vom 30. November 2004 seinen Eigentumsanteil an den Kläger zu 2. übertragen habe und „dieser in das streitgegenständliche Pachtverhältnis eingetreten sei“.

Die Kläger haben zunächst den Standpunkt vertreten, der Beklagte schulde seit dem 5. Juli 2003 die Zahlung eines monatlichen Pachtzinses von 3455,60 € und haben neben der Zahlung von 18 641,56 € nebst Zinsen weiterhin beantragt, den Beklagten zur Räumung und Herausgabe des Pachtobjekts zu verurteilen. Das Landgericht Duisburg – Einzelrichter – hat mit seinem am 17. August 2004 verkündeten Teilurteil die Räumungsklage abgewiesen. Das Urteil ist rechtskräftig.

Mit Schreiben vom 2. August 2005 kündigte der Kläger zu 2. das Pachtverhältnis unter Bezugnahme auf eine angeblich am 14. Januar 2004 erklärte fristlose Kündigung „hilfsweise“ fristlos. Eine weitere fristlose Kündigung wurde mit Schreiben vom 15. März 2006 ausgesprochen.

Am 28. März 2006 zahlte der Beklagte einen Betrag von 9761,95 € auf die Pachtzinsen von Mai 2005 bis März 2006.

Der Kläger zu 2. hat behauptet: Der vom Privatgutachter K. ermittelte Mietzins sei angemessen. K. sei zur Beantwortung der Beweisfrage hinreichend qualifiziert, auch wenn sein Sachgebiet nicht speziell das Hotel- und Gaststättengewerbe sei. Zu berücksichtigen sei bei der Bemessung des angemessenen Pachtzinses auch, dass sie, die Kläger, das Objekt umfassend saniert hätten. In den Jahren von 1994 bis 2003 hätten sie insgesamt 157 518,72 € investiert. Nicht außer Betracht bleiben dürfe auch, dass der Beklagte sowohl hinsichtlich der vorhandenen Räumlichkeiten als auch der möglichen Betriebszeiten das Objekt nicht optimal nutze.

Der Kläger zu 2. hat mit Schriftsatz vom 20. September 2006 seine Klage erweitert und beantragt, 1. den Beklagten zu ver-

urteilen, an ihn 34 936,08 € nebst Zinsen zu bezahlen, 2. den Beklagten zu verurteilen, das von ihm genutzte Objekt „Haus H.“ zu räumen und an ihn herauszugeben.

Der Beklagte hat das von den Klägern eingeholte Privatgutachten angegriffen. Er hält es für unzutreffend und unverbindlich.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen T.

Mit seinem am 7. November 2006 verkündeten Urteil hat das Landgericht – Einzelrichter – die Klage unter Hinweis darauf, dass sich entsprechend den Feststellungen des Sachverständigen T. der Gebrauchswert des Objekts nicht erhöht, sondern eher reduziert habe, abgewiesen.

Der Kläger zu 1. hat seine Berufung in der mündlichen Verhandlung vom 22. Mai 2007 zurückgenommen.

Der Kläger zu 2. wendet sich gegen das angefochtene Urteil unter Hinweis darauf, dass das Landgericht die streitgegenständliche Klausel in § 3 PV fehlerhaft und unter Verletzung seiner Hinweispflicht ausgelegt habe. Die Veränderung des Lebenshaltungskostenindex stelle lediglich eine Eingangsbedingung für die Pachtzinserhöhung dar. Die Heranziehung der „allgemeinen Lebensverhältnisse“ durch das Landgericht sei fehlerhaft. Nach Ablauf der zwei vertraglich vereinbarten Optionszeiten sei durch einen Sachverständigen eine Neufestsetzung vorzunehmen und keine Anpassung an den ursprünglich vereinbarten Pachtzins. Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht die Investitionen außer Betracht gelassen. Der Aufwand des Beklagten habe bereits durch die Einräumung der zweimaligen Verlängerungsoption abgegolten sein sollen. Nach deren Ablauf zum 31. Mai 2004 hätten vom Kläger zu 2. marktübliche Pachtzinskonditionen verlangt werden dürfen. Marktüblich seien 3500,- € pro Monat. Er habe Interessenten, die bereit seien, einen Pachtzins in dieser Höhe zu bezahlen. Das nach § 317 BGB anzusetzende „billige Ermessen“ bedeute die Festsetzung eines markt- und ortsüblichen Preises. Im Hinblick auf das Auslaufen der zweiten Verlängerungsoption habe deshalb ein Pachtzins für die Zeit bis zum 31. Mai 2004 festgesetzt werden müssen und der marktübliche Pachtzins für den Zeitraum danach. Eine solche Unterscheidung habe das Landgericht fehlerhaft unterlassen. Bestritten werde, dass der Beklagte eine „weitere“ und damit den Pachtvertrag verlängernde Option wirksam ausübt habe.

Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht zudem das Privatgutachten K. nicht anerkannt. Das Verfahren nach § 3 PV greife nur ein, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe einigen könnten, hier fehle aber schon eine Einigung dem Grunde nach. Denn der Beklagte habe jede Pachtzinserhöhung kategorisch abgelehnt. Aus diesem Grund sei seine Beteiligung an der Gutachterstellung auch nicht erforderlich gewesen. Ein Einigungsversuch vor der zuständigen Geschäftsstelle des Verbandes Gaststätten- und Hotelgewerbe (§ 14 PV) sei fakultativ und nicht obligatorisch. Der vom Landgericht hinzugezogene Sachverständige T. sei ebenfalls nicht als Sachverständiger für das Hotel- und Gaststättengewerbe anzusehen, weil seine Zulassung im Laufe des Verfahrens erloschen sei. Die vom Landgericht vorgenommene Unterscheidung zwischen den beiden Gutachten sei deshalb willkürlich. Das Gutachten des Sachverständigen T. sei in mehreren Punkten fehlerhaft. Gleichwohl habe das Landgericht keine Kompetenz zur Festsetzung eines von dem Gutachten abweichenden Pachtzinses gehabt, da die Parteien dies in die Hände eines Sachverständigen gelegt hätten.

Unberücksichtigt gelassen habe das Landgericht auch, dass der Beklagte die Schuld mit Schreiben vom 5. April 2006 in Höhe eines monatlichen Gesamtbetrags von 2076,76 € anerkannt habe.

Der Beklagte hält das angefochtene Urteil für zutreffend und tritt dem Vorbringen der Kläger entgegen.

Aus den Gründen: II. Die – nicht zulassungsbedürftige – Berufung des Klägers zu 2. ist zulässig, hat in der Sache aber kei-

nen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Dem Kläger zu 2. steht kein Anspruch auf Erhöhung des Pachtzinses über den vom Beklagten bisher gezahlten Betrag von 792,50 € netto hinaus zu. Der Beklagte hat wirksam die ihm mit notariellem Vertrag vom 11. September 1992 eingeräumte dritte Option mit seinem Schreiben vom 16. Oktober 2003 ausgeübt, weshalb sich das Pachtverhältnis bis zum 31. Mai 2009 verlängert hat. Da die Voraussetzungen für eine Erhöhung des Pachtzinses gemäß § 3 PV nicht vorliegen, stehen dem Kläger zu 2. die für den Zeitraum von Juli 2003 bis April 2005 verfolgten Zahlungsansprüche (vgl. die Aufstellung in der Berufungsbegründung) nicht zu. Auch ein Anspruch auf Räumung des Objekts ist nicht gegeben.

1. Ein Anspruch des Klägers zu 2. auf erhöhten Pachtzins ist nicht gegeben.

a. Das Pachtverhältnis der Parteien besteht unverändert fort, da der Beklagte mit Schreiben vom 16. Oktober 2003 die dritte Verlängerungsoption wirksam ausgeübt hat. Nach § 2 PV musste die Ausübung dem Verpächter schriftlich 6 Monate vor Beendigung der jeweiligen Pachtzeit mitgeteilt werden, wobei die Zustellung per Einschreiben mit Rückschein erfolgen sollte. Diese Voraussetzungen hat der Beklagte eingehalten.

Der zweite Optionszeitraum endete am 31. Mai 2004, weshalb die Option spätestens am 30. November 2003 zu erfolgen hatte. Dies ist mit dem Schreiben vom 16. Oktober 2003 geschehen.

Sowohl die Schriftform als auch die Zustellungsvoraussetzungen wurden vom Beklagten eingehalten. Zwar hat der Kläger zu 2. in der mündlichen Verhandlung vom 22. Mai 2007 vor dem Senat bestritten, das Schreiben erhalten zu haben. Gleichwohl geht der Senat unter Würdigung der Gesamtumstände gemäß § 286 ZPO davon aus, dass es den Klägern formgerecht zugegangen ist. [...]

b. Eine Erhöhung des Pachtzinses innerhalb des zweiten und dritten Optionszeitraums (Juli 2003 – April 2005) scheidet aus, weil die Voraussetzungen des § 3 PV nicht vorliegen. Zwar hat sich der maßgebende Index des Statistischen Landesamtes NRW seit der letzten Pachtzinsanpassung im Jahr 1995 um mehr als 10 Punkte geändert. Aufgrund allgemeiner Umsatzrückgänge im Gastronomiegewerbe im maßgeblichen Zeitraum, welche nach den Feststellungen des Sachverständigen T. die Einkommensentwicklung vollständig kompensiert haben, liegen die Voraussetzungen für eine Erhöhung jedoch nicht vor.

aa. Soweit sich der Kläger auf das von ihm eingeholte Gutachten des Sachverständigen K. beruft und daraus einen monatlichen Pachtzins in Höhe von 3455,60 € als angemessen herleitet, kann ihm nicht gefolgt werden. Denn dieses Privatgutachten stellt kein für den Beklagten verbindliches Schiedsgutachten i. S.v. § 3 PV dar.

(1) Die Voraussetzungen für das im Schreiben der Kläger vom 18. März 2003 gestellte Neufestsetzungsverlangen (Änderung des Index um mehr als 10 Punkte seit der letzten Änderung) waren zwar unstreitig gegeben. Weil eine Einigung der Parteien über die Höhe des neu zu zahlenden Pachtzinses aber nicht zustande gekommen war, musste das Schiedsgutachten eines Sachverständigen für das Hotel- und Gaststättengewerbe eingeholt werden, und zwar gemäß § 317 Abs. 1 BGB.

Diese vertragliche Abrede der Parteien stellt eine Schiedsgutachtenvereinbarung dar. Hierbei handelt es sich um einen materiell-rechtlichen Feststellungsvertrag, bei dem die Parteien ihren Streit oder ihre Ungewissheit nicht selbst beilegen, sondern damit einen Dritten beauftragen (Münchener Kommentar/Gottwald, BGB, 4. Auflage, § 317 Rn. 39). Für das Vorliegen einer solchen Klausel spricht hier der Verweis auf die §§ 317 ff. BGB. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Parteien mit dieser Vereinbarung gänzlich den ordentlichen Rechtsweg ausschließen und damit ein Schiedsverfahren i. S.v. §§ 1025 ff. ZPO vereinbaren wollten. Dies zeigt schon der Verweis in der Klausel

auf die §§ 317 ff. BGB, mithin auch auf § 319 Abs. 1 BGB, wonach unter den dort bestimmten Voraussetzungen gerichtliche Feststellungen getroffen werden können.

(2) Der Sachverständige K. war jedoch ungeeignet; denn er ist kein Sachverständiger für das Hotel- und Gaststättengewerbe, sondern öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Mietnebenkosten und Betriebskosten für Grundstücke und Gebäude. Er hat somit nicht die Qualifikation, die die Parteien in dem notariellen Pachtvertrag vom 14. Oktober 1988 verbindlich vereinbart haben. Insoweit darf auch auf die zutreffenden Ausführungen des rechtskräftigen Teilurteils des Landgerichts vom 17. August 2004 verwiesen werden.

(3) Entsprechendes gilt für den Umstand, dass der Beklagte an der Einholung dieses Gutachtens nicht beteiligt worden ist. Zwar ist die Gewährung rechtlichen Gehörs im Pachtvertrag nicht ausdrücklich geregelt worden. Ihre Notwendigkeit ergibt sich aber aus dem im Vertrag vorgesehenen Prozedere, wonach der Tätigkeit des Sachverständigen zunächst ein gemeinsames Bemühen der Parteien um eine Einigung vorgeschaltet war. Dieses Zusammenwirken musste, auch wenn es hier nicht erfolgreich war, in der gemeinsamen Beauftragung des Sachverständigen fortgesetzt werden und erforderte deshalb notwendigerweise die Beteiligung beider Parteien. Auch insoweit darf auf die zutreffenden Ausführungen in dem genannten Teilurteil Bezug genommen werden.

Hat ein Schiedsgutachten schwerwiegende Verfahrensmängel, wozu auch die Nichtgewährung rechtlichen Gehörs gehört, ist es unverbindlich (OLG Schleswig, NZM 2000, 338; Palandt/Grüneberg, BGB, 66. Auflage, § 319 Rn. 5 a).

bb. Die somit unverbindliche Bestimmung des angemessenen Pachtzinses ist durch gerichtliche Entscheidung zu ersetzen (§ 319 Abs. 1 S. 2 BGB). Entgegen der von den Klägern in der Berufungsbegründung geäußerten Auffassung erfolgt die Festsetzung durch Urteil und nicht durch Sachverständigen-gutachten. Letzteres stellt allerdings eine Grundlage der Entscheidungsfindung dar.

cc. Entsprechend den zutreffenden Feststellungen des Landgerichts ist davon auszugehen, dass im hier maßgeblichen Zeitraum die Voraussetzungen für eine Erhöhung des Pachtzinses nicht vorliegen.

Dies folgt aus der Auslegung des Pachtvertrages. Er ist auslegungsbefähigt, weil eine eindeutige Benennung der Gesichtspunkte, die bei Bemessung einer Pachtzinsanpassung berücksichtigt werden sollen, fehlt. Auch haben die Vertragsparteien nicht festgelegt, inwieweit bei der Pachtzinsbemessung nach Zeiträumen, nämlich innerhalb und außerhalb des Optionszeitraums, zu unterscheiden ist.

Maßgeblich ist gemäß §§ 133, 157 BGB der wirkliche Wille der Vertragsparteien unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, wobei zunächst vom Wortlaut der Willenserklärung auszugehen ist (st. Rspr., BGH in BGHReport 2006, 4 f.; BGHZ 121, 13 (16); BGH NJW 1995, 1212; NJW 1998, 900). Zu beachten ist weiterhin, dass die Auslegung nach beiden Seiten hin interessengerecht sein muss (BGHZ 137, 69; BGH NJW 2004, 2449 f.; NJW 2000, 2099; NJW 1998, 1481).

(1) Unter Anwendung dieser Grundsätze gelangt der Senat zu dem Ergebnis, dass innerhalb des von der Klage erfassten Zeitraums eine Erhöhung nicht „angemessen“ ist.

(a) Vom Ausgangspunkt her ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass eine Erhöhung nur dann in Betracht kommt, wenn sich der zu schätzende Gebrauchswert der Räumlichkeiten seit der letzten Pachtzinsanpassung aufgrund der allgemeinen Lebensverhältnisse nach oben verändert hat. Diese Voraussetzungen lagen während des hier streitgegenständlichen Zeitraums allerdings nicht vor. Insoweit ist zunächst der ursprünglich vereinbarte Pachtzins maßgebend, er stellt den Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage dar, ob eine maßgebliche Veränderung erfolgt ist.

Dies folgt aus der Würdigung der Vereinbarungen der Parteien zur Pachtzeit und zum Pachtzins. Bei Festlegung des Pachtzeitraums und der Einräumung der Möglichkeit einer dreimaligen Verlängerung wollten die Vertragsparteien die Investitionen des Beklagten angemessen berücksichtigen. Diese sind in § 2 PV ausdrücklich im Zusammenhang mit dem Optionsrecht des Pächters erwähnt. Der Pachtzins war niedrig, im Gegenzug sollte der Beklagte in das Objekt investieren und durch eine längerfristige Nutzung die Möglichkeit bekommen, von seinen Investitionen, die sich zugunsten des Verpächters in dem Objekt auch werterhöhend niederschlugen, zu profitieren. Dies konnte er aber nur, wenn neben der längerfristigen Nutzungsmöglichkeit der Pachtzins in dem gleichen, jedenfalls nicht schlechteren Verhältnis zur Nutzungsmöglichkeit verblieb, wie dies bei Vertragsschluss der Fall war. Denn wäre der Pachtzins auf ein Niveau angehoben worden, welches dem ortsüblichen und angemessenen Marktzins für derartige Objekte entspricht, hätten sich die Investitionen für den Beklagten nicht amortisieren können. Er hätte vielmehr die Pachtzinserrhöhung durch eigene Investitionen mit herbeigeführt. Dass ein solches Ergebnis im hier maßgeblichen Zeitraum nicht interessengerecht wäre, liegt auf der Hand und war von den Vertragsparteien auch nicht gewollt.

(b) Bei der Frage, welche Grundsätze bei der Anpassung des Pachtzinses im Optionszeitraum anzuwenden sind, ist weiterhin zu berücksichtigen, dass es dem Willen der Vertragsparteien entsprach, die Angemessenheit von einem gemäß § 3 Abs. 5 PV qualifizierten Sachverständigen feststellen zu lassen, sofern sie keine Einigung erzielen können. Damit haben sie zum Ausdruck gebracht, dass allein Veränderungen des Lebenshaltungsindex nicht zur Anpassung des Pachtzinses ausreichend sein sollten. Denn ansonsten hätte eine „einfache“ Indexklausel ausgereicht. Die Vertragsparteien wollten eine „angemessene Anpassung an die geänderten Verhältnisse“, wobei die Angemessenheit unter Berücksichtigung der Belange beider Vertragsparteien zu beurteilen war. Einerseits sollten die steigenden Lebenshaltungskosten und damit einhergehend steigende Kosten einfließen, andererseits auch spezifische Besonderheiten des gastronomischen Gewerbes, damit u. a. auch längerfristige Umsatzentwicklungen der Gesamtbranche, Berücksichtigung finden.

(c) Bei der Bemessung des angemessenen Pachtzinses hat der Sachverständige T. jedoch in seinem Gutachten vom 22. April 2005 eine Neufestsetzung vorgenommen und zudem – jedenfalls mittelbar – die Investitionen des Beklagten werterhöhend mit einfließen lassen, weshalb diese Feststellungen für den hier maßgebenden Teil des Optionszeitraums nicht herangezogen werden dürfen und vom Landgericht auch nicht herangezogen worden sind. Eine solche Berücksichtigung entspricht – wie bereits ausgeführt wurde – nicht dem Willen der Vertragsparteien, denn die Investitionen sollten sich gerade nicht pachtzinssteigernd auswirken.

(d) In Zahlen ausgedrückt wird das Verhältnis zwischen dem vereinbarten Pachtzins und der vom Beklagten verauslagten Investitionssumme deutlicher: Der Beklagte hat nach Vertragsschluss im Jahr 1988 unstreitig ca. 200 000,- DM in das Objekt investiert. Umgerechnet auf den „geschützten Optionszeitraum“ von 20 Jahren bedeutet dies (zunächst ohne Zins- und Zinszinseffekte) einen durchschnittlichen jährlichen Investitionsbetrag von 10 000 DM, was einem monatlichen Betrag von 833,33 DM (= 426,75 €) entspricht. Zuzüglich des derzeit gezahlten Pachtzinses von 792,50 € errechnen sich mithin 1 219,25 €.

Unter Berücksichtigung einer Verzinsung von – zurückhaltend gerechnet – 3,5% (Anlagerendite) entspricht der Betrag von 200 000,- DM = 102,258,37 € einem Endkapital von 203 472,57 € und damit einer jährlichen Investition (: 20 Jahre) von 10 173,63 €, was monatlich 847,80 € entspricht. Addiert man diesen Betrag zu dem gezahlten Pachtzins von 792,50 €, so errechnen sich 1 640,30 € und damit ein höherer als der vom Sachverständigen T. zunächst als angemessen ermittelter Pachtzins (1 557,55 € pro Monat netto).

Legt man eine Verzinsung von 4% zugrunde, so errechnen sich 224 060,68 € und damit eine jährliche Investition (: 20 Jahre) von 11 203,03 €, was monatlich 933,59 € entspricht. Addiert man diesen Betrag zu dem gezahlten Pachtzins (792,50 €), so errechnen sich 1726,09 € (die Zinsberechnungen wurden mit Hilfe der Website www.Zinsen-berechnen.de unter Verwendung des Zinsrechners für eine einmalige Geldanlage erstellt).

Diese Berechnungen zeigen, dass die Parteien bereits bei Vertragsschluss den Pachtzins unter Berücksichtigung des vom Beklagten zu leistenden Investitionsaufwands als angemessenen Ausgangsbetrag erachteten, weshalb sie dessen Erhöhung mit der Möglichkeit einer Ertragssteigerung des Pachtobjekts aufgrund der spezifischen wirtschaftlichen Verhältnisse im Gastronomiegewerbe verknüpften. Das zu Beginn des Pachtverhältnisses gefundene „Preis-Leistungs-Verhältnis“ sollte gewahrt werden. Die Möglichkeit zur Erzielung höherer Einnahmen bestand für den Beklagten im streitgegenständlichen Zeitraum jedoch nicht, wie der Sachverständige T. in seinem Ergänzungsgutachten vom 22. Februar 2006 nachvollziehbar festgestellt hat.

Das Landgericht hat somit zu Recht für die Ermittlung eines angemessenen Pachtzinses auf die vom Sachverständigen T. im Rahmen seiner Anhörung vom 22. September 2006 unter Bezugnahme auf sein „Arbeitspapier“ getroffenen Feststellungen zurückgegriffen. Dem schließt sich der Senat an. Dort hat der Sachverständige ausgeführt, dass der zugrunde zu legende Index im maßgeblichen Zeitraum um 11,5% (in NRW) und um 12,4% (im Bundesdurchschnitt) angestiegen sei, dem aber Umsatzrückgänge aufgrund verminderter Ausgabefreudigkeit von mindestens 10,7% (gehobene Restaurantbetriebe) bzw. 12,5% (einfache Restaurantbetriebe) entgegenstünden. Da der Sachverständige als Betriebsdefinition für das Pachtobjekt zutreffend eine Einstufung in eine mittlere Position vorgenommen hat, errechnet sich ein mittlerer Wert von 11,6% (10,7+12,5 : 2) und damit gegenüber der Indexerhöhung in NRW keine Erhöhung, sondern eine Stagnation.

Zwar hat der Sachverständige nicht näher ausgeführt, welchen Index er bei seinen Berechnungen zugrunde gelegt hat. Der von den Vertragsparteien des notariellen Pachtvertrages vorgesehene Index für einen 4 Personen-Arbeitnehmerhaushalt mit mittlerem Einkommen wird ab 2003 nicht mehr ermittelt, weshalb für das Jahr 2003 keine Daten mehr zur Verfügung stehen und vom Sachverständigen folglich auch nicht herangezogen werden konnten. Anstelle dieses Indexes wird statt dessen ein Verbraucherpreisindex für private Haushalte ermittelt (vgl. http://www.ihk-nordwestfalen.de/volkswirtschaft_statistik/verbraucher-preis-index_deutschland.cfm), den der Sachverständige – ohne ihn ausdrücklich zu nennen – herangezogen hat. Dies lässt sich den von ihm zugrunde gelegten Zahlen entnehmen: Der genannte Verbraucherindex für das Land Nordrhein-Westfalen betrug im Jahr 1995 100 Punkte und im Juni 2003 111,5 Punkte (vgl. http://www.lids.nrw.de/statistik/datenangebot/daten/m/r323preisindex_aph.html).

(2) Soweit die Kläger sich nunmehr im Berufungsrechtszug erstmals gegen die Person des Sachverständigen T. wenden, ist ihnen nicht zu folgen. Er hat gegenüber dem Gutachter K. die speziellere und von den Vertragsparteien gewünschte Qualifikation (s. o.). Des Weiteren waren auch die Kläger damit einverstanden, den Sachverständigen T. mit der Fortsetzung der Begutachtung zu betrauen, obwohl seine Bestellung als öffentlich vereidigter Sachverständiger zum 31. Dezember 2005 aus Altersgründen ausgelaufen war. Die Parteien waren mit Beschluss des Landgerichts vom 14. Dezember 2005 auf diesen Umstand hingewiesen worden. Die Kläger haben gegen die weitere Tätigkeit des Sachverständigen keine Einwände erhoben, sondern vielmehr die Fortsetzung von dessen Tätigkeit durch die Einzahlung eines weiteren Vorschusses am 9. Januar 2006 mit ermöglicht. Damit sind ihnen Einwendungen gegen die Person des Sachverständigen, soweit diese auf der Beendigung der öffentlichen Bestellung beruhen, abgeschnitten (§ 242 BGB).

(3) Aus der Erklärung des Beklagten im Schreiben vom 5. April 2006, er zahle ab Mai 2005 eine neue Pacht von 1557,55 € netto, vermag der Kläger nichts für sich herzuleiten. Ein konstitutives Schuldanerkenntnis scheidet schon deshalb aus, weil der Beklagte nicht neben dem bestehenden Schuldgrund (der Verpflichtung zur Zahlung von Pachtzins) eine neue, selbständige Verpflichtung schaffen wollte (vgl. insoweit auch Palandt/Sprau, BGB, 66. Auflage Rn. 2).

In Betracht käme somit ohnehin nur ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis, bei welchem es sich aber um einen Schuldbestätigungsvertrag handelt. Das unter dem Druck des Rechtsstreits entstandene Schreiben des Beklagten vom 5. April 2006 umfasst zwar ein entsprechendes Angebot an den Kläger zum Abschluss eines solchen Vertrages. Dieses hat der Kläger jedoch nicht angenommen, sondern mit Schriftsatz vom 20. September 2006 die Klage erweitert und seinen Forderungen erneut den vom Sachverständigen K. ermittelten Betrag von 3455,69 € zugrunde gelegt. Damit hat er das Angebot des Beklagten abgelehnt (§ 150 Abs. 2 BGB). Das gleichzeitig in dieser Erklärung liegende neue Angebot auf Abänderung des Pachtzinses hat der Beklagte indes nicht angenommen.

2. Dem Kläger zu 2. steht auch kein Anspruch auf Herausgabe des Pachtobjekts gegen den Beklagten zu.

a. Wie bereits oben ausgeführt wurde hat sich der Pachtvertrag aufgrund der vom Beklagten wirksam ausgeübten dritten Option bis zum 31. Mai 2009 verlängert. Eine Beendigung des Pachtverhältnisses durch Zeitablauf ist somit nicht eingetreten.

b. Da sich der Beklagte (jedenfalls zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigungen, zuletzt die vom 15. März 2006), mit der Bezahlung des Mietzinses nicht in Verzug befand, liegen auch die Voraussetzungen des § 581 Abs. 2 i.V.m. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht vor.

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Umstand, dass der Beklagte unstreitig ab November 2006 keinen Pachtzins mehr zahlt, sondern im Schreiben vom 15. November 2006 die Aufrechnung im Hinblick auf die im Laufe des Rechtsstreits gezahlten 9761,95 € erklärt hat. Ob diesbezüglich die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 S. 3 BGB vorliegen, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn die vom Kläger zu 2. / den Klägern erklärten außerordentlichen Kündigungen lagen vor diesem Zeitraum (s.o.).

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§§ 581, 339, 307 BGB
Pacht; Gaststätte; Vertragsstrafe;
Getränkebezugsverpflichtung; unwirksame Klausel zu
überhöhter Vertragsstrafe; Sicherungszweck

Die Klausel in einem Gaststätten-Pachtvertrag, nach der bei jeder Zuwiderhandlung gegen eine Getränkebezugsverpflichtung eine Vertragsstrafe in Höhe von 2500,00 EUR verwirkt sei, ist unwirksam.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. 6. 2007 – I-24 U 207/06)

Aus den Gründen: Die Berufung der Klägerin hat keine Aussicht auf Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht [Duisburg] die Klage hinsichtlich der mit der Berufung noch verfolgten Teilbeträge von 4000,00 € (Vertragsstrafe) und 240,00 € (Nutzungsentschädigung ab 7. 4. 2006) – jeweils nebst Zinsen – abgewiesen. Das Berufungsvorbringen ist nicht geeignet, eine für den Beklagten günstigere Entscheidung zu rechtfertigen.

1. Ein über den zuerkannten Betrag von 1000,00 € für die Verwirkung der in § 9 Abs. 4 des Pachtvertrages (im folgenden: PV) vereinbarten Vertragsstrafe in zwei Fällen – 500,00 € je Verstoß – hinausgehender Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe steht der Klägerin nicht zu. Denn das Vertragsstrafversprechen ist gemäß § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Aber auch im Falle der Wirksamkeit des Strafversprechens

wäre die Herabsetzung der vereinbarten Strafe gemäß § 343 BGB Abs.1 BGB von vereinbarten 2500,00 € je Verstoß auf 500,00 €, wie sie das Landgericht vorgenommen hat, im Ergebnis nicht zu beanstanden.

a) Nach § 307 Abs.1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine solch unangemessene Benachteiligung liegt hier vor, weil die für jeden Fall jeder Zuwiderhandlung gegen die Getränkebezugsverpflichtung ausbedungene Vertragsstrafe mit 2500,00 € auch unter Berücksichtigung ihres Sicherungszwecks unverhältnismäßig hoch ist.

aa) Die Vertragsstrafeklausel in § 9 Abs.4 PV ist Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne der §§ 305 ff. BGB. Die Klägerin ist diesem Vortrag des Beklagten (bereits in der Einspruchsbegründung vom 23. 2. 2006) nicht entgegengetreten. Die Absicht mehrfacher Verwendung der Klausel zeigt sich überdies darin, dass sowohl die Getränkebezugsverpflichtung in § 9 Abs. 3 PV wie auch das genannte Strafversprechen gleichlautend – bis auf den geringfügig angepassten Betrag des Strafversprechens – bereits im Pachtvertrag mit der Vorpächterin vereinbart waren.

bb) Der Gesetzgeber hat die Vertragsstrafe mit einer doppelten Zielrichtung geschaffen. Zum einen soll sie als Druckmittel den Schuldner zur ordnungsgemäßen Erbringung der versprochenen Leistung anhalten. Zum anderen eröffnet sie dem Gläubiger im Verletzungsfall die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung ohne Einzelnachweis (BGH NJW 1998, 2600; BGHZ 85, 305, 312). Unangemessen ist die Höhe einer vertragsmäßig ausbedungenen Vertragsstrafe auch im Hinblick auf diese doppelte Zielrichtung allerdings dann, wenn die Sanktion außer Verhältnis zum Gewicht des Vertragsverstoßes und zu dessen Folgen für den Vertragspartner steht (BGH NJW 1997, 3233; NJW 1994, 1060). Dies ist u. a. dann der Fall, wenn die Höhe der Vertragsstrafe nicht an das Gewicht des Vertragsverstoßes anknüpft, sich mit fortschreitender Dauer des vertragswidrigen Zustandes kontinuierlich steigert und weder eine zeitliche noch eine summenmäßige Beschränkung vorgesehen ist. Dann liegt die unangemessene Benachteiligung des Vertragsstrafenschuldners vor allem in der Gefahr, dass die ständig wachsende Vertragsstrafe seine eigenen Vertragsansprüche aufzehren, außer Verhältnis zum möglichen Schaden des Vertragsstrafengläubigers geraten und diesem sogar eine von seinem Sachinteresse nicht mehr gedeckte Geldquelle eröffnen kann.

Die hier gegebene Situation ist dem durchaus vergleichbar:

Nach § 9 Abs. 4 PV ist die Vertragsstrafe bei „jeder Zuwiderhandlung“ gegen die „Absatzverpflichtung“ in Höhe von 2500,00 € verwirkt. Völlig unabhängig von der Größenordnung, in der Getränke von einem Drittlieferanten bezogen worden sind, wird auf diese Weise für jeden Einzelfall des Bezugs sogleich ein Betrag von 2500 € fällig. Selbst minimalste Getränkemengen sind vom Wortlaut der Geschäftsbedingung erfasst. Überdies tritt im Falle wiederholten Getränkebezugs von Drittlieferanten ein Summierungseffekt ein, der zum Umfang und der wirtschaftlichen Bedeutung des Pachtverhältnisses völlig außer Verhältnis steht. Ausgehend vom Vortrag der Klägerin, ohne Berücksichtigung der Getränkebezugsverpflichtung sei ein Pachtzins von rund 486 € monatlich angemessen, wird bei jeglichem Verstoß gegen die Bezugsverpflichtung zusätzlich zum laufenden Pachtzins ein Betrag fällig, der das Fünffache des Betrages der für angemessen gehaltenen Monatspacht übersteigt. Zwar ist dem Beklagten mit der Vereinbarung eines Pachtzinses von nur 150 € gerade wegen der Bezugsverpflichtung ein Rabatt von etwas über 300 € eingeräumt worden. Die Vertragsstrafe steht aber auch hierzu in keinem vernünftigen Verhältnis, da mit jeder Zuwiderhandlung neben dem vereinbarten Pachtzins sogleich rund 750% des dem Beklagten eingeräumten Monatsrabatts fällig werden.

Ebenso steht die Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe zu dem Interesse der Klägerin, die Rückzahlung des von ihr bei dem

Getränkeliieferanten aufgenommenen Darlehns zu sichern, außer Verhältnis. Dieses Darlehn valutiert nach dem Vortrag der Klägerin zum Zeitpunkt der dem Beklagten vorgeworfenen Zuwiderhandlungen gegen die Bezugsverpflichtungen (18.11. und 2.12.2005) mit ca. 10000,00 €. Bereits bei nur 5 Einzelfällen des Getränkebezugs von Drittlieferanten hätte der Beklagte in der Summe einen das Restdarlehn übersteigenden Betrag auf die Vertragsstrafe zu zahlen. Die weitere Rückführung des Darlehns, zu welchem Zwecke die Bezugsverpflichtung nun gerade vereinbart worden ist, würde das Sicherungsinteresse der Klägerin fortlaufend verringern, während die Vertragsstrafe mit 2500,00 € unverändert bliebe. Hieraus ergibt sich die nicht nur theoretische Möglichkeit, dass die Höhe der Vertragsstrafe den etwaigen Schaden der Klägerin deutlich übersteigt und ihr damit zu sachlich nicht gerechtfertigten Einnahmen verhilft.

Schließlich wird die Vertragsstrafe nach der zu beanstandenden Klausel ohne Verschulden des Pächters fällig („für jeden Fall der Zuwiderhandlung“). Das ist eine unangemessene Abweichung von dem Grundgedanken, dass sich die mit der Vertragsstrafe verbundenen großen Nachteile nur bei Verschulden des Pflichtigen vertreten lassen (vgl. BGH NJW 1985, 56). Dies kommt in § 339 BGB deutlich zum Ausdruck (vgl. OLG Nürnberg U. v. 25. 2. 1992 – 11 U 2744/91 bei Juris und MDR 2002, 629 [= GuT 2002, 144]).

Wegen der somit aus § 307 Abs.1 BGB folgenden Unwirksamkeit der Vertragsstrafenklausel steht der Klägerin ein Zahlungsanspruch gegen den Beklagten von (weiteren) 2×2000,00 € nicht zu.

b) Aus vorstehenden Gründen wäre im Falle der Wirksamkeit der Vertragsstrafenklausel jedenfalls die Herabsetzung der verwirkten Strafen gem. § 343 Abs.1 BGB auf – wie vom Landgericht erkannt – jeweils 500,00 € gerechtfertigt. Für die nach dieser Norm vorzunehmende Angemessenheitsprüfung ist es ohne Belang, ob der Beklagte noch in weiteren Fällen gegen die Verpflichtung aus § 9 Abs. 3 PV verstoßen hat. Denn Gegenstand des Rechtsstreits sind lediglich die konkret benannten Verstöße vom 18.11.2005 und vom 2.12.2005. Es mag sein, dass der Beklagte noch an anderen Tagen Getränke von Drittlieferanten bezogen hat. Die sich hieraus möglicherweise ergebenden Ansprüche aus § 9 Abs.4 PV auf Zahlung weiterer Vertragsstrafen sind aber mit der Klage nicht geltend gemacht. Denn der Klägerin stand für den Monat April 2006 ein anderer, zuvor am Einzug gehinderter Interessent nicht zur Verfügung.

2. Die Berufung hat auch hinsichtlich der von der Klägerin für die Zeit nach Auszug des Beklagten verlangte Nutzungsentschädigung (§ 546 a BGB) keine Aussicht auf Erfolg. Denn die Vorenthaltung im Sinne dieser Vorschrift endet mit dem konkreten Tag des Auszugs, nicht mit dem nachfolgenden Monatsende (BGH NZM 2006, 52 [= GuT 2006, 30]; OLG Rostock NJW-RR 2002, 1712; KG Grundeigentum 2003, 253; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rn. 1035 m.w. N.). Ein Verzugschaden ist nicht konkret geltend gemacht.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

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!

§§ 536, 305, 307 BGB
Gewerberaummieta;
formulärmäßige Beschränkung der Mietminderung;
Auslegung der Klausel;
unangemessene Benachteiligung; Büroräume

Eine vom Vermieter verwendete formulärmäßige Klausel, wonach der Mieter von Gewerberaum gegenüber den Ansprüchen des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses kein Minderungsrecht wegen Mängeln der Mietsache geltend machen kann, es sei denn, der Vermieter hat die Mängel vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten, ist im Zweifel dahin auszulegen, dass sie die Minderung wegen sonstiger Mängel vollständig ausschließt und dem Mieter auch nicht die Möglichkeit der Rückforderung der Miete nach § 812 BGB verbleibt.

Eine solche Klausel benachteiligt den Mieter unangemessen und ist deswegen unwirksam.

(BGH, Urteil vom 12. 3. 2008 – XII ZR 147/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin fordert von den Beklagten rückständige Mieten für Büro- und Kellerräume. Die Beklagten berufen sich darauf, dass der Mietzins um die Hälfte gemindert sei. Die Beklagte zu 1 rechnet mit einem behaupteten Rückgewähranspruch wegen zuvor zuviel bezahlter Miete gegen die andere Hälfte auf und verlangt hilfsweise widerklagend für den Fall, dass die Aufrechnung ausgeschlossen sei, die Rückzahlung der angeblich zuviel gezahlten Miete.

2 Die Beklagte zu 1 mietete mit Verträgen vom 24. August 1999 von der Klägerin Büroräume in München zu einem monatlichen Mietzins von 4036,74 € fest auf zehn Jahre sowie im selben Gebäude einen Kellerraum befristet auf ein Jahr mit einer Verlängerungsklausel zu einem monatlichen Mietzins von 526,94 €. Der Beklagte zu 2, der Geschäftsführer der Beklagten zu 1 ist, hat die Mithaftung für die Miete der Büroräume übernommen.

3 Der Mietvertrag bezüglich der Büroräume enthält u. a. folgende Allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin:

„§ 7 Aufrechnung, Minderung, Mängel der Mietsache

1. Der Mieter kann gegenüber dem Mietzinsanspruch und anderen Forderungen der Vermieterin aus diesem Vertrag nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen aufrechnen bzw. ein Rückbehaltsrecht ausüben.

2. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Mieter wegen eines Mangels der Mietsache oder wegen Verzugs der Vermieterin mit der Beseitigung eines Mangels ist ausgeschlossen, sofern die Vermieterin den Mangel bzw. den Vollzug mit der Mängelbeseitigung nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten hat.

3. Der Mieter kann gegenüber den Ansprüchen der Vermieterin auf Zahlung des Mietzinses und der Nebenkosten kein Minderungsrecht wegen Mängeln der Mietsache geltend machen, es sei denn, die Vermieterin hat die Mängel vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten. Dies gilt auch für Störungen des Mietgebrauchs durch Einwirkungen von außen.

...

§ 9 Instandhaltung, Instandsetzung, Schönheitsreparaturen, Schäden

1. Der Mieter ist verpflichtet, die laufende Instandhaltung und Instandsetzung im Inneren der von ihm genutzten Mieträume auf eigene Kosten durchzuführen. ... Die Reparatur- und Instandsetzungspflicht für Schäden, die der Mieter nicht zu vertreten hat, wird auf einen jährlichen Höchstbetrag von 10 % einer Jahresmiete (einschließlich Mehrwertsteuer) begrenzt.

2. Die laufenden Schönheitsreparaturen hat der Mieter während der Mietzeit spätestens alle fünf Jahre auf eigene Kosten fachgerecht vorzunehmen. ...“

4 Die Geschäftsräume haben keine Fenster. Mit Schreiben vom 30. September 2000 rügte die Beklagte zu 1 bei der Klägerin unter Bezugnahme auf mündliche Beanstandungen die Funktionsfähigkeit der Klimaanlage. Gleichzeitig wurde die Klägerin aufgefordert, die Anlage in einen einwandfreien Zustand bringen zu lassen. Mit Schreiben vom 3. April 2002 wies die Beklagte zu 1 unter Bezugnahme auf das Schreiben vom 30. September 2000 auf die mangelhafte Lüftungsanlage hin und forderte die Klägerin auf, bis zum 15. April 2002 mitzuteilen, wann sie etwas unternehmen werde.

5 Bis einschließlich April 2003 (45 Monate) wurde der Mietzins vollständig (teilweise durch Aufrechnung) und vorbehaltlos erbracht. Seit Mai 2003 zahlt die Beklagte weder für die Geschäfts- noch die Kellerräume Miete.

6 Die Klägerin hat zunächst gegen die Beklagte zu 1 die monatliche Miete für beide Räume von Mai 2003 bis Juli 2003 in Höhe von insgesamt 13 691,05 € zuzüglich Zinsen und Kosten im Mahnverfahren geltend gemacht. Nach Einspruch der Beklagten zu 1 gegen den Vollstreckungsbescheid hat sie die Klage um die ausstehende Miete bis einschließlich Juni 2004 in Höhe von 41 096,99 € erweitert und außerdem den Beklagten zu 2 hinsichtlich der Büroraummieta (47 517,56 € nebst Zinsen) mit verklagt.

7 Die Beklagten machen im Wesentlichen geltend, der Mietzins sei von Anfang an um 50% gemindert gewesen, weil die Belüftungsanlage mangelhaft sei. Soweit vor Mai 2003 der volle Mietzins gezahlt worden sei, habe die Beklagte zu 1 einen Rückgewähranspruch in Höhe der Hälfte des vereinbarten Mietzinses. Mit diesem Rückgewähranspruch werde gegen den ab Mai 2003 bestehenden geminderten Mietzinsanspruch der Klägerin aufgerechnet. Für den Fall, dass die Aufrechnung nach § 7 des Mietvertrages unzulässig sei, hat die Beklagte zu 1 hilfsweise Widerklage erhoben und in erster Instanz beantragt, die Klägerin zur Zahlung von 12 000 € zu verurteilen.

8 Das Landgericht München I hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Abgesehen davon, dass nach der Beweisaufnahme davon ausgegangen werden könne, dass kein Mangel vorliege, sei ein etwaiges Mietminderungsrecht der Beklagten zu 1 verwirkt. Denn diese habe den Mietzins vorbehaltlos über einen Zeitraum von 45 Monaten ungekürzt beglichen. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen wenden sich die Beklagten mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision.

9 **Aus den Gründen:** Die Revision ist zulässig. Die Revisionsanträge sind Teil der Revisionsbegründung (§ 551 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Die Beklagten haben in zulässiger Weise auf die in der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde enthaltenen Anträge Bezug genommen (vgl. BGH Beschluss vom 10. Dezember 2007 – III ZB [ZR] 27/06 – NJW 2008, 588 [= GuT 2008, 56 KL]).

10 Die Revision der Beklagten hat auch Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

11 I. Das Oberlandesgericht [München] hat ausgeführt, die Beklagte zu 1 habe dadurch, dass sie seit August 1999 bis zum Beginn der Zahlungseinstellung 45 Monate lang den vollen Mietzins entrichtet habe, ein etwaiges Minderungsrecht auch für den strittigen Zeitraum (Mai 2003 bis Juni 2004) verwirkt. Die Klausel in § 7 Abs. 3 des Mietvertrages, wonach der Mieter nur mindern könne, wenn der Vermieter den Mangel vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten habe, sei auch als Allgemeine Geschäftsbedingung der Klägerin wirksam. Ein solcher Haftungsausschluss sei schon gegenüber einem Verbraucher unbedenklich, wie sich aus § 309 Nr. 7 b, 8 b BGB ergebe. Die Klausel sei daher erst recht im kaufmännischen Verkehr gegenüber der Beklagten zu 1 wirksam. Hinzu komme, dass die Beklagte zu 1 durch das mehrjährige beanstandungslose Begleichen des vollen Mietzinses eine für die Verwirkung ausreichende Vertrauensgrundlage geschaffen habe. Die Beklagten

hätten nicht vorgetragen, dass die Beklagte zu 1 über die Möglichkeit der Mietminderung nachgedacht, sich aber durch die AGB der Klägerin daran gehindert gesehen habe. Erst recht hätten sie nicht vorgetragen, dass sie einen solchen Gedankenablauf der Klägerin mitgeteilt hätten. Auch habe die Beklagte zu 1 nie ernsthaft versucht, hinsichtlich des behaupteten Mangels einen der vielfältigen nicht auf Minderung beschränkten Ansprüche des Mieters anzumelden – etwa auf Beseitigung zu klagen, außerordentlich zu kündigen oder eine solche Kündigung anzudrohen. Sie habe insbesondere nie eine Frist zur Beseitigung gesetzt und damit auch nie die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass die Vermieterin grob fahrlässig oder vorsätzlich im Sinne der die Mietminderungsmöglichkeit einschränkenden AGB-Klausel gehandelt hätte. Der Beklagten zu 1 stehe auch kein Anspruch auf Erstattung aus Überzahlungen zu, die zwischen Beginn des Mietverhältnisses und Einstellung der Zahlung erfolgt sein sollen. Auch für diese Zeit sei ein Minderungsanspruch verwirkt. Im Übrigen scheitere die Rückforderung an § 814 BGB. Über die Eventualwiderklage auf Rückzahlung zuviel gezahlter Miete sei in der Berufungsinstanz nicht zu entscheiden.

12 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

13 1. Ohne Erfolg macht die Revision allerdings geltend, die Klage sei bereits nach § 320 BGB unbegründet. Zwar stehen dem Mieter, wenn die Mietsache mangelhaft ist – was hier im Revisionsverfahren zu Gunsten der Beklagten zu unterstellen ist – nicht nur die mietvertraglichen Gewährleistungsansprüche zu. Vielmehr kann er gegenüber dem Anspruch des Vermieters auf Miete auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB erheben (Senatsurteil vom 18. April 2007 – XII ZR 139/05 – NZM 2007, 484 [= GuT 2007, 208] m.w.N.). Doch haben die Beklagten diese Einrede vor den Instanzgerichten nicht geltend gemacht. Zwar brauchten sie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht ausdrücklich zu erheben. Erforderlich ist aber, dass der Wille, die eigene Leistung im Hinblick auf das Ausbleiben der Gegenleistung zurückzuhalten, eindeutig erkennbar ist (BGH Urteile vom 7. Oktober 1998 – VIII ZR 100/97 – NJW 1999, 53 und vom 7. Juni 2006 – VIII ZR 209/05 – NJW 2006, 2839, 2842). Daran fehlt es hier. Denn die Beklagten berufen sich ausschließlich darauf, dass die eingeklagte Mietzinsforderung zur einen Hälfte aufgrund der Minderung und zur anderen Hälfte aufgrund der Aufrechnung mit Mietrückgewähransprüchen nicht geschuldet bzw. erloschen sei.

14 2. Unwirksam ist jedoch, wie die Revision zu Recht geltend macht, die Klausel in § 7 Abs. 3 des Mietvertrages, wonach der Mieter kein Mietminderungsrecht wegen Mängeln der Mietsache geltend machen kann, es sei denn, die Vermieterin habe die Mängel vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten.

15 a) Es ist aber unklar, ob die Klausel dahingehend auszulegen ist, dass der Mieter bei einem Mangel, den der Vermieter nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich zu vertreten hat, umfassend mit seinem Minderungsrecht ausgeschlossen ist oder ob die Minderung zwar nicht durch sofortigen Abzug von der laufenden Miete vorgenommen werden kann, dem Mieter aber das Recht verbleibt, den Minderungsbetrag gesondert nach § 812 BGB verlangen zu können. Zwar hat der Bundesgerichtshof eine Klausel, wonach der Mieter gegenüber dem Mietzins und den Nebenkosten nicht aufrechnen und auch kein Minderungs- oder Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann, für eindeutig in dem Sinne angesehen, dass das Minderungsrecht nicht umfassend, sondern nur dessen Verwirklichung durch Abzug vom geschuldeten Mietzins ausgeschlossen werde. Der Mieter werde insoweit auf einen Bereicherungsanspruch verwiesen (BGHZ 91, 375, 383). Ebenso hat er eine Klausel für eindeutig angesehen, nach der der Pächter auf das Recht zur Aufrechnung, Minderung (Herabsetzung des Pachtzinses) verzichtet, soweit dies gesetzlich zulässig ist und soweit nicht mit rechtskräftig festgesetzten Forderungen die vorgenannten Rechte geltend gemacht werden (Senatsurteil vom 27. Januar 1993 – XII ZR 141/91 – NJW-RR 1993, 519). Auch nach dieser Klausel wer-

de das Minderungsrecht zwar nicht durch Abzug vom Pachtzins verwirklicht, doch bleibe dem Pächter unbenommen, eine gesonderte Klage aufgrund von § 812 BGB zu erheben.

16 So liegt der Fall hier jedoch nicht. Zwar kann die vorliegende Klausel auch in dem Sinne ausgelegt werden, dass dem Mieter ein Bereicherungsanspruch verbleibe. Eine Gesamtschau der vom Vermieter gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen legt jedoch nahe, dass ein vollständiger Ausschluss des Minderungsrechts des Mieters vorliegt. Denn wie sich aus § 7 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergibt, sind jedwede Schadensersatzansprüche des Mieters wegen eines Mangels der Mietsache oder wegen Verzugs der Vermieterin mit der Beseitigung eines Mangels ausgeschlossen, sofern die Vermieterin den Mangel bzw. den Vollzug mit der Mängelbeseitigung nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten hat. Mit Blick hierauf spricht viel dafür, dass in der folgenden Klausel über das Minderungsrecht des Mieters ebenfalls ein umfassender Ausschluss gewollt war.

17 Infolge dieser Unklarheit ist § 305 c Abs. 2 BGB anzuwenden, wonach Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders – hier der Klägerin – gehen. Die Klausel ist somit dahin zu verstehen, dass sie die Minderung vollständig ausschließt und dem Mieter auch nicht die Möglichkeit der Rückforderung nach § 812 BGB verbleibt, wobei zu prüfen ist, ob diese (scheinbar) kundenfeindlichste Auslegung einer Inhaltskontrolle standhält (vgl. Palandt/Heinrichs BGB 67. Aufl. § 305 Rdn. 20).

18 b) Die Instanzgerichte vertreten weitgehend die Auffassung, der vollständige Ausschluss der Minderung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen benachteilige den Mieter unangemessen und sei unwirksam. Kardinalpflichten, zu denen auch die Pflicht des Vermieters gehöre, dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, dürfen nur ausgeschlossen werden, wenn davon vertragsuntypische und nicht vorhersehbare Schäden erfasst würden. Ein formularmäßiger Ausschluss der Gewährleistung sei nur wirksam, wenn dem Mieter andere Möglichkeiten verbleiben, das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung wieder herzustellen (vgl. KG GE 2008, 52, 53 [= GuT 2007, 436]; OLG München ZMR 1987, 16; LG Hamburg NZM 2004, 948 [= WuM 2006, 601 = GuT 2004, 238 KL], weitergehend OLG Naumburg NZM 2000, 1183 [= WuM 2000, 241]).

19 Auch die Literatur ist vorwiegend der Ansicht, dass ein absoluter Ausschluss der Mietminderung inklusive etwaiger Rückerstattungsansprüche den Mieter unangemessen im Sinne von § 307 BGB benachteilige und deswegen unwirksam sei (Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rdn. 363; Emmerich in Emmerich/Sonnenschein Miete 9. Aufl. § 536 BGB Rdn. 41 Herrlein/Kandelhard Mietrecht 3. Aufl. § 536 BGB Rdn. 63; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete Kap. 14 Rdn. 305; Fritz Gewerberaummietrecht 4. Aufl. Rdn. 171 b; Schmidt/Futterer/Eisenschmidt Mietrecht 9. Aufl. § 536 BGB Rdn. 426 ff.; Kraemer in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. III Rdn. 1373; Bub in Bub/Treier Kap. II Rdn. 519; a.A.: Erman/Jendrek BGB 11. Aufl. § 536 BGB Rdn. 31).

20 Dies gilt nach Ansicht des Senates auch für die vorliegende Klausel, wonach das Minderungsrecht des Mieters vollständig ausgeschlossen ist, es sei denn, der Vermieter hat den Mangel grob fahrlässig oder vorsätzlich zu vertreten. Die Klausel verstößt gegen das Äquivalenzprinzip und benachteiligt den gewerblichen Mieter unangemessen: Dieser hätte nach der Klausel den vollen Mietzins zu zahlen, obwohl ihm der Vermieter den Mietgebrauch nicht vertragsgemäß gewährt und sich wegen des Mangels die nach § 535 Abs. 2 BGB geschuldete Miete nach § 536 BGB automatisch mindert. In diesem Falle wäre das Austauschverhältnis empfindlich gestört. Dies widerspräche nicht nur dem Äquivalenzprinzip, sondern bewirkte auch eine unangemessene Risikoverlagerung zu Ungunsten des Mieters (vgl. Stornel Gedächtnisschrift für Sonnenschein, 293, 298).

21 3. Die Revision macht zu Recht geltend, dass unter diesen Voraussetzungen, sollte die Klimaanlage fehlerhaft sein, die Beklagte zu 1 ihr Minderungsrecht nicht verwirkt hätte.

22 Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre, und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (BGHZ 88 [84], 280, 281; Senatsurteil vom 18. Oktober 2006 – XII ZR 33/04 – NZM 2006, 929 [= GuT 2006, 312]). Die Verwirkung ist ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung aufgrund widersprüchlichen Verhaltens. Der Verstoß gegen Treu und Glauben besteht in der Illoyalität der verspäteten Geltendmachung des Anspruchs.

23 Hiervon kann jedoch im vorliegenden Fall nicht die Rede sein. Zwar hat die Beklagte zu 1 die Miete über 40 Monate vorbehaltlos bezahlt. Auch ist entsprechend den Ausführungen des Oberlandesgerichts davon auszugehen, dass die Beklagte zu 1 nicht vorgetragen hat, über die Möglichkeit der Mietminderung nachgedacht zu haben, hiervon aber wegen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Mietvertrag abgerückt zu sein. Die Revision rügt vergeblich, dass diese Ausführungen des Berufungsgerichts verfahrensfehlerhaft seien, weil die Beklagte zu 1 bereits in der Klageerwiderung und später auch in der Berufungsbegründung vorgetragen habe, dass sie sich im Hinblick auf § 7 Abs. 3 des Mietvertrages an einer Minderung zunächst gehindert gesehen habe. Denn nach §§ 559, 314 ZPO kann mit einer Verfahrensrüge nicht geltend gemacht werden, das Berufungsurteil gebe das Parteivorbringen unrichtig wieder. Vielmehr verbleibt den Parteien in diesem Fall nur der Antrag nach § 320 ZPO auf Tatbestandsberichtigung (BGH Urteil vom 8. Januar 2007 – II ZR 334/04 – NJW-RR 2007, 1434; Musielak/Ball ZPO 5. Aufl. § 559 ZPO Rdn. 16). Allerdings kommt es hierauf nicht entscheidend an. Maßgeblich ist vielmehr, dass die Klägerin ihrerseits mit der Verwendung einer unwirksamen Klausel über den Ausschluss der Minderung gegen ihre vorvertraglichen Pflichten verstoßen hat und sie damit rechnen musste, die Beklagte zu 1 werde die Unwirksamkeit der Klausel nicht sofort bei Auftreten eines Mangels, sondern erst später erkennen und sich dann – ohne dass ihr ein widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen wäre – auf die Minderung berufen. Die Klägerin konnte somit wegen ihres eigenen Vertragsverstoßes nicht darauf vertrauen, die Beklagte zu 1 werde wegen des großen Zeitablaufs ihr Recht nicht mehr geltend machen. Die Voraussetzungen der Verwirkung sind demnach nicht gegeben.

24 4. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben und der Rechtsstreit an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen, damit es die notwendigen Feststellungen trifft.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 536, 305c, 307 BGB
Gewerberaumiete; Formularmietvertrag;
vollständiger Ausschluss der Mietminderung;
Störung des Äquivalenzprinzips**

Eine vom Vermieter in einem Gewerberaummietvertrag verwendete formularmäßige Klausel, wonach eine Minderung der Miete ausgeschlossen ist, wenn die Nutzung der Räume durch Umstände beeinträchtigt wird, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, ist im Zweifel dahin auszulegen, dass sie die Minderung insoweit vollständig ausschließt und dem Mieter nicht die Möglichkeit der Rückforderung der Miete nach § 812 BGB belässt.

Eine solche Klausel benachteiligt den Mieter unangemessen und ist deswegen unwirksam.

(BGH, Urteil vom 23. 4. 2008 – XII ZR 62/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger verlangen von den Beklagten Zahlung eines unstreitigen Nebenkostenguthabens von 1429,46 €. Gegen diesen Anspruch rechnen die Beklagten mit einem Anspruch auf restliche Miete auf und fordern widerklagend weitere restliche Miete von 723,22 €.

2 Die Kläger mieteten mit Vertrag vom 21. Januar 1999 von den Beklagten Gewerberäume zum Betrieb eines physikalischen Therapiezentrums. Sie zahlten ab Juni 2001 eine geminderte Miete. Ab diesem Zeitpunkt begannen auf dem Nachbargrundstück Bauarbeiten. Zunächst wurde das Nachbargebäude abgerissen. Sodann wurden von der dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten als Nebenintervenientin beigetretenen Generalunternehmerin die H. Arkaden errichtet. Die Abriss- und Neubauarbeiten waren mit erheblichen Lärm- und Erschütterungsbelastungen für das Mietobjekt verbunden.

3 Die Beklagten sind der Ansicht, die Minderung sei gemäß § 16 des Mietvertrages ausgeschlossen. Dieser lautet wie folgt:

„Eine Minderung der Miete ist ausgeschlossen, wenn durch Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (z. B. Verkehrsumleitung, Straßensperrungen, Bauarbeiten in der Nachbarschaft usw.), die gewerbliche Nutzung der Räume beeinträchtigt wird (z. B. Umsatz- und Geschäftsrückgang).“

4 Das Amtsgericht Hamburg-Harburg hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die Berufung der Kläger ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen wenden sich die Kläger mit der vom Landgericht Hamburg zugelassenen Revision.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision der Kläger hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

6 I. Das [Landgericht] ist der Ansicht, der in § 16 des Mietvertrages vereinbarte Minderungsausschluss sei wirksam. Die Klausel verstoße insbesondere nicht gegen § 307 BGB, denn sie benachteilige die Mieter nicht unangemessen. Diesen bleibe die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB und die Befreiung von der Mietzahlungspflicht bei vollständiger Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache. Zudem sehe die Klausel lediglich einen sachlich eng begrenzten Minderungsausschluss für gewisse vom Vermieter nicht zu vertretende Umweltmängel vor. Wegen dieses sachlich begrenzten Minderungsausschlusses komme es, selbst wenn durch die Klausel auch bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche der Mieter ausgeschlossen sein könnten, nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung der Mieter. Schließlich verbleibe den Mietern die Möglichkeit, sich von den Vermietern Entschädigungsansprüche gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB gegen die Nachbarn abtreten zu lassen.

7 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

8 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Mietminderung bei der Geschäftsraummietsache – anders als bei der Wohnraummietsache – eingeschränkt werden kann. Dies folgt aus einem Umkehrschluss zu § 536 Abs. 4 BGB (Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 9. Aufl. § 536 BGB Rdn. 426). Eine solche Einschränkung ist grundsätzlich auch formularmäßig möglich.

9 2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hält die Bestimmung in § 16 des Mietvertrages jedoch einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB nicht stand.

10 a) Der Inhaltskontrolle vorgeschaltet ist der gegebenenfalls durch Auslegung zu ermittelnde objektive Inhalt der Klausel. Der Senat ist an die Auslegung des Berufungsgerichts nicht gebunden. Da nunmehr auch gegen Berufungsurteile der Landgerichte eine Revision stattfinden kann, vermag der Senat die Klausel selbst auszulegen, ohne dass es darauf ankommt, ob die Klausel über den Bezirk des Oberlandesgerichts (oder auch nur eines Landgerichts) hinaus verwendet wird (Senatsurteil vom

24. Oktober 2007 – XII ZR 24/06 – Grundeigentum 2008, 120 [= GuT 2007, 434]; BGH Urteil vom 5. Juli 2005 – X ZR 60/04 – NJW 2005, 2919, 2921 [= WuM 2005, 589].

11 b) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn ausgehend von ihrem Wortlaut einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Kreise verstanden werden (st. Rspr. vgl. BGHZ 77, 116, 118; 102, 384, 389 f.; Ulmer/ Brandner/Hensen AGB-Recht 10. Aufl. § 305c BGB Rdn. 76 m.w.N.).

12 Nach dem Wortlaut der hier streitigen Klausel ist eine Minderung der Miete ausgeschlossen, wenn die Nutzung der Mietsache durch Umstände beeinträchtigt wird, die der Vermieter nicht zu vertreten hat. Ob der in der Klausel geregelte Ausschluss sich nur auf die Verwirklichung der Minderung durch sofortigen Abzug von der geschuldeten Miete bezieht, oder ob der Ausschluss dem Mieter auch das Recht nimmt, die überzahlte Miete gemäß § 812 BGB zurückzufordern, lässt sich der Klausel nicht zweifelsfrei entnehmen. Die Klausel lässt vielmehr beide Auslegungen zu.

13 Der Bundesgerichtshof hat die von ihm bislang überprüften, eine Mietminderung ausschließenden Klauseln dahin verstanden, dass sie nicht das Minderungsrecht schlechthin, sondern nur dessen Verwirklichung durch Abzug vom geschuldeten Mietzins ausschließen und den Mieter insoweit auf Bereicherungsansprüche verweisen (BGHZ 91, 375, 382 f.; Senatsurteil vom 27. Januar 1993 – XII ZR 141/91 – NJW-RR 1993, 519, 520). Diese Klauseln enthielten allerdings – anders als die vorliegende Klausel – weitere, den Ausschluss der Minderung einschränkende Konkretisierungen (BGHZ 91, 375: Der Mieter kann gegenüber dem Mietzins kein Minderungsrecht geltend machen; Senatsurteil vom 27. Januar 1993 a. a. O.: Auf das Recht zur Minderung ‚Herabsetzung des Pachtzinses‘ verzichtet der Pächter, soweit nicht mit rechtskräftig festgestellten Forderungen die vorgenannten Rechte geltend gemacht werden.).

14 Die hier zu beurteilende Klausel enthält keine vergleichbare Einschränkung. Sie lässt deshalb von ihrem Wortlaut her auch die Auslegung zu, dass der Ausschluss der Minderung endgültig sein und dem Mieter nicht das Recht verbleiben soll, die überzahlte Miete gemäß § 812 BGB zurückzufordern.

15 Die Klausel ist folglich mehrdeutig, ohne dass die Möglichkeit besteht, die Mehrdeutigkeit im Rahmen der objektiven Auslegung zu beseitigen. In diesem Fall greift die Auslegungsregel des § 305 c Abs. 2 BGB ein, wonach Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders gehen. Dies führt jedenfalls dann, wenn eine Auslegungsvariante gegen § 307 BGB verstößt, dazu, dass die kundenfeindlichste Variante sich durchsetzt (Staudinger/Schlosser <2006> § 305 c Rdn. 108 m.w.N.; Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 10. Aufl. § 305 c BGB Rdn. 91). Danach ist hier von der Auslegung auszugehen, nach der die Minderung endgültig ausgeschlossen ist.

16 2. In dieser Auslegung verstößt die Klausel gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

17 a) Nach § 307 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung liegt im Zweifel vor, wenn die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

18 b) Nach ständiger Rechtsprechung benachteiligen Minderungsbeschränkungen in Geschäftsraummietverträgen, die den Mieter bei Vorliegen eines den Gebrauch einschränkenden Mangels einstweilen zur Zahlung der vollen Miete verpflichten und ihn wegen der überzahlten Miete auf einen Rückzahlungsanspruch (§ 812 BGB) verweisen, den Mieter nicht unangemessen (BGHZ 91, 375, 382 f.; Senatsurteil vom 27. Januar

1993 – XII ZR 141/91 – NJW-RR 1993, 519, 520; OLG Hamm NJW-RR 1998, 1020; KG NZM 2002, 526; LG Hamburg NZM 2004, 948 f. [= WuM 2004, 601 = GuT 2004, 238 KL]; OLG Düsseldorf MDR 2005, 1045 [= GuT 2005, 182 KL]; OLG Karlsruhe MDR 2006, 745). Diese Ansicht wird auch in der Literatur vorwiegend vertreten (Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 9. Aufl. § 536 BGB Rdn. 426 f.; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rdn. 363; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiere Kap. 14 Rdn. 305; Bub in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiere 3. Aufl. Kap. II Rdn. 518; Kraemer ebenda III Rdn. 1373; Fritz Gewerberaummiere 4. Aufl. Rdn. 171 b).

19 Solche Klauseln, die nur die Einbehaltung des Minderungsbetrages von der laufenden Miete ausschließen, dem Mieter jedoch die Möglichkeit belassen, den geminderten Teil der Miete nach § 812 BGB zurückzufordern, tragen dem berechtigten Interesse des Vermieters an der fortlaufenden pünktlichen Zahlung der vereinbarten Miete Rechnung. Um seine Immobilie ohne Liquiditätsprobleme bewirtschaften und finanzieren zu können, ist der Vermieter auf den vollständigen pünktlichen Eingang der laufenden Mietzahlungen angewiesen. Ein direkter Abzug des Minderungsbetrages aufgrund vom Mieter behaupteter umstrittener Mängel kann dazu führen, dass der Vermieter bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Klärung, ob die behaupteten Mängel bestehen, nicht mehr in der Lage ist, die laufenden Bewirtschaftungs- und Kapitalkosten aufzubringen (vgl. Horst Abkopplungsklauseln im Gewerbemietrecht S. 88 ff.). Das sich daraus ergebende Sicherungsinteresse des Vermieters rechtfertigt es, die Verwirklichung des Minderungsrechts durch Abzug von der laufenden Miete jedenfalls insoweit auszuschließen, als das Minderungsrecht nicht unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist, und den Mieter wegen eines Rückzahlungsanspruchs der überzahlten Miete auf eine gesonderte Klage (§ 812 BGB) zu verweisen.

20 c) Demgegenüber benachteiligt der endgültige Ausschluss der Minderung, der dem Geschäftsraummieter bei Vorliegen eines den vertragsgemäßen Gebrauch einschränkenden Mangels auch den Rückzahlungsanspruch verwehrt, den Mieter unangemessen gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Senatsurteil vom 12. März 2008 – XII ZR 147/05 – zur Veröffentlichung bestimmt [= GuT 2008, 278]). Die Minderung ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips und hat daher die Aufgabe, die Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen sicherzustellen (Senatsurteil BGHZ 163, 1, 6 [= WuM 2005, 384 = GuT 2005, 166 KL]; Emmerich/Sonnenschein Miere 9. Aufl. § 536 Rdn. 30; LG Hamburg NZM 2004, 948 f. [= WuM 2004, 601 = GuT 2004, 238 KL]). Ein vollständiger Ausschluss der Minderung durch formularvertragliche Regelung verletzt deshalb das zu den wesentlichen Grundgedanken des Schuldrechts gehörende Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung. Das gilt auch, soweit – wie im vorliegenden Fall – der Minderungsausschluss allein Mängel betrifft, die der Vermieter nicht zu vertreten hat. Denn die Minderung setzt kein Verschulden auf Seiten des Vermieters voraus. Der Mieter kann vielmehr selbst dann mindern, wenn der Vermieter nicht über die Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels verfügt (Kraemer in Bub/Treier a. a. O. Kap III Rdn. 1363, 1330, 1344 m.w.N.; LG Hamburg a. a. O.). Insoweit wird dem Vermieter die Vergütungsgefahr auferlegt. Er verliert den Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung, weil er die von ihm geschuldete Leistung, die Überlassung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand, nicht erbringen kann. Ein vollständiger Ausschluss der Minderung bei von Dritten zu verantwortenden Einschränkungen des vertragsgemäßen Gebrauchs ist mit diesen wesentlichen Grundgedanken der Minderung nicht vereinbar. Der Mieter müsste die volle Miete entrichten, ohne eine gleichwertige Gegenleistung zu erhalten. Er könnte die zuviel gezahlte Miete nicht zurückfordern und bliebe gegebenenfalls über einen langen Zeitraum endgültig zur vollen Mietzahlung verpflichtet, obwohl ihm der Vermieter den

geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauch nur erheblich eingeschränkt gewähren kann. Darin liegt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

21 Der Einwand, die partielle Verlagerung der Vergütungsgefahr auf den Mieter stelle keine Missachtung des Prinzips der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung dar, denn das BGB kenne vergleichbare Verlagerungen der Vergütungsgefahr auf den Leistungsgläubiger in §§ 446, 447, 644, 645, 326 Abs. 2 BGB (HansOLG Hamburg ZMR 2004, 432, 433 [= GuT 2004, 168], Woitkewitsch ZMR 2004, 401, 402), überzeugt nicht. Diesen gesetzlichen Ausnahmeregelungen ist ebenso wie den Ausnahmeregelungen in §§ 536 b, 536 c Abs. 2 BGB, in denen die Minderung ausgeschlossen ist, gemeinsam, dass sie eine Verlagerung der Vergütungsgefahr auf den Leistungsgläubiger nur in Fällen vorsehen, in denen dies aus Gründen, die dem Leistungsgläubiger zuzurechnen sind, interessengerecht ist.

22 Die Störung des Äquivalenzprinzips wird auch nicht dadurch kompensiert, dass der Mieter als Besitzer gegebenenfalls von dem die Beeinträchtigung verursachenden Dritten gemäß § 906 Abs. 2 BGB einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen kann. Die Grenze der Zumutbarkeit im Sinne von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB beurteilt sich nicht nach mietrechtlichen Vorschriften. Schon deshalb entsprechen die nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB auszugleichenden Beeinträchtigungen nicht ohne weiteres dem Umfang des Minderungsrechts. Darüber hinaus würde dem Mieter zusätzlich das Risiko der Insolvenz des die Beeinträchtigung verursachenden Dritten auferlegt (LG Hamburg a. a. O.).

23 3. Da das Landgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die von den Klägern behaupteten, teilweise bestrittenen Beeinträchtigungen des vertragsgemäßen Gebrauchs vorgelegen haben, war der Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen Feststellungen nachholen kann.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 541 BGB a. F.

Gewerberaumiete; Rechtsmängelhaftung des nicht Verfügungsberechtigten Vermieters; Formen der Entziehung des Gebrauchs; Verhältnis zum allgemeinen Recht der Leistungsstörungen

Dem Mieter, der Räume von einem nicht verfügungsberechtigten Vermieter gemietet hat, wird der vertragsmäßige Gebrauch bereits dadurch entzogen, dass der wahre Berechtigte nicht bereit ist, den Mieter die Mietsache zu den mit dem Vermieter vereinbarten Konditionen nutzen zu lassen.

(BGH, Urteil vom 10. 7. 2008 – IX ZR 128/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger mietete mit Vertrag vom 27. Juni 1994 von der Gemeinde B. Räume zu Wohn- und Gewerbe Zwecken. Dem Kläger wurde in dem Mietvertrag ein „Vormiet- und Vorkaufsrecht“ eingeräumt. Er investierte erhebliche Mittel in den Um- und Ausbau der Räumlichkeiten. Am 2. Dezember 1994 erfuhr der Kläger, dass nicht die vermietende Gemeinde, sondern die Bundesrepublik Deutschland Eigentümerin des Anwesens war. Diese ließ den Mietvertrag, den der Kläger mit der Gemeinde abgeschlossen hatte, nicht gegen sich gelten, bot dem Kläger aber an, er könne die Räumlichkeiten zu einem um ein Mehrfaches höheren Mietzins, als er mit der Gemeinde vereinbart war, von ihr mieten. Darauf ließ sich der Kläger nicht ein. Er räumte das Gebäude im August 1995. Infolgedessen sind seine Investitionen für ihn weitgehend verloren.

2 Deswegen wollte der Kläger die Vermieterin auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Zu diesem Zweck beauftragte der Kläger den verklagten Rechtsanwalt. Nachdem der Kläger dem Beklagten im Mai 2003 vorgeworfen hatte, er habe in dieser Angelegenheit lediglich fruchtlos korrespondiert, aber noch keine Klage erhoben, antwortete der Beklagte mit Schrei-

ben vom 22. Mai 2003, er habe bisher keinen Auftrag zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche gehabt und „zwischenzeitlich dürfte Verjährung oder Verwirkung eingetreten sein“. Daraufhin unterblieb die Klageerhebung.

3 Beide Parteien gehen davon aus, dass die Ansprüche damals noch nicht verjährt waren, dass sie es jedoch inzwischen sind. Der Kläger nimmt den Beklagten im Wege des Schadensersatzes auf Zahlung des Betrages – 43 073,31 € – nebst Zinsen in Anspruch, der ihm seines Erachtens bei rechtzeitiger Geltendmachung gegenüber der Gemeinde als Schadensersatz zugestanden hätte. In den Vorinstanzen [LG Hannover/OLG Celle] hatte die Klage keinen Erfolg. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

4 **Aus den Gründen:** Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

5 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte habe seine anwaltsvertraglichen Pflichten verletzt. Seine Äußerung in dem Schreiben vom 22. Mai 2003, dass Ansprüche gegen die Gemeinde verjährt sein dürften, sei objektiv unrichtig und geeignet gewesen, den Kläger von der rechtzeitigen Geltendmachung der Ansprüche gegenüber der Gemeinde abzuhalten. Durch die Pflichtverletzung sei jedoch kein Schaden entstanden. Der Kläger habe gegenüber der Gemeinde keine Ansprüche gehabt. Ein vertraglicher Anspruch aus den – damals noch anwendbaren – §§ 538, 541 BGB a. F. habe ihm nicht zugestanden, weil die Drittberechtigte dem Kläger den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache nicht entzogen habe. Zwar seien die Verhandlungen über den Abschluss eines neuen Mietvertrages gescheitert. Indes habe die Drittberechtigte daraus bis zum Auszug des Klägers keine Konsequenzen gezogen. Weder habe sie dem Kläger eine Frist zur Herausgabe der Mietsache gesetzt noch die gerichtliche Geltendmachung ihrer Herausgabeansprüche angekündigt. Der Kläger habe das Mietobjekt aus freien Stücken geräumt. Aus dem „Vormiet- und Vorkaufsrecht“ habe der Kläger nichts gegen die Gemeinde herleiten können, weil es formnichtig gewesen sei. Da nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Gemeinde die Unwirksamkeit der getroffenen Regelung bewusst gewesen sei, seien auch Ansprüche des Klägers aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen (c. i. c.) ausgeschlossen.

6 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

7 1. Die Ansicht des Berufungsgerichts, eine Rechtsmängelhaftung der Gemeinde aus §§ 538, 541 BGB a. F. scheitere daran, dass die Drittberechtigte dem Kläger den vertragsmäßigen Gebrauch der gemieteten Sache nicht „entzogen“ habe, weshalb es im Verhältnis des Klägers zum Beklagten an einem durch die Pflichtverletzung verursachten Schaden fehle, ist rechtlich nicht haltbar.

8 a) Zutreffend ist allerdings, dass der bloße Bestand von Rechten Dritter, die dem Besitzrecht des Mieters vorgehen, noch keine Leistungsstörung darstellt. Der Dritte muss seine Rechte geltend gemacht haben, so dass der Vermieter seiner Verpflichtung zur Überlassung bzw. Belassung der Sache in dem geschuldeten Zustand ganz oder teilweise nicht mehr nachkommen kann. Deswegen bestimmt der hier noch anwendbare § 541 BGB a. F., dass die Vorschriften der §§ 537, 538, des § 539 Satz 1 und des § 540 BGB a. F. entsprechende Anwendung nur dann finden, wenn durch das Recht eines Dritten dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen wird. Unter derselben Voraussetzung kann der Mieter auch nach neuem Recht (§ 536 Abs. 3, § 536a Abs. 1 BGB n. F.) Schadensersatz verlangen.

9 Entziehung des (vertragsmäßigen) Gebrauchs ganz oder zu einem Teil im Sinne des § 541 BGB a. F., § 536 Abs. 3 BGB n. F. bedeutet nichts anderes als eine Störung des Mieters in dem ihm zustehenden Gebrauch (BGH, Beschl. v. 12. Mai 1999 – XII ZR 134/97, NJW-RR 1999, 1239, 1240; Staudinger/Emmerich, BGB Neubearbeitung 2006 § 536 Rn. 45; Erman/Jen-

drek, BGB 11. Aufl. § 536 Rn. 21; Palandt/Weidenkaff, BGB 67. Aufl. § 536 Rn. 29). Für eine derartige Störung ist nicht erforderlich, dass der Dritte seine Rechte tatsächlich durchsetzt oder gerichtlich geltend macht. Vielmehr kann nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, der die Literatur folgt, schon die bloße mündliche Androhung des Dritten ausreichen, sein Recht geltend zu machen, wenn sie für den Mieter Anlass genug ist, daraufhin den Gebrauch zu unterlassen oder aufzugeben (BGH, Urt. v. 18. Januar 1995 – XII ZR 30/93, NJW-RR 1995, 715; Beschl. v. 23. Dezember 1998 – XII ZR 49/97, NJW-RR 1999, 845; Urt. v. 15. Oktober 1999 – V ZR 141/98, NJW 2000, 291, 294; Staudinger/Emmerich, a. a. O. § 536 Rn. 46).

10 Mit dieser Rechtsprechung ist die Ansicht des Berufungsgerichts nicht vereinbar, die Drittberechtigte habe im vorliegenden Fall dem Kläger den (vertragsmäßigen) Gebrauch der Mietsache nicht entzogen, weil sie dem Kläger weder eine Frist zur Herausgabe der Mietsache gesetzt noch die gerichtliche Geltendmachung ihrer Herausgabeansprüche angekündigt habe. Die Bundesrepublik Deutschland war nicht bereit, den Kläger die Mietsache zu den mit der Gemeinde vereinbarten Konditionen nutzen zu lassen. Bereits dadurch hat sie dem Kläger den vertragsmäßigen Gebrauch streitig gemacht. Im Übrigen hat sie ihn später – nach seinem Auszug – auf Zahlung eines erhöhten Mietzinses bzw. einer Nutzungsentschädigung für die gesamte Nutzungsdauer und darüber hinaus verklagt. Dass der Kläger ausgezogen ist, bevor die Bundesrepublik Deutschland weitere Konsequenzen zog, ist unerheblich. Es kann den für den Rechtsmangel verantwortlichen Vermieter nicht entlasten, dass sich der Mieter dem Rechtsstandpunkt des Drittberechtigten frühzeitig gebeugt hat. Hätte er hinhaltenden Widerstand geleistet, wäre durch den damit verbundenen Aufwand nur der Schaden vergrößert worden. Dafür müsste letztlich der Vermieter einstehen.

11 b) Der Einwand der Revisionserwiderung, der „vertragsmäßige“ Gebrauch habe dem Kläger nicht entzogen werden können, weil das Mietverhältnis mit der Gemeinde bis Ende des Jahres 1994 befristet gewesen sei, also im Zeitpunkt der Räumung und Herausgabe nicht mehr bestanden habe, greift nicht durch.

12 Zum einen hatte die Befristung des schriftlichen Mietvertrages nach dem Vortrag des Klägers ihren Grund darin, dass das Mietverhältnis zunächst nur die Zeit bis zu der von beiden Seiten beabsichtigten Veräußerung des Objekts an den Kläger überbrücken sollte. Beiderseits erwartete man, dass die Kaufverhandlungen bis Ende 1994 abgeschlossen sein würden. Auf jeden Fall – also auch dann, wenn der (direkte) Verkauf an den Kläger binnen dieser Frist nicht zustande kommen oder ganz scheitern würde – sollte ihm eine darüber hinaus gehende, ja sogar langfristige Nutzung der Immobilie möglich sein. Deshalb hat man ihm in dem Mietvertrag ein „Vormiet- und Vorkaufrecht“ eingeräumt. Gegenteiliges hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

13 Selbst wenn man dieses Vorbringen außer Acht lässt, ergab sich das Recht des Klägers zum „vertragsmäßigen“ Gebrauch aus § 568 Satz 1 BGB a. F. Danach galt, wenn nach dem Ablauf der Mietzeit der Gebrauch der Sache von dem Mieter fortgesetzt wurde, das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der Vermieter oder der Mieter seinen entgegenstehenden Willen binnen einer Frist von zwei Wochen dem anderen Teil gegenüber erklärte. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Kläger den Mietgebrauch über den 31. Dezember 1994 hinaus fortgesetzt hat; zu einer Erklärung des der Fortsetzung des Mietverhältnisses entgegenstehenden Willens fehlen Feststellungen. Die Vorschrift des § 568 Satz 1 BGB a. F. galt sowohl für die Wohnungsmiete als auch für die gewerbliche Miete (Staudinger/Emmerich, BGB 13. Bearbeitung § 568 Rn. 5; MünchKomm-BGB/Voelskow, 2. Aufl. § 568 Rn. 4; vgl. auch OLG Düsseldorf BB 1991, 720, 721).

14 2. Auf diesem Rechtsfehler kann das angefochtene Urteil beruhen.

15 a) Allerdings hätte die Gemeinde keinen Schadensersatz gemäß §§ 538, 541 BGB a. F. geschuldet, wenn der Mietvertrag insgesamt nichtig gewesen wäre. Davon ist jedoch nicht ohne weiteres auszugehen.

16 Der Tatrichter hat angenommen, dass das Vorkaufsrecht nur im Falle notarieller Beurkundung wirksam gewesen wäre. Das wird von den Parteien nicht in Frage gestellt und erscheint rechtlich bedenkenfrei (BGH, Urt. v. 7. November 1990 – XII ZR 11/89, NJW-RR 1991, 205, 206; v. 9. Januar 2003 – IX ZR 422/99, NJW 2003, 1940, 1941 f; Palandt/Putzo, a. a. O. § 463 Rn. 2). Ob die Nichtigkeit des Vorkaufsrechts den gesamten Mietvertrag, einschließlich des Vormietrechts, erfasst (§ 139 BGB), ist in den Vorinstanzen nicht geprüft worden. Dies ist nachzuholen.

17 Die Gesamtnichtigkeit liegt allerdings nicht nahe. Dem Kläger wird ein Mietvertrag ohne Vorkaufsrecht, der ihm immerhin ein Recht zum Besitz verschaffte, immer noch lieber gewesen sein als überhaupt kein Mietvertrag. Die der Vermieterin vorbehaltene Möglichkeit, die Miete (maßvoll) zu erhöhen, dürfte daran nichts Entscheidendes ändern.

18 b) Falls der Mietvertrag insgesamt nichtig gewesen sein sollte, könnte der Kläger sich möglicherweise auf eine Haftung der Gemeinde wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen (c.i.c.) berufen.

19 aa) Entgegen der Ansicht der Revision bedeutete es allerdings noch kein Verschulden der Gemeinde bei den Vertragsverhandlungen, dem Kläger ein formnichtiges Vorkaufsrecht eingeräumt zu haben. Zwar können kommunale Selbstverwaltungskörperschaften wegen Verschuldens bei Vertragsschluss haften, wenn sie nicht darauf hinweisen, dass ein von ihnen abgeschlossener Vertrag der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedarf (BGHZ 142, 51 ff.). Im vorliegenden Fall ist eine besondere Verantwortlichkeit der Gemeinde, die als normaler Teilnehmer am Zivilrechtsverkehr auftrat, jedoch nicht zu erkennen. Beide Seiten hatten darauf Bedacht zu nehmen, die gesetzlich vorgeschriebene Form zu wahren.

20 bb) Auf der Grundlage des bislang unwiderlegten Vortrags des Klägers durfte dieser indes – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – darauf vertrauen, das Objekt werde ihm – falls der von den Mietvertragsparteien ins Auge gefasste Abschluss des Kaufvertrages nicht zustande kommen sollte – längerfristig wenigstens zur Miete verbleiben. Dieses Vertrauen konnte er schon vor der Vornahme der Investitionen aus der ihm durch die Gemeinde vermittelten Überzeugung schöpfen, mit der wahren Eigentümerin der Immobilie verhandelt zu haben.

21 c) Falls der Mietvertrag nicht insgesamt nichtig gewesen sein, die Eviktionshaftung gemäß §§ 538, 541 BGB a. F. aber aus anderen Gründen ausscheiden sollte, wird die Haftung wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen in dem hier vorliegenden Fall, dass das Mietobjekt dem Mieter bereits überlassen worden war, durch die §§ 536 ff BGB ausgeschlossen. Diese enthalten, soweit es um Mängel der Mietsache geht, eine abschließende Sonderregelung (vgl. BGHZ 63, 132, 137; 136, 102, 106 [= WuM 1997, 617]; BGH, Urt. v. 29. November 1995 – XII ZR 230/94, NJW 1996, 714 [= WuM 1996, 105]). Soweit die Rechtsprechung für die Rechtsmängelhaftung beim Kauf einen Vorrang gegenüber dem allgemeinen Recht der Leistungsstörungen abgelehnt hat (vgl. BGHZ 65, 246, 252 f; BGH, Urt. v. 21. Dezember 1984 – V ZR 206/83, NJW 1985, 2697, 2698; v. 17. Mai 1991 – V ZR 92/90, NJW 1991, 2700; v. 19. November 1999 – V ZR 321/98, NJW 2000, 803, 804; v. 6. April 2001 – V ZR 394/99, NJW 2001, 2875; v. 26. September 2003 – V ZR 217/02, NJW 2004, 364 f [= WuM 2003, 711]), ist dies bei der Miete ausdrücklich nicht übernommen worden (dies übersieht Emmerich in Festschrift für Honsell, 2002, S. 209, 213). Daran ist jedenfalls für den vorliegenden Fall festzuhalten. Bezieht sich das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen darauf, dass der Vermieter dem Mietinteressenten den unzutreffenden Eindruck vermittelt, er verhandle mit dem wahren Berechtigten und könne im Falle der Einigung ein Recht

zum Besitz erwerben, wird ein dem Mieter entstandener Schaden, der nur aus der Entziehung der Sache durch den Drittberechtigten resultieren kann, bereits durch § 541 BGB a. F., § 536 Abs. 3 BGB n. F. zureichend erfasst.

22 III. Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist.

23 Das Berufungsgericht wird sich mit der Frage befassen müssen, ob der Mietvertrag wirksam war. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht weiter die Gelegenheit, nochmals auf die Pflichtverletzung und das Verschulden des Beklagten einzugehen, die dieser in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bezweifelt hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 550 BGB
Gewerberaumiete; Schriftform;
Personenmehrheit; Vertretungszusatz

a) Das Schriftformgebot des § 550 BGB will in erster Linie sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Vertrag ersehen kann. Darüber hinaus dient die Schriftform des § 550 BGB aber auch dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien sicherzustellen und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen.

b) Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, ob sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien hinzugefügt wurden. Wird die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise deutlich, z. B. wenn nur eine natürliche Person als Mieter oder Vermieter auftritt und eine andere Person den Vertrag unterschreibt, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich.

(BGH, Urteil vom 7. 5. 2008 – XII ZR 69/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines langfristigen Mietvertrages über Gewerberäume nach vorzeitiger ordentlicher Kündigung durch die Beklagten als Mieter.

2 Im Jahre 1990 vereinbarten die damaligen Mitglieder der Anwaltssozietät der Beklagten, ein in der Nähe ihrer Praxis befindliches Haus als neue Anwaltskanzlei zu übernehmen. Dazu sollten die Ehefrauen der Sozien bzw. einer der Rechtsanwälte persönlich jeweils ein Stockwerk des Gebäudes als Wohnungseigentum erwerben und an die Anwaltssozietät vermieten. Entsprechend erwarb die zwischenzeitlich verstorbene Ehefrau des früheren Sozius und jetzigen Zeugen W. das erste Obergeschoss des Gebäudes und vermietete dieses an die Mitglieder der Sozietät, zu denen auch die Beklagten zu 1 bis 3 gehörten. Die Vertragsparteien erstellten zwei Vertragsexemplare. Ein Exemplar wurde von den (seinerzeit) fünf Mitgliedern der Anwaltssozietät als Mieter unterzeichnet und verblieb bei der Vermieterin. Das weitere Exemplar ist nicht mehr auffindbar. Nach den Feststellungen des Landgerichts, auf die das Berufungsgericht Bezug genommen hat, hatte der Zeuge Rechtsanwalt W. dieses Exemplar als Vermieter unterzeichnet. Einen Vertretungszusatz hatte er dem nicht hinzugefügt.

3 Im Rubrum des schriftlichen Mietvertrages ist die Ehefrau des Zeugen W. als Vermieterin benannt. Zur Vertragsdauer ist in § 2 des Vertrages ausgeführt:

„Das Mietverhältnis beginnt am 1. April 1990 ...
Das Mietverhältnis endet am 31. März 2010 ...“

4 Nach dem Tod der Vermieterin veräußerte ihr inzwischen aus der Rechtsanwaltssozietät der Beklagten ausgeschiedener Ehemann das Eigentum im Jahre 1998 an den Kläger. Mit Schreiben vom 27. Juni 2002 kündigten die Beklagten das Mietverhältnis mit dem Kläger ordentlich zum 31. Dezember 2002. Der Kläger begehrt Feststellung, dass das Mietverhältnis durch diese Kündigung nicht beendet worden ist.

5 Das Landgericht Limburg hat die Klage abgewiesen und das Oberlandesgericht Frankfurt am Main die dagegen gerichtete Berufung zurückgewiesen, weil der Mietvertrag der Parteien nicht der Schriftform genüge und deswegen trotz der vereinbarten Vertragsdauer ordentlich kündbar sei. Dagegen richtet sich die – vom Senat zugelassene – Revision des Klägers.

6 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg.

7 I. Das Berufungsgericht, das im Wesentlichen auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts Bezug nimmt, hat die Abweisung der Klage wie folgt begründet:

8 Der Mietvertrag der Parteien sei nach § 566 BGB a. F. ordentlich kündbar, weil die Schriftform nicht gewahrt sei. Zwar sei der Mietvertrag vom 1. Mai 1990 zweifelsfrei wirksam zustande gekommen. Das ergebe sich schon daraus, dass die damaligen Vertragsparteien ihn in Vollzug gesetzt und 12 Jahre an ihm festgehalten hätten. Die nach § 566 BGB a. F. für einen langfristigen Mietvertrag notwendige Schriftform sei aber mangels Unterschrift der Vermieterin nicht eingehalten, was zur Folge habe, dass der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gelte. Als Ergebnis der Beweisaufnahme sei zumindest offen geblieben, ob der Zeuge W. den Mietvertrag auf Vermieterseite in Vollmacht seiner Ehefrau abgeschlossen und dies durch einen entsprechenden Zusatz kenntlich gemacht habe. Es sei deswegen davon auszugehen, dass der Zeuge W. den Vertrag mit dem gemeinsamen Familiennamen ohne Zusatz unterschrieben habe. Aus dem schriftlichen Vertrag lasse sich nicht entnehmen, dass der Zeuge nicht in eigenem Namen, sondern in Vertretung seiner Ehefrau gehandelt habe.

9 Die Beklagten seien somit berechtigt gewesen, den Mietvertrag ordentlich zu kündigen. Die ordentliche Kündigung sei auch nicht treuwidrig, weil der Kläger trotz der langen Vertragslaufzeit nicht darauf habe vertrauen können, dass die Beklagten von ihrer Kündigungsmöglichkeit keinen Gebrauch machen würden.

10 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

11 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass am 1. Mai 1990 zwischen der früheren Eigentümerin, der verstorbenen Frau W., und den Mitgliedern der Anwaltssozietät der Beklagten ein Mietvertrag über die gewerblichen Räume zustande gekommen ist. Unabhängig davon, ob der Zeuge W. bei Abschluss des Vertrages seine Ehefrau wirksam vertreten hat, ist der Mietvertrag spätestens mit seinem Vollzug wirksam geworden. Der Kläger ist später durch den Kauf des Wohnungseigentums anstelle der früheren Eigentümerin als Vermieter in den Vertrag eingetreten (§ 566 Abs. 1 BGB).

12 2. Entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts wahrt der Mietvertrag aber auch die für die Wirksamkeit der vereinbarten Laufzeit von mehr als einem Jahr erforderliche schriftliche Form (§ 550 i. V. m. § 578 Abs. 1 BGB). Wegen der fest vereinbarten Laufzeit bis zum 31. März 2010 ist eine ordentliche Kündigung des Vertrages deswegen ausgeschlossen.

13 a) § 550 BGB will nach ständiger Rechtsprechung des Senats in erster Linie sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt (§ 566 Abs. 1 BGB), dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Vertrag ersehen kann (Senatsurteile vom 18. Dezember 2002 – XII ZR 253/01 – NJW 2003, 1248, 1249 [= GuT 2003, 131] und BGHZ 136, 357, 370 f. = NJW 1998, 58, 61 [= WuM 1997, 667]).

14 aa) Der Senat hat allerdings bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass es zahlreiche Fallgestaltungen gibt, in denen § 550 BGB den Zweck, einem späteren Grundstückserwerber letzte Klarheit über die Geltung eines langfristigen Mietvertrages zu verschaffen, nicht umfassend gewährleisten kann (vgl. Senatsurteile BGHZ 154, 171, 180 = NJW 2003, 2158, 2160 [= GuT 2003, 132] und BGHZ 136, 357, 370 f. = NJW 1998, 58, 61 [= WuM 1997, 667]). Sinn und Zweck der Schriftform ist es nämlich nicht, ihm Gewissheit zu verschaffen, ob der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist und im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch besteht oder etwa von den Mietvertragsparteien mündlich aufgehoben wurde. Denn soweit ein Eintritt des Grundstückserwerbers in den Mietvertrag nicht stattfindet, weil dieser nicht oder nicht mehr besteht, bedarf es auch nicht des Schutzes der Schriftform vor einer langjährigen Bindung an unbekannte Bedingungen (Senatsurteil vom 19. September 2007 – XII ZR 121/05 – NJW 2007, 3346, 3347 [= GuT 2007, 353]).

15 Wenn etwa die Mietvertragsurkunde eine Verlängerungsoption für eine Vertragspartei vorsieht, kann der Grundstückserwerber dieser nicht entnehmen, ob die Option vor dem Eigentumserwerb ausgeübt wurde oder nicht, so dass Ungewissheit darüber bestehen kann, ob das Mietverhältnis bald endet oder gegebenenfalls noch jahrelang fortbestehen wird. Dann ist der Erwerber aber durch die aus der Urkunde ersichtliche Option hinreichend gewarnt, so dass es ihm zuzumuten ist, sich bei dem Verkäufer oder dem Vermieter zu erkundigen (Senatsurteil vom 2. Mai 2007 – XII ZR 178/04 – NJW 2007, 3273, 3275 [= GuT 2007, 219]). Nicht anders ist es, wenn der Vermieter oder der Mieter bei Abschluss des Vertrages vertreten wurde. Auch dann muss für den Erwerber lediglich die Vertretung selbst aus der Vertragsurkunde ersichtlich sein. Ob der Vertreter von der Vertragspartei hinreichend bevollmächtigt war, ist keine Frage der Schriftform des § 550 BGB, sondern wirkt sich schon auf das Zustandekommen des Vertrages aus. Auch insoweit ist es dem Erwerber zumutbar, sich zuvor bei den Vertragsparteien zu erkundigen (Senatsurteil vom 19. September 2007 – XII ZR 121/05 – NJW 2007, 3346, 3347 [= GuT 2007, 353]).

16 bb) Andererseits erschöpft sich der Zweck der Schriftform des § 550 BGB nicht in dem Schutz eines späteren Erwerbers. Denn wenn der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift allein den Erwerber eines langfristig vermieteten Grundstücks als Folge des sich aus § 566 Abs. 1 BGB ergebenden gesetzlichen Vertragsübergangs hätte schützen wollen, hätte es nahe gelegen, die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung auf diesen Erwerber zu beschränken. Stattdessen räumt § 550 BGB (wie § 566 BGB a. F.) auch den ursprünglichen Vertragsparteien eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit ein, wenn die Schriftform nicht eingehalten ist.

17 Der Bundesgerichtshof ist deswegen in seiner neueren Rechtsprechung stets davon ausgegangen, dass die Schriftform des § 550 BGB zusätzlich dazu dient, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien sicherzustellen und diese vor der unbedachten Eingingung langfristiger Bindungen zu schützen (vgl. BGHZ 81, 46, 51 = NJW 1981, 2246, 2247 [= WuM 1981, 261] <zur Warnfunktion> und Senatsurteile BGHZ 136, 357, 370 = NJW 1998, 58, 61 [= WuM 1997, 667] sowie BGHZ 139, 123, 130 = NJW 1998, 2664, 2666 [= WuM 1998, 599] <zur Beweis- und Warnfunktion>). Davon ist offensichtlich auch der Gesetzgeber ausgegangen, indem er durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19. Juni 2001 die frühere Vorschrift des § 566 BGB in Kenntnis dieser Rechtsprechung nur mit redaktionellen, aber ohne inhaltliche Änderungen als § 550 BGB übernommen hat (vgl. BT-Drucks. 14/4553 S. 47 = BR-Drucks. 439/00 S. 118).

18 b) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist die Schriftform des § 550 BGB grundsätzlich nur dann gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen – insbesondere über den Mietgegenstand, den Mietzins sowie die Dau-

er und die Parteien des Mietverhältnisses – aus einer von beiden Vertragsparteien unterzeichneten Urkunde (vgl. aber § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB) ergibt. Von der Schriftform ausgenommen sind nur solche vertraglichen Abreden, die für den Inhalt des Vertrages, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung sind. Das gilt erst recht für Bestimmungen, die nicht über das hinausgehen, was bereits im Vertragstext selbst seinen Niederschlag gefunden hat oder die dessen Inhalt nicht modifizieren, sondern lediglich erläutern oder veranschaulichen sollen (Senatsurteil BGHZ 142, 158, 161 f. = NJW 1999, 2591, 2592 [= WuM 1999, 516]).

19 Soweit eine vertragliche Vereinbarung dem Schriftformanfordernis unterliegt, muss diese allerdings nicht notwendig in der Vertragsurkunde selbst enthalten und auch noch nicht abschließend bestimmt sein.

20 aa) Nehmen die Vertragsparteien wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht in die Vertragsurkunde auf, genügt es nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des Senats, dass sich der Gesamthalt der mietvertraglichen Vereinbarung aus dem Zusammenspiel verschiedener Urkunden ergibt, wenn sie zur Wahrung der Urkundeneinheit ihre Zusammengehörigkeit in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich machen. Solches kann sich z. B. aus einer fortlaufenden Paginierung, einer fortlaufenden Nummerierung einzelner Bestimmungen, einheitlicher grafischer Gestaltung, einem inhaltlichen Zusammenhang des Textes oder vergleichbaren Merkmalen zweifelsfrei ergeben. Eine körperliche Verbindung der einzelnen Bestandteile zu einer gemeinsamen Urkunde ist dann nicht erforderlich (Senatsurteile vom 10. Oktober 2001 – XII ZR 307/98 – NZM 2002, 20 und BGHZ 136, 357, 361 ff. = NJW 1998, 58, 59 ff. [= WuM 1997, 667]).

21 Ergibt sich der Zusammenhang mehrerer Schriftstücke aus einer Bezugnahme, ist es erforderlich, dass vom aktuellen Vertrag auf den Ausgangsvertrag und auf alle ergänzenden Urkunden verwiesen ist, mit denen die der Schriftform unterliegenden vertraglichen Vereinbarungen vollständig erfasst sind (Senatsurteil vom 9. April 2008 – XII ZR 89/06 [= GuT 2008, 287] – zur Veröffentlichung bestimmt). So genügt es z. B., wenn eine Vereinbarung über eine Vertragsänderung oder über einen Wechsel der Vertragsparteien (vgl. insoweit Senatsurteile vom 20. April 2005 – XII ZR 29/02 – NJW-RR 2005, 958, 959 [= GuT 2005, 154] und BGHZ 154, 171, 179 f. = NJW 2003, 2158, 2160 [= GuT 2003, 132]) hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nimmt, die geänderten Regelungen aufführt und erkennen lässt, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll (Senatsurteil BGHZ 160, 97, 101 f. = NJW 2004, 2962, 2963 [= WuM 2004, 534 = GuT 2004, 185 KL]).

22 bb) Inhaltlich ist es auch im Rahmen der Schriftform – wie bei der Frage des Zustandekommens des Vertrages – ausreichend, wenn sich die wesentlichen vertraglichen Vereinbarungen hinreichend bestimmbar aus der Vertragsurkunde ergeben.

23 Weil auch formbedürftige Vertragsklauseln grundsätzlich der Auslegung zugänglich sind, wenn sie sich als unklar und lückenhaft erweisen, brauchen auch wesentliche Tatbestandsmerkmale des Rechtsgeschäfts nicht vollständig bestimmt angegeben zu werden, sofern nur eine Einigung über sie beurkundet ist und ihr Inhalt bestimmbar bleibt. Die Bestimmbarkeit muss allerdings bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegeben sein. Spätere tatsächliche Geschehnisse können die Wahrung der Form nicht mehr in Frage stellen; das gilt sogar für die Vernichtung der Urkunde (Senatsurteil vom 2. Mai 2007 – XII ZR 178/04 – NJW 2007, 3273, 3275 [= GuT 2007, 219]). Insoweit darf aber auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden, die ebenfalls zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vorliegen müssen. Dabei genügt es, dass ein (z. B. für den Vertragsbeginn ausschlaggebender) Sachverhalt so genau bestimmt ist, dass bei seiner Verwirklichung

kein Zweifel für die vertragliche Vereinbarung verbleibt (Senatsurteil vom 2. November 2005 – XII ZR 212/03 – NJW 2006, 139, 140 [=GuT 2006, 11]).

24 c) Entsprechend ist für die Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB auch erforderlich, dass die Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet ist (vgl. insoweit Senatsurteil BGHZ 160, 97, 102 f. = NJW 2004, 2962, 2963 f. [=WuM 2004, 534 = GuT 2004, 185 KL]).

25 aa) Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, ob sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien hinzugefügt wurden. Denn sonst lässt sich der vorliegenden Urkunde nicht eindeutig entnehmen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften, auch für die und in Vertretung der anderen Vertragsparteien, zustande gekommen ist oder ob die Wirksamkeit des Vertrages so lange hinausgeschoben sein soll, bis auch die weiteren Vertragsparteien ihn unterschrieben haben.

26 Solches hat der Senat für die Gesellschafter einer GbR (Senatsurteile vom 5. November 2003 – XII ZR 134/02 – NJW 2004, 1103 [=GuT 2004, 61] und vom 16. Juli 2003 – XII ZR 65/02 – NJW 2003, 3053, 3054 [=GuT 2003, 209]) und für die Mitglieder einer Erbengemeinschaft (Senatsurteil vom 11. September 2002 – XII ZR 187/00 – NJW 2002, 3389, 3391 [=WuM 2002, 601 = GuT 2003, 19 KL]) entschieden. Ein Vertretungszusatz ist darüber hinaus immer dann erforderlich, wenn als Mieter oder als Vermieter mehrere Personen (etwa Eheleute) auftreten, von denen nur eine den Vertrag unterschrieben hat. Auch dann ist aus der bloßen Unterschrift noch nicht ersichtlich und damit auch nicht hinreichend bestimmbar, ob der Vertrag zugleich in Vertretung unterzeichnet wurde oder ob es noch der Unterschrift der weiteren Vertragspartei bedarf (BGHZ 125, 175, 178 ff. = NJW 1994, 1649, 1650 f.).

27 bb) Ist die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise hinreichend bestimmbar, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich.

28 Das ist insbesondere dann der Fall, wenn nur eine natürliche Person als Mieter oder Vermieter auftritt und eine andere Person den Vertrag unterschreibt. Dann kann dessen Unterschrift auf der im Mietvertrag mit „Mieter“ oder „Vermieter“ gekennzeichneten Unterschriftenzeile nur bedeuten, dass er mit seiner Unterschrift die Vertragspartei vertreten will. Das Vertretungsverhältnis wird in solchen Fällen deswegen auch ohne ausdrücklichen Vertretungszusatz hinreichend deutlich und die Schriftform ist dann auch ohne ausdrücklichen Vertretungsvermerk gewahrt (Senatsurteile vom 19. September 2007 – XII ZR 121/05 – NJW 2007, 3346 f. [=GuT 2007, 353] und vom 6. April 2005 – XII ZR 132/03 – NJW 2005, 2225, 2226 [=GuT 2005, 143]). Gleiches gilt, wenn der Vertrag auf Seiten einer als Mietvertragspartei genannten GmbH ohne nähere Kennzeichnung des Vertretungsverhältnisses unterschrieben worden ist (Senatsurteil vom 19. September 2007 – XII ZR 121/05 – NJW 2007, 3346 f. [=GuT 2007, 353]).

29 Auch eine Unterzeichnung als Vertreter ohne Vertretungsmacht würde der Schriftform dann nicht entgegenstehen. Ob der Mietvertrag bereits mit dieser Unterzeichnung wirksam zustande kommt oder mangels Vollmacht des Unterzeichnenden erst noch der Genehmigung der von ihm vertretenen Partei bedarf, ist keine Frage der Schriftform, sondern des Vertragsschlusses. Denn wie ausgeführt will § 550 BGB den Erwerber lediglich über den Inhalt eines gesetzlich auf ihn übergehenden Vertrages informieren und nicht darüber, ob überhaupt ein Vertrag besteht (Senatsurteile vom 19. September 2007 – XII ZR 121/05 – NJW 2007, 3346, 3347 [=GuT 2007, 353] und vom 6. April 2005 – XII ZR 132/03 – NJW 2005, 2225, 2226 [=GuT 2005, 143]).

30 d) Nach diesen Grundsätzen ist die Schriftform des § 550 BGB durch den Mietvertrag der Parteien vom 1. Mai 1990 gewahrt. Der Vertrag war deswegen, entgegen der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts, nicht ordentlich kündbar.

31 aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatten die Parteien zwei gleichlautende Vertragsexemplare erstellt, von denen eines durch alle Mieter einschließlich des Zeugen W. und das andere von dem Zeugen W. für die Vermieterin, seine Ehefrau, unterschrieben worden ist. Weil in den Vertragsexemplaren ausdrücklich die Ehefrau des Zeugen W., die Eigentümerin W., als Vermieterin aufgeführt war, stand zweifelsfrei fest, dass der Zeuge lediglich in deren Vertretung aufgetreten ist, was insoweit zur Wahrung der Schriftform genügt. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Zeuge W. den Vertrag auf Vermieterseite möglicherweise nur mit seinem Nachnamen unterschrieben hat, der sich nicht von dem Nachnamen seiner Ehefrau, der Vermieterin, unterschied. Damit war für die Vertragsparteien, aber auch für einen späteren Erwerber, aus der Vertragsurkunde ersichtlich, dass entweder die Vermieterin persönlich oder ein namensgleicher Vertreter unterschrieben hat, was beides für die Einhaltung der Schriftform ausreicht. Ob in solchen Fällen überhaupt eine Vertretung vorliegt und ob ein Vertreter dazu bevollmächtigt war, ist – wie ausgeführt – eine Frage des Zustandekommens des Vertrages und für die Einhaltung der Schriftform unerheblich. Gleiches gilt für die Frage, ob der Zeuge W., der den Vertrag zugleich als einer der Mieter geschlossen hat, nach § 181 BGB von der Vermieterin zu einem solchen Insihgeschäft ermächtigt war. Auch dabei geht es allein um das Zustandekommen des Vertrages und nicht um die Schriftform des § 550 BGB.

32 Schließlich hat das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht offen gelassen, ob der Zeuge W. den Vertrag in Vollmacht der damaligen Vermieterin unterzeichnet hatte. Denn das Berufungsgericht hat insoweit zusätzlich auf die „zutreffenden“ Ausführungen des Landgerichts verwiesen, das im Rahmen seiner Beweiswürdigung dem Zeugen W. gefolgt ist. Offen gelassen hat das Berufungsgericht deswegen lediglich die Frage, ob der Zeuge seine Vertretung „durch einen entsprechenden Zusatz kenntlich gemacht“ hatte. Dies ist für die Einhaltung der Schriftform hier aber unerheblich.

33 bb) Entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten zu 1 ist die Schriftform des § 550 BGB auch sonst gewahrt. Insbesondere hatten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts und des in Bezug genommenen erstinstanzlichen Urteils sämtliche Mieter eines der Vertragsexemplare unterschrieben. Anhaltspunkte dafür, dass dies statt mit einer vollständigen Unterschrift nur mit einer „Paraphe“ geschehen sein sollte, sind aus dem angefochtenen Urteil nicht ersichtlich. Die Beklagten haben dies auch weder im Wege der vorrangigen Tatbestandsberichtigung angegriffen noch im Verfahren der Revision eine Verletzung ihrer Verfahrensgrundrechte gerügt.

34 cc) Unerheblich ist auch, dass hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zwei Vertragsurkunden erstellt wurden, von denen eine lediglich von den Mietern und die andere von dem Zeugen W. für die Vermieterin unterschrieben wurde. Denn nach § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB genügt es für die Einhaltung der Schriftform, dass jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

35 Die von den Mietern unterzeichnete Urkunde ist der Vermieterin ausgehändigt und im Prozess vom Kläger vorgelegt worden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war auch die für die Vermieterin unterzeichnete und für die Mieter bestimmte Vertragsurkunde seinerzeit vorhanden und ist von dem Zeugen W. als Mitmieter zu den Akten der Anwaltssozietät genommen worden. Dass diese Urkunde heute nicht mehr auffindbar ist, steht der Schriftform nicht entgegen, weil es dafür allein auf den Zeitpunkt des Zustandekommens des Mietvertrages ankommt.

36 3. Weil der Mietvertrag der Parteien der Schriftform des § 550 BGB genügt und auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist,

scheidet eine ordentliche Kündigung aus. Die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 27. Juni 2002 ist deswegen unwirksam.

³⁷ Der Kläger kann die Unwirksamkeit der Kündigung auch im Wege der Feststellungsklage geltend machen. Denn die Rechtskraft einer solchen Feststellung geht über die Feststellung einzelner Rechte aus dem Mietverhältnis hinaus und klärt abschließend, dass die von den Beklagten ausgesprochene Kündigung zum 31. Dezember 2002 unberechtigt war und den Mietvertrag nicht beendet hat. Der Kläger kann auch nicht darauf verwiesen werden, eine Leistungsklage auf Zahlung des Mietzinses zu erheben und im Wege der Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 Abs. 2 ZPO eine Entscheidung über den unveränderten Fortbestand des Mietverhältnisses herbeizuführen (Senatsurteil vom 3. Juli 2002 – XII ZR 234/99 – NJW-RR 2002, 1377, 1378).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 550, 566, 578 BGB
Gewerbemiete; Schriftform; Nachtragsvertrag;
fehlende Schriftform des Ursprungsvertrags;
Berufen auf den Formmangel
nach längerem Vertragsverlauf; Kinocenter

Ein Nachtragsvertrag wahrt die Schriftform eines Mietvertrages nur dann, wenn er eine Bezugnahme auf die Schriftstücke enthält, aus denen sich sämtliche wesentlichen vertraglichen Vereinbarungen ergeben.

(BGH, Urteil vom 9. 4. 2008 – XII ZR 89/06)

1 Zum Sachverhalt: Der Kläger begehrt als Vermieter Feststellung, dass das Mietverhältnis der Parteien bis zum 31. August 2011, hilfsweise über den 31. Dezember 2004 hinaus, besteht. Insoweit streiten die Parteien darüber, ob der zwischen ihnen abgeschlossene Mietvertrag über Gewerbemietflächen der Schriftform genügt und damit – wie vereinbart – bis zum 31. August 2011 besteht, oder ob er mangels Einhaltung der Schriftform durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 11. Mai 2004 zum 31. Dezember 2004 beendet worden ist.

² Der Kläger, der das Mietgrundstück mit notariellem Kaufvertrag vom 14. Dezember 1994 von den damaligen Eigentümern, der H. GmbH und der R. AG in Gesellschaft bürgerlichen Rechts, erwarb, wurde am 13. September 1996 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

³ Zwischen der H. GmbH und der „Kinocenter S. GmbH i. Gr., vertreten durch deren Geschäftsführer M. und H.-H. K.“ (im Folgenden: Kinocenter S. GmbH i. Gr.), kam es 1995 zu Verhandlungen über den Abschluss eines Mietvertrages über noch zu errichtende Gewerberäume auf dem Mietgrundstück zum Betrieb eines Kinos und aller branchenüblichen Nebengeschäfte. Eine erste Mietvertragsurkunde, die eine Laufzeit des Vertrages von 15 Jahren ab dem Monat nach Eröffnung des Kinos vorsah, wurde am 30. November 1995 von M. K. für die Kinocenter S. GmbH i. Gr. als Mieterin unterzeichnet. Die Vertreter der H. GmbH unterzeichneten die Urkunde am 19. Dezember 1995 mit dem Zusatz: „Unterschrift gilt in Verbindung mit unserem Schreiben v. 19.12.1995“. In diesem Schreiben behielt sich die H. GmbH eine Überprüfung der noch zu vereinbarenden Baubeschreibung und des Übergabetermins vor. Mit an die „K. & K.“ gerichteten Schreiben vom 16. Januar 1996 erklärte die H. GmbH den Wegfall des Vorbehalts bezüglich der Geltung der Baubeschreibung und führte weiter aus:

„Mit unserer am 19.12.1995 geleisteten Unterschrift unter dem Mietvertrag wurden daher die verbindlichen vertraglichen Grundlagen unserer Zusammenarbeit beim o.g. Objekt geschaffen.“

Nicht verbindlich ist allerdings mit Ihrem Einverständnis der in § 9 (1) Abs. 2 genannte Übergabetermin der sich verzögern nicht aber verkürzen kann. ...“

⁴ Neben den Unterschriften für die H. GmbH befindet sich unter den Worten „einverstanden: K. & K.“ die Unterschrift von M. K.

⁵ In der Folgezeit schlossen die H. GmbH und die Kinocenter S. GmbH i. Gr. unter Beteiligung der damals als „Ki. 2000 GmbH“ firmierenden Beklagten – die beiden Letzteren jeweils vertreten durch ihre Geschäftsführerin M. K. – eine undatierte Zusatzvereinbarung (Ende Mai 1996) zum Mietvertrag vom „30. November 1996“, in der sie sich u. a. darauf einigten, dass mit Unterzeichnung dieser Vereinbarung durch die Geschäftsführerin M. K. die Kinocenter S. GmbH i. Gr. aus dem Mietvertrag ausscheidet und die Beklagte in alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag eintritt. Gleichzeitig wurde als Übergabetermin der 31. Mai 1996 vereinbart. Das Kino wurde am 1. August 1996 eröffnet. Seitdem führten die Parteien den Vertrag vereinbarungsgemäß durch.

⁶ Mit Schreiben vom 11. Mai 2004 kündigte die Beklagte den Mietvertrag ordentlich zum 31. Dezember 2004. Sie ist der Ansicht, der Mietvertrag genüge nicht der Schriftform, weshalb sie zur vorzeitigen Kündigung berechtigt sei.

⁷ Das Landgericht Frankfurt (Oder) hat die auf Feststellung gerichtete Klage, dass zwischen den Parteien ein Mietvertrag mit einer Laufzeit bis einschließlich 31. August 2011, hilfsweise über den 31. Dezember 2004 hinaus bestehe, abgewiesen.

⁸ Das Oberlandesgericht Brandenburg hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen, weil es der höchstrichterlichen Klärung bedürfe, welche Anforderungen an die Heilung von anfänglichen Formmängeln durch Nachtrags-, Zusatz- oder sonstige Ergänzungsvereinbarungen zu stellen seien, die – für sich genommen – die notwendigen Bestandteile eines Mietvertrages nicht enthielten.

9 Aus den Gründen: Die Revision hat keinen Erfolg.

¹⁰ I. Das Berufungsgericht führt zur Begründung im Wesentlichen aus: Der zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag sei mit Ablauf des 31. Dezember 2004 durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 11. Mai 2004 beendet worden. Ein formwirksam befristetes Mietverhältnis habe zwischen den Parteien nicht bestanden. Zwar habe das Landgericht die Anforderungen, die beim Mieterwechsel an die Wahrung der Schriftform zu stellen seien, überspannt, wenn es die Schriftform als nicht gewahrt sehe, weil es an einer körperlichen Verbindung von Mietvertrag und undatiertes Zusatzvereinbarung fehle. Denn auch bei Vereinbarungen über den Parteiewechsel auf Mieterseite greife die so genannte Auflockerungsrechtsprechung, nach der die Einheitlichkeit einer Urkunde im Sinne des § 126 Abs. 2 BGB eine rein gedankliche sein könne.

¹¹ Der Mietvertrag sei jedoch aus anderen Gründen formunwirksam. Es fehle bereits in der ersten Urkunde vom 30. November/19. Dezember 1995 an übereinstimmenden Willenserklärungen. Die H. GmbH habe das ihr im Namen der Kinocenter S. GmbH i. Gr. unterbreitete Angebot zum Abschluss eines Mietvertrages nur unter dem Vorbehalt einer späteren Einigung über die Baubeschreibung und den Übergabetermin angenommen. Zumindest bei der Baubeschreibung handele es sich um einen wesentlichen und damit formbedürftigen Vertragsbestandteil, da das Mietobjekt erst noch habe errichtet werden sollen.

¹² Unabhängig davon ergebe sich aus der Urkunde als solcher ein offener Dissens i. S. von § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Erklärungen der H. GmbH könnten allenfalls gemäß § 150 Abs. 2 BGB als neues Angebot verstanden werden, dessen Annahme nicht schriftlich dokumentiert sei. Vielmehr habe der Kläger selbst ein Schreiben der Rechtsabteilung der K. & K. Filmtheater vom 12. Januar 1996 in Kopie eingereicht, in dem das neue Angebot explizit abgelehnt worden sei.

¹³ Im Übrigen lasse sich der Vertragsurkunde vom 30. November/19. Dezember 1995 auch nicht entnehmen, ob sie für

die Kinocenter S. GmbH i. Gr. ordnungsgemäß unterzeichnet worden sei. Nach dem Rubrum habe die Gesellschaft durch ihre Geschäftsführer M. K. und H.-H. K. vertreten werden müssen, wobei § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG vom Grundsatz der Gesamtvertretung auszuge. Indes habe die Geschäftsführerin M. K. ohne einen Zusatz unterzeichnet, der auf besondere Vertretungsverhältnisse – insbesondere auf eine Unterschriftsleistung zugleich für den Mitgeschäftsführer H.-H. K. – hinweise.

14 Auch die Einigung über den Wegfall des Vorbehalts betreffend die Baubeschreibung und über die Unwesentlichkeit des in der ersten Urkunde genannten Übergabetermins in dem – von M. K. für die K. & K. gegengezeichneten – Schreiben der H. GmbH vom 16. Januar 1996 habe nicht zum Abschluss eines formwirksam befristeten Mietvertrages geführt. Denn das Schreiben enthalte die zur Begründung eines Mietverhältnisses wesentlichen Vertragsbestandteile offensichtlich nicht. Es handle sich ebenso wenig um einen formwirksamen Nachtrag. Denn mangels Willensübereinkunft habe zu diesem Zeitpunkt kein Ursprungsvertrag existiert. Er sei auch nicht durch konkludentes Handeln, zum Beispiel durch tatsächliche Nutzung, begründet gewesen. Es sei daher allenfalls der Neuabschluss eines Mietvertrages möglich gewesen. Ein solcher könne durch das Schreiben vom 16. Januar 1996 selbst bei hinreichender Bezugnahme auf die erste Vertragsurkunde vom 30. November/19. Dezember 1995 nicht angenommen werden, da das an die „K. & K.“ gerichtete Schreiben der Rechtsvorgängerin des Klägers auch nur für die „K. & K.“ von M. K., nicht aber für die in der Mietvertragsurkunde vorgesehene Mieterin, die Kinocenter S. GmbH i. Gr., unterzeichnet worden sei.

15 Auch durch die undatierte Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag sei der Formmangel nicht behoben worden. Diese Vereinbarung enthalte ebenso wenig wie das Schreiben vom 16. Januar 1996 die zur Begründung eines Mietverhältnisses wesentlichen Vertragsbestandteile. Sie lasse lediglich im Einleitungssatz erkennen, dass sie in Ergänzung zu einem Mietvertrag vom 30. November 1996 getroffen worden sei. Damit möge zwar in Wirklichkeit die Urkunde vom 30. November/ 19. Dezember 1995 gemeint gewesen sein. Diese enthalte allerdings keine übereinstimmenden Willenserklärungen, sondern fixiere einen offenen Dissens.

16 Die Zusatzvereinbarung habe den anfänglichen Formmangel auch nicht geheilt. Dies setze nämlich voraus, dass nachträglich eine formgerechte, den Anforderungen des § 126 BGB entsprechende Urkunde geschaffen werde. Daran fehle es hier. Nachtrags-, Zusatz- oder sonstige Ergänzungsvereinbarungen, in denen – für sich genommen – die notwendigen Bestandteile eines Mietvertrages nicht zu finden seien, könnten nur mit Urkunden zu einer gedanklichen Einheit verschmelzen, die ihrerseits die Willensübereinkunft hinsichtlich der fehlenden Teile bezeugen, nicht aber mit solchen, aus denen sich der Einigungsmangel zweifelsfrei ergebe.

17 Die Beklagte sei auch nicht nach Treu und Glauben gehindert, sich auf den Formmangel zu berufen.

18 II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Prüfung stand.

19 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht zunächst davon aus, dass zwischen den Parteien ein Mietvertrag über Gewerberäume zum Betrieb eines Kinos bestanden hat.

20 a) Der Mietvertrag ist – wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat – allerdings nicht bereits mit Unterzeichnung des Mietvertragsangebots der Kinocenter S. GmbH i. Gr. vom 30. November 1995 durch die H. GmbH am 19. Dezember 1995 zustande gekommen. Denn die H. GmbH hat dieses Vertragsangebot nicht angenommen. Sie hat vielmehr nach der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung ihrer Erklärung durch das Berufungsgericht die im Vertragsangebot in Bezug genommene Baubeschreibung und den dort genannten Übergabetermin nicht akzeptiert, sondern den Abschluss des Mietvertrages von einer noch zu treffenden Einigung über diese Punkte abhängig gemacht.

21 Eine solche Einigung ist jedoch später zustande gekommen. Die Vertragsparteien haben in einer undatierten schriftlichen Zusatzvereinbarung, in der sie einen Mieterwechsel und als Übergabetermin den 31. Mai 1996 vereinbart haben, auf den Mietvertrag vom „30. November 1996“ – gemeint ist offensichtlich 1995 – Bezug genommen und haben schließlich den Vertrag im August 1996 in Vollzug gesetzt und während der folgenden Jahre durchgeführt.

22 b) Der Kläger ist auch als Grundstückserwerber gemäß §§ 566 Abs. 1, 578 Abs. 1 BGB mit seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch am 13. September 1996 in die Rechte und Pflichten aus dem zwischen der H. GmbH und der Beklagten bestehenden Mietvertrag eingetreten. Zwar war die H. GmbH lediglich gemeinsam mit der R. AG in Gesellschaft bürgerlichen Rechts Gesamthandseigentümerin des Mietgrundstücks, weshalb es an der für den Eintritt in den Mietvertrag nach § 566 BGB grundsätzlich erforderlichen Identität zwischen Vermieter und Veräußerer fehlt (Senatsurteil vom 22. Oktober 2003 – XII ZR 119/02 – NJW-RR 2004, 657 [= GuT 2004, 62] m.w.N.). Hier ist es jedoch aufgrund der Besonderheiten des Falles gerechtfertigt, den Mietvertrag in entsprechender Anwendung von § 566 BGB so zu behandeln, als hätte die R. AG als Gesamthandseigentümerin die Mieträume mitvermietet. Denn die das Erfordernis der Identität von Vermieter und veräußerndem Eigentümer tragende Erwägung, der Veräußerer solle nicht gemäß § 566 Abs. 2 BGB wie ein Bürge für Verpflichtungen haften müssen, die nicht in seiner Person, sondern in der Person eines Dritten bestehen (BGH Urteil vom 3. Juli 1974 – VIII ZR 6/73 – NJW 1974, 1551), greift im vorliegenden Fall nicht. Aus der am 7. November 1995 notariell beurkundeten Änderung des zwischen der H. GmbH und R. AG in Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Verkäuferin und dem Kläger als Käufer abgeschlossenen Grundstückskaufvertrages vom 14. Dezember 1994 ergibt sich, dass Grundlage für die Bemessung des endgültigen Kaufpreises für das Mietgrundstück die endgültigen, teilweise schon abgeschlossenen, Mietverträge sein sollten. Die Vertragsparteien, somit auch der Kläger und die R. AG, sind folglich davon ausgegangen, dass der Kläger als Erwerber in die von den Veräußerern abgeschlossenen und noch abzuschließenden Mietverträge eintritt. Daraus folgt, dass die R. AG den Abschluss der Mietverträge auch in ihrem Namen wollte und deshalb die H. GmbH bevollmächtigt hat, die Mietverträge auch für sie abzuschließen. Auch der Kläger wollte als Erwerber in die bestehenden Mietverträge eintreten.

23 2. Der Mietvertrag wahrt jedoch – wie das Berufungsgericht zu Recht annimmt – nicht die für die Wirksamkeit der vereinbarten Laufzeit von mehr als einem Jahr erforderliche schriftliche Form. Er gilt deshalb gemäß §§ 550 Satz 1, 578 Abs. 1 BGB als auf unbestimmte Zeit geschlossen und konnte von der Beklagten ordentlich gekündigt werden.

24 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist die Schriftform des § 550 BGB nur gewahrt, wenn sich die Einigung über alle wesentlichen vertraglichen Vereinbarungen – insbesondere den Mietgegenstand, den Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses – aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergibt. Werden wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, so dass sich der Gesamthalt der mietvertraglichen Vereinbarung erst aus dem Zusammenspiel dieser „verstreuten“ Bedingungen ergibt, müssen die Parteien zur Wahrung der Urkundeneinheit die Zusammengehörigkeit dieser Schriftstücke in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich machen (Senatsurteile BGHZ 142, 158, 161 [= WuM 1999, 516]; vom 7. Juli 1999 – XII ZR 15/97 – NJW 1999, 3257, 3258 [= WuM 1999, 698]; vom 10. Oktober 2001 – XII ZR 93/99 – NJW-RR 2002, 8; vom 18. Dezember 2002 – XII ZR 253/01 – NJW 2003, 1248 [= GuT 2003, 131]; vom 25. Juli 2007 – XII ZR 143/05 – NJW 2007, 3202 [= GuT 2007, 299]). Dazu bedarf es keiner körperlichen Verbindung dieser Schriftstücke. Vielmehr genügt für die Einheit der Urkunde die bloße gedankliche Verbindung, die in einer zwei-

felsfreien Bezugnahme zum Ausdruck kommen muss (Senatsurteil vom 18. Dezember 2002 – XII ZR 253/01 – NJW 2003, 1248 [= GuT 2003, 131]).

25 b) Diesen Anforderungen genügen die hier vorhandenen, über den Mietvertrag erstellten Urkunden, nämlich der „Mietvertrag“ vom 30. November/19. Dezember 1996 (richtig: 1995), das Schreiben der H. GmbH vom 16. Januar 1996 über den Wegfall ihres ursprünglich erklärten Vorbehalts und die undatierte Zusatzvereinbarung über den Mieterwechsel und den Übergabetermin, die nur in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen eines formwirksamen Mietvertrages erfüllen können, nicht.

26 aa) Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, dass die am 30. November bzw. 19. Dezember 1995 unterzeichnete, als „Mietvertrag“ bezeichnete Urkunde keine Einigung der Parteien über die dort niedergelegten vertraglichen Bedingungen enthält. Vielmehr bringt der von der H. GmbH neben ihrer Unterschrift angebrachte Zusatz, die Unterschrift gelte nur im Zusammenhang mit ihrem Schreiben vom 19. Dezember 1995, zum Ausdruck, dass eine solche Einigung über die schriftlich niedergelegten Vertragsbedingungen gerade nicht erfolgt ist. Diese Urkunde enthält folglich nicht die für die Einhaltung der gesetzlichen Schriftform des Vertrages erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Vertragspartner. Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob – wie das Berufungsgericht meint – auch die Unterzeichnung der Urkunde allein durch M. K. für die „Kinocenter S. GmbH i. Gr. vertreten durch ihre Geschäftsführer M. und H.-H. K.“ auf Mieterseite der Schriftform nicht genügt.

27 bb) Es kann weiter dahingestellt bleiben, ob das an die „K.&K.“ gerichtete Schreiben der H. GmbH vom 16. Januar 1996 eine der Schriftform genügende Einigung zwischen ihr und der Kinocenter S. GmbH i. Gr. über die Baubeschreibung und auch über die in der Vertragsurkunde vom 30. November/19. Dezember 1995 niedergelegten vertraglichen Vereinbarungen enthält. Denn die Wahrung der Schriftform des Mietvertrages scheidet jedenfalls daran, dass die undatierte Zusatzvereinbarung, in der die Vertragsparteien den Mieterwechsel und Übergabetermin geregelt haben, nur auf die Vertragsurkunde vom 30. November/19. Dezember 1996 (gemeint ist offensichtlich: 1995) verweist, aus der sich – wie oben ausgeführt – keine Einigung der Parteien über die dort niedergelegten Vertragsbedingungen ergibt, nicht aber auf das Schreiben vom 16. Januar 1996. Damit fehlt es an der für die Wahrung der Schriftform erforderlichen lückenlosen Bezugnahme auf alle Schriftstücke, aus denen sich die wesentlichen vertraglichen Vereinbarungen der Parteien ergeben.

28 3. Entgegen der Ansicht der Revision ist es der Beklagten auch nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Mangel der Schriftform zu berufen. Jede Partei darf sich grundsätzlich – auch nach jahrelanger Durchführung des Mietvertrages – darauf berufen, dass die für den langfristigen Mietvertrag vorgesehene Form nicht eingehalten ist. Aus dem Umstand, dass die Parteien ihren Pflichten aus dem Mietvertrag über einen längeren Zeitraum bis zu der ordentlichen Kündigung durch eine Partei nachgekommen sind, lässt sich nicht herleiten, sie hätten darauf vertrauen können, der Vertragspartner werde nicht von der besonderen Kündigungsmöglichkeit Gebrauch machen, die das Gesetz vorsieht, wenn die Schriftform nicht eingehalten ist (Senatsurteile vom 5. November 2003 – XII ZR 134/02 – NJW 2004, 1103, 1104 [= GuT 2004, 61] und vom 12. Juli 2006 – XII ZR 178/03 – NJW-RR 2006, 1385, 1386 [= GuT 2006, 241]). Nur ausnahmsweise, wenn die Unwirksamkeit der vereinbarten langfristigen Vertragsdauer zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, sich auf den Formmangel zu berufen. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treupflichtverletzung schuldig gemacht hat (Senatsurteile vom 6. April 2005 – XII

ZR 132/03 – NJW 2005, 2225, 2227 [= GuT 2005, 143] und vom 5. November 2003 – XII ZR 134/02 – NJW 2004, 1103, 1104 [= GuT 2004, 61]).

29 Für einen solchen Ausnahmefall liegen hier keine Anhaltspunkte vor.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)

Gewerbemiete etc.

§§ 535, 536a, 538 BGB – Fogging; Mängelbeseitigungspflicht des Vermieters bei Schwarzstaublagerungen

a) Einen im Laufe des Mietverhältnisses auftretenden Mangel der Mietsache hat der Vermieter auch dann auf seine Kosten zu beseitigen, wenn die Mangelursache zwar der Sphäre des Mieters zuzurechnen ist, der Mieter den Mangel aber nicht zu vertreten hat, weil er die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs nicht überschritten hat.

b) Ist der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels der Mietsache in Verzug, kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen (lassen) und zu diesem Zweck vom Vermieter einen Vorschuss in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Beseitigungskosten verlangen.

(BGH, Urteil vom 28.5.2008 – VIII ZR 27/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 476.

§§ 286, 536a, 539 BGB – Aufwendungsersatz- anspruch des Wohnungsmieters nach eigenmächtiger Mängelbeseitigung

Beseitigt der Mieter eigenmächtig einen Mangel der Mietsache, ohne dass der Vermieter mit der Mängelbeseitigung in Verzug ist (§ 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig ist (§ 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB), so kann er die Aufwendungen zur Mängelbeseitigung weder nach § 539 Abs. 1 BGB noch als Schadensersatz gemäß § 536a Abs. 1 BGB vom Vermieter ersetzt verlangen.

(BGH, Urteil vom 16.1.2008 – VIII ZR 222/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 147.

§§ 544, 566 BGB – Mietvertrag über mehr als 30 Jahre; Fristberechnung; Eigentumswechsel; außerordentliche Kündigung; Unkündbarkeit eines Mietvertrags kraft Auslegung

Die Neubegründung eines Mietverhältnisses zwischen dem Erwerber des Mietobjekts und dem Mieter kraft Gesetzes gemäß § 566 BGB („Kauf bricht nicht Miete“) beeinflusst den Lauf der Frist nach § 544 Satz 1 BGB nicht, so dass nach Ablauf von 30 Jahren seit der Überlassung der Mietsache ein Mietverhältnis außerordentlich mit der gesetzlichen Frist gekündigt werden kann.

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2007 – 1 U 119/07)

Anm. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 552. Vgl. BGH GuT 2004, 58; WuM 1992, 318; WuM 1996, 476; OLG Hamburg WuM 1998, 149; BGH WuM 1999, 390; GuT 2006, 154 KL.

§ 548 BGB – Beginn der Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB bei Veräußerung der Mietsache

Bei einer Beendigung des Mietverhältnisses durch Veräußerung des Mietobjekts beginnt die Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB für Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Auf-

wendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung erst mit der Kenntnis des Mieters von der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch zu laufen.

(BGH, Urteil vom 28. 5. 2008 – VIII ZR 133/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 402.

§§ 548, 546 BGB – Kurze Verjährungsfrist für Ersatzansprüche des Vermieters bei unvollständiger Schlüssellrückgabe

Der Lauf der kurzen Verjährungsfrist für Ersatzansprüche des Vermieters beginnt, sobald ihm der Mieter das Mietobjekt zur ungestörten Überprüfung überlässt und den Besitz vollständig und unzweideutig aufgibt, auch wenn aus einer Vielzahl von Schlüsseln noch einzelne beim Mieter verblieben sind.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. 9. 2007 – I-24 U 7/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 554. – Vgl. bereits OLG Düsseldorf GuT 2006, 243.

§ 573 BGB; § 3 AnfG; § 57a ZVG – Mietvertragskündigung der Bank wegen wirtschaftlicher Verwertung des Grundstücks nach Erwerb in der Zwangsversteigerung

Eine Bank, die eine zu Wohnzwecken vermietete Immobilie in der Zwangsversteigerung erworben hat, hat ein berechtigtes Interesse an der Kündigung des Mietverhältnisses, wenn der Mieter seine Rechtsposition durch ein von ihr wegen Gläubigerbenachteiligung anfechtbares Rechtsgeschäft erlangt hat, bei Fortsetzung des Mietverhältnisses eine Verwertung des Grundstücks zu zumutbaren wirtschaftlichen Bedingungen nicht möglich ist und die Bank dadurch erhebliche Nachteile erleiden würde.

(BGH, Urteil vom 16.1. 2008 – VIII ZR 254/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 233.

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; VRiOLG Dr. Kürschner, Karlsruhe; VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf.

Teileigentum

§§ 1004, 275 BGB Teileigentum; Supermarkt; Getränkelager auf dem überbauten Nachbargrundstück; Überbau aufgrund zwischenzeitlich beendeten Mietvertrags; Beseitigungsanspruch

Die in § 275 Abs. 2 BGB bestimmte Einrede kann auch gegen einen Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs.1 Satz 1 BGB erhoben werden.

(BGH, Urt. v. 30. 5. 2008 – V ZR 184/07)

– Vorprozess BGH in GuT 2004, 104 –

1 **Zum Sachverhalt:** P. B. war Eigentümer des Grundstücks P.-Straße in B. (Stammgrundstück); der Beklagte war Eigentümer des Nachbargrundstücks P.-Straße. 1973 errichtete B. auf dem rückwärtigen Teil seines Grundstücks ein einstöckiges, als Supermarkt nutzbares Gebäude. In den Bau bezog er eine mehr als 42 qm große Teilfläche des Grundstücks des Beklagten ein, die ihm der Beklagte mit Vertrag vom 11. Januar 1973 hierzu auf die Dauer von 20 Jahren mit Verlängerungsoption währungs-gesichert vermietet hatte. Später teilte B. das Stammgrundstück nach dem Wohnungseigentumsgesetz. Die als Supermarkt genutzten Teileigentumseinheiten verkaufte er an G. Z., der an seiner Stelle in den Mietvertrag mit dem Beklagten eintrat. Für die Überlassung der Teilfläche hatte Z. schließlich monatlich 418 DM zu zahlen.

2 1998 verkaufte Z. die Teileigentumseinheiten an die Kläger. Den Überbau und den Mietvertrag mit dem Beklagten offenbarte er nicht. Die Kläger zahlten zunächst für Z.; einen Eintritt in den Mietvertrag anstelle von Z. lehnten sie jedoch ab. Daraufhin kündigte der Beklagte vorsorglich den Mietvertrag. Das Eigentum an dem Grundstück übertrug er unter dem Vorbehalt eines Nießbrauchs seinen Kindern. Gegen die Kläger wirkte er ein Urteil auf Herausgabe des für den Überbau genutzten Teils (Vorprozess; Senat, BGHZ 157, 301 ff. [= GuT 2004, 104]) des Grundstücks P.-Straße (im Folgenden: Grundstück des Beklagten).

3 Die Kläger haben beantragt, festzustellen, für die Nutzung des Grundstücks des Beklagten monatlich 100 € bezahlen zu müssen. Insoweit haben die Parteien den Rechtsstreit überein-

stimmend für erledigt erklärt, nachdem der Beklagte Widerklage auf Zahlung eines höheren Betrags erhoben hatte. Im Wege der Widerklage hat der Beklagte von den Klägern darüber hinaus die Räumung des Grundstücks durch Beseitigung des Überbaus verlangt.

4 Das Landgericht Bremen hat dem Räumungsverlangen durch Teilurteil stattgegeben. Auf die Berufung der Kläger hat das Oberlandesgericht die Widerklage insoweit abgewiesen. Mit der von dem Oberlandesgericht Bremen zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

5 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht verneint einen Räumungsanspruch des Beklagten. Es meint, aufgrund der Beendigung des Vertrages vom 11. Januar 1973 müsse der Beklagte den Überbau auf dem Grundstück nicht mehr dulden. Ob die Kläger gegenüber dem Beklagten anerkannt hätten, zur Beseitigung des Überbaus verpflichtet zu sein, könne dahingestellt bleiben. Ein Anerkenntnis schließe die Kläger nur mit solchen Einwendungen aus, die sie gekannt oder mit denen sie gerechnet hätten. Daran fehle es bei den Abbruchkosten von rund 90 000 €. Deren Höhe hätten die Kläger erst durch das von dem Landgericht eingeholte Sachverständigengutachten erfahren. Über diese Kosten hinaus hätten die Kläger bei einem Abriss des Überbaus weitere Nachteile seitens der Mieterin des Supermarkts zu erwarten. Das stehe außer Verhältnis zu dem Interesse des Beklagten an der Beseitigung des Überbaus. Dieses sei auf der Grundlage des Wertes der in Anspruch genommenen Fläche des Grundstücks allenfalls mit 19 360 € anzunehmen. Das Missverhältnis schließe den Anspruch des Beklagten aus, von den Klägern den Abriss verlangen zu können.

6 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Kläger sind gemäß §§ 1065, 1004 Abs.1 BGB verpflichtet, den als Supermarkt genutzten Gebäudeteil auf dem Grundstück des Beklagten zu beseitigen.

7 1. Wird die Überschreitung der Grundstücksgrenze zur Bebauung eines Grundstücks von dem Eigentümer des angrenzenden Grundstücks gestattet, ist der Überbau rechtmäßig. Er ist wesentlicher Bestandteil des auf dem Stammgrundstück errichteten Gebäudes (Senat, BGHZ 62, 141, 145; 157, 301, 304

[= GuT 2004, 104]). Wird das Stammgrundstück nach dem Wohnungseigentumsgesetz geteilt, entsteht an den tragenden Teilen des Gebäudes Miteigentum. Zu den tragenden Teilen gehören insbesondere die Außenmauern eines Gebäudes. Das gilt auch insoweit, als diese nur das Sondereigentum eines einzelnen Wohnungs- oder Teileigentümers umschließen (Senat, BGHZ 50, 56, 59 ff.). Soweit sich die Außenmauern des von B. errichteten Gebäudes auf dem Grundstück des Beklagten befinden, sind die Kläger zu deren Beseitigung rechtlich daher nur in der Lage, wenn die übrigen Miteigentümer der Beseitigung durch die Kläger zustimmen. Das behauptet der Beklagte, Feststellungen hierzu sind nicht getroffen.

8 Solcher Feststellungen bedarf es auch nicht. Das Schreiben des Klägers an den Beklagten und dessen Bevollmächtigten vom 21. Januar 2004 bedeutet ein deklaratorisches Anerkenntnis der Verpflichtung der Kläger zum Abriss des Überbaus. Zu dieser Feststellung ist der Senat in der Lage, weil weiteres Vorbringen insoweit nicht in Betracht kommt.

9 In dem Schreiben des Klägers, der im vorliegenden Rechtsstreit ebenso wie im Vorprozess die Klägerin und sich selbst als Rechtsanwalt vertreten hat, heißt es:

10 „Die Lage stellt sich nunmehr wie folgt dar:

Räumungsvollstreckung aus dem vorhandenen Titel scheidet aus, weil wir nicht Gewahrsaminhaber sind und die Firma P. nicht herausgabebereit ist. ... Zu Gunsten von Herrn W. bestehen gleichsam parallel die Ansprüche auf Herausgabe und auf Beseitigung. Den Herausgabeanspruch hat er geltend gemacht und insoweit obsiegt. Nunmehr geht es um den Beseitigungsanspruch. Mit diesem obsiegt er gleichermaßen, weil – wie gesagt – beide Ansprüche gleich laufen. Meine Ehefrau und ich sehen nach der BGHE keine hinreichenden Chancen, den Beseitigungsanspruch abzuwehren. Somit ist dieserhalb ein weiterer Rechtsstreit nicht erforderlich. Wir erkennen den Anspruch an und werden bei dessen Geltendmachung das Erforderliche veranlassen. ...“

11 Das bedeutet schon dem Wortlaut nach das Anerkenntnis des mit der Widerklage von dem Beklagten geltend gemachten Anspruchs. Anlass des Schreibens war das Urteil des Senats im Vorprozess vom 16. Januar 2004. Ziel der Erklärung war es, die in dem Vorprozess nicht entschiedene Frage der Verpflichtung zum Abriss des Überbaus der Ungewissheit zu entziehen, die Pflicht endgültig festzulegen und so einen Rechtsstreit um diesen Anspruch zu vermeiden.

12 Auch ohne ausdrückliche Erklärung der Annahme durch den Beklagten, § 151 Abs. 1 BGB, sind die Kläger daher nach dem Sinn und Zweck ihrer Erklärung mit der Berufung auf sämtliche Einwendungen und der Geltendmachung sämtlicher Einreden ausgeschlossen, die ihnen bei Abgabe der Erklärung vom 21. Januar 2004 bekannt waren oder mit denen sie rechneten (st. Rechtspr., vgl. BGHZ 66, 250, 254; 69, 328, 331). Hierzu gehört der Einwand, zum Abriss des Überbaus nicht in der Lage zu sein, weil einzelne Miteigentümer Teile eines gemeinschaftlichen Gebäudes nicht ohne die Zustimmung der übrigen Miteigentümer abreißen dürfen und ohne diese daher nicht zum Abriss verurteilt werden können. Die Kläger haben durch ihr Anerkenntnis die Verpflichtung übernommen, das Einverständnis der übrigen Miteigentümer zum Abriss des Überbaus herbeizuführen.

13 2. Ebenso liegt es, soweit das Berufungsgericht meint, die Kläger würden bei einer Kündigung des Mietvertrags über den Supermarkt aus Anlass des Abrisses des Überbaus Schäden erleiden, die bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen zu berücksichtigen seien.

14 3. Etwas anderes gilt nur für die Kosten des Abrisses. Diese sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit etwa 90 000 € anzunehmen. Mit Kosten in auch nur annähernd dieser Höhe haben die Kläger bis zu den im vorliegenden Rechtsstreit getroffenen Feststellungen des Sachverständigen

nicht gerechnet. Sie haben diese Kosten im Vorprozess vielmehr mit knapp 25 000 € und damit weit unter ihrer tatsächlichen Höhe angenommen.

15 a) Das Verhältnis zwischen diesen Kosten und dem Interesse des Beklagten an dem Abriss schließt den Anspruch des Beklagten entgegen der Meinung des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung jedoch nicht aus.

16 Die Rechtsprechung hat den Anspruch auf Beseitigung aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB auf der Grundlage des in § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB zum Ausdruck kommenden Grundsatzes der Unzumutbarkeit als ausgeschlossen angesehen, wenn die Beseitigung mit Aufwendungen verbunden ist, die in keiner vertretbaren Relation zu dem Nachteil des Beeinträchtigten stehen (vgl. statt aller Senat, BGHZ 143, 1, 6 m.w.N.).

17 Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat den Rückgriff auf den in § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB zum Ausdruck kommenden Grundsatz zur Beschränkung des Anspruchs aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB überflüssig gemacht. Die Beschränkung folgt nunmehr aus § 275 BGB. Die Vorschrift findet auf alle Leistungspflichten Anwendungen, gleichgültig ob diese auf einem Vertrag, auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis oder allgemein auf einer gesetzlichen Verpflichtung beruhen (Erman/Westermann, BGB, 12. Aufl. § 275 Rdn. 2; Münch-Komm-BGB/Ernst, 5. Aufl., § 275 Rdn. 12; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 275 Rdn. 2; ferner OLG Düsseldorf NJW-RR 2007, 1024, 1025 [= WuM 2007, 159/162 KL]). Dies war Absicht des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Die Begründung des Gesetzesvorschlages verweist zum Anwendungsbereich von § 275 Abs. 2 BGB ausdrücklich auf Leistungsansprüche aus dem Sachenrecht und führt aus, die Begrenzung derartiger Ansprüche sei bisher § 251 Abs. 2 BGB entnommen worden. Hierzu ist auf das Urteil des Senats, BGHZ 62, 388 ff., ausdrücklich Bezug genommen (BT-Drucks. 14/6040, S. 130).

18 b) Ob die festgestellte Diskrepanz zwischen dem Interesse des Beklagten an der Beseitigung des Überbaus und dem hierzu notwendigen Aufwand hinreichend ist, den Klägern eine Einrede gegen von dem Beklagten geltend gemachten Abrissanspruch zu eröffnen, kann dahin gestellt bleiben. Die Einrede scheidet nämlich schon an dem in § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommenden Grundsatz.

19 Nach diesem hängt das Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 Abs. 2 Satz 1 BGB auch davon ab, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. So verhält es sich bei den Klägern. Auch diese Feststellung kann der Senat treffen.

20 Der Beklagte hat die Einbeziehung seines Grundstücks in das Bauvorhaben für die Dauer des Bestehens eines Mietverhältnisses geduldet. Der Überbau war daher grundsätzlich nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses zu beseitigen, § 546 BGB, § 556 BGB a. F. Zu der von den Klägern anerkannten Verpflichtung ist es nur deshalb gekommen, weil sie bei dem Erwerb des Teileigentums der Ausdehnung des Gebäudes auf das Grundstück des Beklagten keine Beachtung geschenkt und so den Mangel des ihnen von Z. verkauften Teileigentums nicht erkannt haben. Soweit Z. den Klägern deshalb verantwortlich ist, ist seine Inanspruchnahme nach Behauptung der Kläger aussichtslos, weil Z. insolvent ist. Das liegt außerhalb des Risikobereichs des Beklagten.

21 Auch nach der Aufdeckung des Rechtsmangels hatten die Kläger es in der Hand, die Verpflichtung zur Beseitigung des Überbaus zu vermeiden oder dadurch aufzuschieben, dass sie die von Z. dem Beklagten geschuldete Miete weiter bezahlten oder das Angebot des Beklagten annahmten, anstelle von Z. in den Vertrag vom 11. Januar 1973 einzutreten. Statt dies zu tun, haben sie dem Beklagten mit ihrem Verhalten Anlass gegeben, den Mietvertrag zu kündigen, und damit die Situation geschaffen, deren Folgen sie als wirtschaftlich unzumutbar ansehen. Damit aber schließt die im Rahmen von § 275 Abs. 2 BGB gebotene Wertung des Verhaltens der Kläger es aus, ihnen das Recht zu eröffnen, die geschuldete Leistung zu verweigern.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Teileigentum etc.

§§ 675, 433 BGB – Anlageberatung; Entwicklung des Mietpools

Die nach Vertragsschluss einsetzende defizitäre Entwicklung eines Mietpools lässt allein nicht den Schluss auf einen Beratungsfehler des Verkäufers zu.

(BGH, Urteil vom 18. 7. 2008 – V ZR 70/07)

Hinw. d. Red: Zu Beratungspflichten bzgl. Mietpools vgl. BGH – V ZR 284/06 –, GuT 2008, 297 (in diesem Heft).

§ 3 WEG – Entstehung von Sondereigentum ohne räumliche Abgeschlossenheit

Ist die Begrenzung des Sondereigentums nach dem Aufteilungsplan und der Bauausführung eindeutig, kann Sondereigentum an einem Raum auch dann entstehen, wenn es an einer tatsächlichen Abgrenzung des Raums gegen fremdes Sondereigentum fehlt.

(BGH, Urteil vom 18. 7. 2008 – V ZR 97/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 568.

§§ 10, 21, 28 WEG – Wohnungseigentumsanlage; ordnungsgemäße Verwaltung; Reinigung der Außenanlagen in persona; Anmietung der Warmwasserzähler

1. Eine Regelung, wonach für die Herbstzeit vom 1. September bis zum 30. Januar eines Jahres die Wohnungseigentümer nach einem festgelegten Plan zum Fegen von Laub und zur allgemeinen Reinigung der Außenanlagen der Eigentümergemeinschaft herangezogen werden, kann nicht mit Mehrheit wirksam beschlossen werden.

2. Ob notwendige Warmwasserzähler gekauft, gemietet oder geleast werden, unterliegt der Entscheidung durch Mehrheitsbeschluss.

Hierbei entspricht nicht stets nur die preiswerteste Variante ordnungsgemäßer Verwaltung, sondern auch eine solche, die sich unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände als wirtschaftlich nicht unvertretbar erweist.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. 6. 2008 – I-3 Wx 77/08)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 570.

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; RiOLG von Wnuck-Lipinski, Düsseldorf.

Wettbewerb

Internet – Umschau August 2008

<i>Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin</i>
--

hOLG Hamburg – Suche nach der Anspruchsgrundlage

Das hanseatische Oberlandesgericht Hamburg durfte in einer Entscheidung (Urteil vom 12.04. 2007, Az.: 3 U 212/06) präzisieren, worum es eigentlich geht, wenn jemand den Verzicht auf eine Domain gegenüber der Registrierungsstelle erklären soll.

Die Klägerin, eine Werbeagentur und Inhaberin mehrerer Marken zum Begriff „original Nordmann“, verlangt die Freigabe der Domain original-nordmann.eu, deren Inhaber der Beklagte ist. Dieser betreibt einen Forstbetrieb und handelt mit Nordmann-Tannen; er ist seit April 2006 Inhaber der Domain original-nordmann.eu, die bisher keine Inhalte aufweist. Die Klägerin sieht ihre Markenrechte verletzt und einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Der Beklagte hält entgegen, die Domain werde nicht geschäftlich genutzt, die Marke sei für Bäume nicht schützbar, da glatt beschreibend, und er beabsichtige eine allgemeine Informationsseite über Nordmann-tannen einzurichten. Nach einer erfolglosen Abmahnung ging die Klägerin vor Gericht.

Das Landgericht Hamburg hatte mit Urteil vom 15.08. 2006 die Klage auf „Freigabe“ der Domain abgewiesen. Die Klägerin legte Berufung ein und änderte dabei den Antrag dahin ab, dass der Beklagte gegenüber der EU-Registrierungsstelle den „Verzicht“ auf die Domain original-nordmann.eu erkläre. Über diesen Antrag musste das hOLG Hamburg nun entscheiden. Das Gericht wies die Berufung zurück. Zu klären war zunächst, um was für einen Anspruch es sich überhaupt handelte: Das Landgericht Hamburg ging von einem Unterlassungsanspruch aus. Nach einem Hinweisbeschluss des hOLG Hamburg im Januar hatte sich die Sache dahin geklärt, dass die Klägerin eine Verzichtserklärung wolle. Dabei, so stellte das hOLG Hamburg fest, gehe es um die Domain schlechthin, und nicht um die Verwendung des Domain-Namens für bestimmte Inhalte. Da es nicht um bestimmte Inhalte geht, sondern um die Domain als solche, liegt nach Ansicht des Gerichts kein markenrechtlicher An-

spruch nach § 14 MarkenG vor. Für diesen generellen Verzichtsanspruch kann es nicht auf mögliche Inhalte ankommen. Das Registrierthalten der Domain als solches stellt keine markenmäßige Benutzung dar. Zudem handelt es sich um eine Gattungsdomain; würde der Beklagte unter der Domain Informationen über Nordmann-tannen bereit stellen, läge darin auch keine Markenrechtsverletzung; das gilt einerseits für die von der Beklagten registrierte Wort-/Bildmarke (Original Nordmann Tanne – Ein Geschenk der Natur), die für Pflanzen, wie auch die Wortmarke (Original Nordmann), die lediglich für Bekleidungsstücke eingetragen ist. Eine darüber hinaus in Großbritannien eingetragene Marke der Klägerin ist, so das Gericht, für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland schlicht unbeachtlich (§ 4 MarkenG).

Davon abgesehen stelle das Registrierthalten der Domain kein unlauteres Verhalten dar (§ 3 UWG), und das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb habe keine Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Verzichtsanspruch. Ein Anspruch aus dem Recht am Unternehmen (§ 823 BGB) bestehe ebenfalls nicht; es komme hier nicht zum Zuge, da keine Regelungslücke besteht. Die Klägerin hatte in einem Hilfsantrag zudem gefordert, der Beklagte dürfe die Domain nicht für Inhalte bezüglich Bäume und Kleidung verwenden. Doch auch diesen Antrag verwarf das Oberlandesgericht, da der weit gefasste Unterlassungsantrag nach § 14 MarkenG auch nicht rechtswidrige Nutzungen der Domain umfasst. Zudem sei nicht ersichtlich, dass eine Begehungsgefahr bestünde, demnach der Beklagte die Domain rechtswidrig für Inhalte mit Bezug zu Bäumen und Kleidung nutzen werde.

Die Entscheidung des hOLG Hamburg findet man unter:

<http://www.jurpc.de/rechtspr/20080082.htm>

Abmahnung – erst kommt die Inkenntnissetzung!

Die Euphorie über den schnellen Euro treibt Blüten unter den Abmahnanwälten – das muss nicht sein. Das Landgericht Düsseldorf tritt dem mit einer aktuellen Entscheidung entgegen, in der es wiederum vor Augen führt, dass man unter Um-

ständen gewisse Störer erst in Kenntnis setzen muss, sonst wird es teuer für die liebe Mandantschaft.

Die Beklagte, die Schuhe unter anderem mit der Markenbezeichnung DX vertreibt, hatte die Klägerin abgemahnt, weil auf deren Internethandelsplatz für Großhandelsware genau solche Schuhe – wie die Beklagte meinte – unerlaubt angeboten wurden. Am 30. August 2007 mahnte die Beklagte daher die Klägerin ab und verlangte eine strafbewährte Unterlassungserklärung. Die Klägerin löschte die Angebote, gab aber die Erklärung nicht ab, sondern verlangte vielmehr von der Beklagten, sie solle eine Verzichtserklärung hinsichtlich der Geltendmachung ihrer Ansprüche bis zum 13. September 2007 abgeben und die entstandenen Anwaltsgebühren der Klägerin begleichen. Da die Beklagte die Erklärung nicht abgab und auch die Gebühren nicht zahlte, erhob die Klägerin Klage vor dem Landgericht Düsseldorf.

Die Klägerin meint, sie könne nicht Täterin oder Teilnehmerin sein, da sie lediglich für Dritte eine technische Plattform bereit stelle. Da sie zudem nicht verpflichtet sei, die gespeicherten Informationen zu prüfen, sei sie auch keine Störerin. Die Klägerin beantragte, festzustellen, dass der Beklagten die geltend gemachten Ansprüche nicht zustehen und diese die Anwaltsgebühren der Klägerin zu tragen habe. Die Beklagte erkannte den ersten Teil des Antrags an, so dass das Gericht nur noch über den Zahlungsanspruch sowie die Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden hatte.

Das LG Düsseldorf bestätigte den Anspruch der Klägerin (Urteil vom 19.03.2008, Az.: 2a O 314/07). Die Beklagte muss die der Klägerin entstandenen Kosten zahlen, die die Einschaltung eines Anwalts verursacht haben, mit dem sie sich gegen die vorprozessuale Abmahnung der Beklagten zur Wehr setzte. Die unberechtigte Abmahnung stellt einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar (§ 823 Abs. 1 BGB). Der Beklagten stand im Zeitpunkt der Abmahnung kein markenrechtlicher Unterlassungsanspruch (§ 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 MarkenG) zu. Die Klägerin war jedenfalls weder Täterin oder Teilnehmerin noch Störerin. Die Haftung der Klägerin kommt erst in Betracht, wenn sie positive Kenntnis von einer Rechtsverletzung erhält. Hier erhielt sie die positive Kenntnis erst durch die Abmahnung. Auf diese reagierte die Klägerin prompt. – Das Gericht bezieht sich in seiner Entscheidung mehrmals auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach es einem Unternehmen, das eine Internetplattform betreibt, nicht zumutbar sei, jedes Angebot vor Veröffentlichung im Internet auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu überprüfen. Die mithin unberechtigte Verwarnung der Beklagten verpflichtet zum Schadensersatz: da es ihr bei sorgfältiger Prüfung und Einschaltung von erfahrenen Beratern möglich war, zu erkennen, dass es an einer Schutzrechtsverletzung der Klägerin fehlte, handelte die Beklagte schuldhaft.

Ohne Frage besteht in den genannten Fällen einer Täterschaft oder Mittäterschaft und bei Vorliegen einer Störerhaftung das Recht, im Falle einer Rechtsverletzung abzumahnern. Ob das aber immer klar erkennbar ist, ist die eine Frage; die andere allerdings bleibt: ist eine Abmahnung in solchen und ähnlich gelagerten Rechtsfällen überhaupt notwendig? Reicht es nicht, zunächst auf die Rechtsverletzung freundlich hinzuweisen? Das führt, gerade auch bei Kennzeichenrechtsverletzungen, die von einem Domain-Namen ausgehen, in der Regel zur unkomplizierten Abwicklung der Sache und im Erfolgsfalle auch zur Übertragung der Domain, obwohl von Gesetzes wegen gar kein Übertragungsanspruch besteht.

Die Entscheidung des LG Düsseldorf findet man unter:

http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT_MIR_2008_162.pdf

OLG Düsseldorf – auf die TLD kommt es an!

Die Frage, welche Wirkung die Domain-Endung in Domain-Streitigkeiten entfaltet, ist in der Rechtsprechung unverändert ein großes Durcheinander. Man denke an tipp.ag, solingen.info

und wdr.org, welches die herausragenden Entscheidungen zu diesem Thema sind. Nun hat das OLG Düsseldorf einen Beitrag dazu geleistet.

Die Parteien streiten um zwei .com-Domains. Die Antragstellerin vertreibt kosmetische Produkte, ist Markeninhaberin und firmiert unter einer Bezeichnung, die die Antragsgegnerin als .com-Domains (mit Bindestrich und mit „s“) registrierte. Letztere vertreibt ihrerseits Kosmetika in den Golfstaaten, unter anderem aufgrund einer Vertriebsvereinbarung mit der Antragstellerin das Produkt „B“. Streitig ist, ob die .com-Seiten der Antragsgegnerin auf eine deutschsprachige Seite weiterleiteten; zumindest wies die englischsprachige Seite, auf die die Domains nach Angaben der Antragsgegnerin weiterführten, eine Weiterleitung auf ein deutschsprachiges Angebot hin. Zudem warb die Antragsgegnerin damit, auch Dienstleistungen auf dem deutschen Markt zu erbringen.

Das OLG Düsseldorf (Urteil vom 22.04.2008, Az.: I-20 U 93/07) bestätigte die vorausgegangene Entscheidung des Landgericht Düsseldorf, wobei die Parteien mittlerweile die Hauptsache für erledigt erklärt hatten und nur noch über die Kosten zu entscheiden war. Das LG Düsseldorf hatte der Antragsgegnerin untersagt, unter den .com-Domains für sich zu werben (§§ 8, 3, 4 Nr. 10 UWG), da der Wettbewerb der Antragstellerin erheblich behindert werde. Das OLG Düsseldorf hat der Antragsgegnerin die Kosten auferlegt. Es sieht – unter anderem – auch einen Anspruch aus dem Markenrecht (§ 15 Abs. 2, Abs. 4 MarkenG), demnach die Antragsgegnerin nicht unter dem Unternehmenskennzeichen der Antragstellerin für sich werben darf.

An dieser Stelle musste die Frage des Inlandsbezugs hinsichtlich der deutschen Marke der Antragstellerin beantwortet werden. Es gilt das Territorialprinzip, wonach sich der Schutzbereich einer inländischen Marke auf das Inland beschränkt. Eine inländische Nutzung einer Marke ergibt sich nicht schon daraus, dass Internetseiten überall abgerufen werden können. Vielmehr muss nach den Ausführungen des Gerichts das kennzeichenverletzende Angebot einen hinreichenden wirtschaftlich relevanten Inlandsbezug aufweisen. Hier nun greift das Angebot auf den Internetseiten der Antragsgegnerin, auch nach Deutschland zu liefern. Weitere markenrechtliche Tatbestands Voraussetzungen lagen nach Ansicht des Gerichts ebenfalls vor.

Schließlich hielt das Gericht fest, dass die Vereinbarung zwischen den Parteien, die Antragsgegnerin dürfe unter Nutzung des Unternehmenskennzeichens der Antragstellerin Kosmetikprodukte in den Golfstaaten vertreiben, erstere nicht legitimieren, entsprechende .com-Domains zu registrieren. Die Nutzung der .com-Domains gehe weit über den Vertrieb in den Golfstaaten hinaus, da es sich bei .com nicht um eine national gebundene Domain-Endung handele, sondern sie im internationalen Geschäftsverkehr genutzt werde. Die Antragsgegnerin hätte für eine Webpräsenz die Endung .ae (Vereinigte Arabische Emirate) wählen müssen. Unter den .com-Domains ergäbe sich der Eindruck, die Antragsgegnerin sei das Unternehmen, welche unter Verwendung des Unternehmenskennzeichens der Antragstellerin die Geschäfte führe und darunter international und also auch in Deutschland tätig sei.

Domain-Inhabern dürfte mit dieser Entscheidung einiges klarer werden: Wer in Lizenz Produkte vertreibt, darf noch lange keine entsprechende Domain registrieren, auch nicht solche mit dem Namen des Lizenzgebers. Die Domain-Endungen, unter denen er, vertraglich vereinbart, lizenzierte Produkte vertreibt, sollten vorher mit dem Lizenzgeber abgesprochen werden oder sich zumindest auf die Landesendung beschränken, innerhalb der man die Produkte vertreiben darf. Und die Endung .com, die nach wie vor für „commerce“ steht, ist tabu, weil international orientiert.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf findet man unter:

<http://snipurl.com/2yypi>

<mailto:dingeldey@domain-recht.de>

<mailto:RA@daniel-dingeldey.de>

Besteuerung

Steuern – Umschau August 2008

RiFG i.R. Karl-Christian Callsen, Erfstadt-Liblar

Privates Fest ist nicht immer nur privat veranlasst

Das Abschiedsessen eines leitenden Mitarbeiters einer GmbH hatte im kleinen Kreis in einem Restaurant stattgefunden. Die Gäste – bestimmte Geschäftspartner des Arbeitgebers und Angehörige des öffentlichen Lebens –, zu denen der Ausscheidende freundschaftliche Beziehungen unterhielt, wurden von ihm persönlich ausgewählt. Anders als bei der Abschiedsfeier im Betrieb am letzten Arbeitstag waren weder Vertreter des Anteilsigners noch Mitarbeiter noch weitere Geschäftsführer anwesend und es wurde auch keine Laudatio auf den Ausscheidenden durch den Arbeitgeber gehalten. An einer Incentive-Reise nahm jedoch ein Geschäftsführer der GmbH teil. Die GmbH übernahm die Kosten des Abschiedsessens und für die Incentive-Reise. Das FA erließ deshalb einen Lohnsteuer-Haftungsbescheid an die GmbH.

Das Niedersächs. FG bestätigte weitgehend mit Urteil vom 6. 7. 2007 die Rechtmäßigkeit des Haftungsbescheids. Anhand der Umstände des Einzelfalles war das Abschiedsessen als eine nahezu ausschließlich private Feier anzusehen und die Kostenübernahme damit als Entlohnung. Lediglich bei der Incentive-Reise als eine Rundreise mit touristischen Sehenswürdigkeiten nahm es wegen der Teilnahme eines Geschäftsführers einen Abschlag vor. Der BFH bestätigte mit Beschluss vom 15. 2. 2008 (VI B 97/07, Steuer-Telex 2008,357) das Urteil der Vorinstanz. Die griffweise Schätzung eines betrieblichen Anteils konnte zu Recht nicht erfolgen, da die GmbH trotz Aufforderung hierzu keine Tatsachen vortrug (zu einer ggfls vorzunehmenden Aufteilung vgl. Urteil des FG Münster vom 29. 9. 2007 in EFG 2008,118).

In Kenntnis dieser Rechtsprechung hat ein kundiger Steuerberater bei derartigen Festen Gestaltungsmöglichkeiten.

Werbungskostenabzug und AfA auch bei langjährigem Gebäude-Leerstand

Die Klägerin (KI), eine Immobilienmaklerin, ersteigerte im April 1983 ein zweistöckiges Gebäude. Entsprechend einer ihr erteilten Genehmigung zum Umbau und zur Nutzungsänderung ließ sie das Erdgeschoss in eine Gaststätte, das 1. OG in Büroräume für ihren eigenen Gewerbebetrieb (24,78% der Nutzfläche) und das 2. OG in eine Pächterwohnung für die Gaststätte umbauen. Unter anderem ließ sie hierbei in die Gaststätte eine Thekeneinrichtung in 1985 für netto DM 53.300,- einbauen. Außerdem erwarb sie im Sommer 1985 ein unmittelbar angrenzendes Nachbargrundstück. Sie gab an, ein Hotel unter Einbeziehung des ursprünglichen Objekts errichten zu wollen. Ab 1986 nutzte die KI das 1. OG als Büro für ihren Gewerbebetrieb, das Erdgeschoss und das 2. OG blieben bis zum heutigen Tag ungenutzt. Im Jahr 2000 begann die KI mit der Ausschachtung des unbauten Grundstücks, das Fundament selbst ist bis heute nicht gegossen. Das FA verneinte die Einkunftserzielungsabsicht. Anders jedoch das FG Köln mit Urteil vom 19.1.2007 (EFG 2008,293; Revision zum BFH unter X R 30/07). Aufwendungen für ein (noch) nicht vermietetes Objekt können als WK berücksichtigt werden, wenn anhand der objektiven Umstände festzustellen ist, dass der Stpfl. den Entschluss zur Einkünfteerzielung endgültig gefasst und später nicht wieder aufgegeben hat. Auch eine langjährige, fehlende Nutzung schließt diese nicht jedenfalls aus. Auch die AfA auf Thekeneinrichtung können angesetzt werden als vorweggenommene WK.

Das Urteil des FG Köln dürfte vom BFH wohl bestätigt werden.

Außerordentliche AfA bei unvermietbarem Gewerbegebäude?

Eine Grundstücks-GbR erzielte seit vielen Jahren Einkünfte aus der Vermietung eines Grundstücks, auf dem ein Lebensmittelmarkt errichtet worden war. Das Objekt wies, nachdem es bereits einmal nach den Vorgaben eines Lebensmittelkonzerns umgebaut worden war, eine Nutzfläche einschl. Nebenräume und Lager von ca. 800 qm auf, wovon etwa 450 qm auf die Verkaufsfläche entfielen. Bereits Mitte 2000 stellte der Kläger (KI) Überlegungen an, ob angesichts geänderter Vorstellungen des Lebensmittelkonzerns betr. Ausgestaltung seiner Lebensmittelmarktvermietungsalternativen zu entwickeln seien. Im September 2000 kündigte der Konzern das Mietverhältnis mit der GbR zum Ende des Folgejahres. Die GbR schaltete ein Beratungsunternehmen, einen örtlichen Makler und ein weiteres Immobilienunternehmen ein, um einen Nachmieter zu finden. Daneben verhandelte der KI mit dem Konzern über eine Fortsetzung des Mietverhältnisses, wozu es jedoch nicht kam. Nachdem sämtliche Vermietungsbemühungen erfolglos geblieben waren, veräußerte die GbR das Grundstück vor Mietende an eine Bauherrengemeinschaft, die das aufstehende Gebäude abreißen und mit einem neuen Geschäftshaus bebauen ließ. Streitig ist, ob die GbR bei ihren Einkünften aus V+V eine AfA gem. § 7 Abs. 1 Satz 6 EStG in Höhe des verbleibenden Restwerts des Gebäudes in Anspruch nehmen kann.

Das FA verneinte dies, das FG Düsseldorf jedoch gab der Klage mit Urteil vom 9. 8. 2007 (EFG 2008,122; Revision zum BFH unter IX R 64/07) statt. Diese außerordentliche Abschreibung aus wirtschaftlichen Gründen könne auch dann vorgenommen werden, wenn sich erst nach Mietende herausstelle, dass sich die Unvermietbarkeit des Gebäudes trotz ernsthafter Bemühungen ergebe. Den Verkaufsentschluss hatte die GbR erst gefasst, nachdem sich die Unvermietbarkeit des Gebäudes und damit der Entstehungsgrund für die außerordentliche Absetzung bereits eindeutig herausgestellt hatte.

Zurechnung von Umsätzen in einem Bordellbetrieb

Der Kläger (KI) betrieb in den Streitjahren 1997 bis 2000 einen Saunabetrieb, in dem 15 bis 20 Damen tätig waren. Er war in Zeitungsinseraten mit dem Hinweis der „Annahme aller Kreditkarten“ und führte auf der Homepage eine Rubrik mit der Bezeichnung „Unsere Girls“. Der Kunde errichtete bei Betreten des Clubs einen Eintritt von DM 100,-, in dem die Getränke außer Champagner inbegriffen waren. Nachdem er mit der Dame seiner Wahl den Leistungsumfang ausgehandelt hatte (die Festpreise betragen pro 1/2 Stunde DM 400,-, 1 Stunde DM 600,- Whirlpool ab DM 800,- und außerhalb DM 1.500,-), entrichtete er den Gesamtbetrag bei der jeweiligen Dame in bar. Die Damen mussten für ihre Anwesenheit im Club ein Grundentgelt von DM 200,- täglich (bzw. DM 1.000,- wöchentlich) sowie für jede Zimmernutzung eine weitere Zahlung (bei halbstündiger Nutzung z. B. DM 100,-) zahlen. Im Rahmen einer Steuerfahndungsprüfung rechnete nicht nur das FA, sondern auch das FG München mit Urteil vom 12. 10. 2006 den Umsätzen auch die geschätzten Dirnenumsätze hinzu. Der BFH wies mit Beschluss vom 29. 1. 2008 (BFH/NV 2008,827) die Nichtzulassungsbeschwerde als unbegründet zurück.

Die gesamten Umsätze in einem Saunaclub seien demjenigen zuzurechnen, der nach außen als Erbringer sämtlicher in einem derartigen Club erwarteten Dienstleistungen auftritt. Für die umsatzsteuerrechtliche Zurechnung sei es daher unerheblich, ob die Prostituierten innerhalb des Betriebs als Arbeitnehmer oder Subunternehmer tätig geworden sind. Das FG habe zu Recht maßgeblich darauf abgestellt, dass der KI in seiner Werbung als Inhaber des Bordellbetriebs als Erbringer sämtlicher vom Kunden in einem Saunaclub erwarteten Dienstlei-

stungen einschließlich der Verschaffung von Geschlechtsverkehr aufgetreten sei. Der Kl sei nach außen als Erbringer eines Leistungspakets aufgetreten.

Man wird dieser Entscheidung des BFH sicherlich zustimmen können.

Renovierungskosten für Mührad und Grundstücksverkauf

Die Klägerin (Kl; eine Grundstücksgemeinschaft) vermietete bis Ende 1997 mehrere Grundstücke. Bereits am 16. 4. 1997 hatte sie mit einem Bauunternehmer einen Vertrag über die Renovierung des auf dem Grundstück befindlichen Mührads für DM 116.000,- abgeschlossen. Mit notariellem Vertrag vom 15. 1. 1998 verkaufte die Kl die Grundstücke, wobei sie sich in dem Kaufvertrag über DM 711.000,- (davon Anteil Mührad = 145.000,-) verpflichtete, die Renovierung des Mührads noch auf eigene Rechnung durchführen zu lassen. Besitzübergabe sollte zum Ende 1998 erfolgen, Übergang von Nutzungen und Lasten jedoch sofort. In ihrer Feststellungserklärung 1998 machte die Kl die Reparaturkosten für das Mührad abzgl. eines Zuschusses der Denkmalschutzbehörde von DM 54.000,- in Höhe von DM 62.000,- als Werbungskosten bei ihren Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend.

Das FA lehnte ab, ebenso wies das FG Baden-Württemberg mit Urteil vom 30. 10. 2007 (EFG 2008, 290; Revision zum BFH unter IX R 80/07) die Klage ab. Der Veranlassungszusammenhang mit der Vermietung sei nicht mehr gegeben, wenn die Aufwendungen allein oder ganz überwiegend durch die Veräußerung veranlasst sind. Die Renovierungskosten stünden zwar im Zusammenhang mit der Vermietung, weil die Kl den Vertrag über die Renovierung noch während der Vermietungszeit abgeschlossen habe. Indem sich die Kl im Grundstückskaufvertrag aber zur Renovierung auf eigene Rechnung verpflichtete und diese erst nach Vermietungsende durchgeführt wurde, sei der Zusammenhang mit der Einkunftserzielung durch den Verkauf überlagert.

Die Kl hätte vor dem Abschluss des Kaufvertrags die Reparatur noch im Jahr 1997 durchführen und bezahlen sollen. Durch die Verpflichtung schon im Kaufvertrag wird der BFH die Reparatur als veräußerungsbedingt ansehen.

§ 249 BGB; § 287 ZPO
Steuerberaterhaftung; Vermeidung nachteiliger Folgen einer Betriebsaufspaltung; Familienunternehmen; Grundstücksrente

Macht der Mandant geltend, er hätte bei sachgerechter steuerlicher Beratung die nachteiligen Folgen einer Betriebsaufspaltung vermieden, indem er wesentliche Teile des Betriebsvermögens auf seine Ehefrau übertragen hätte, muss er dies gemäß § 287 ZPO beweisen. Die Erleichterung eines Anscheinsbeweises kommt ihm nicht zugute.

(BGH, Urteil vom 20. 3. 2008 – IX ZR 104/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Der am 21. November 2000 verstorbene P. (nachfolgend: Erblasser), der von seiner Ehefrau, der früheren Klägerin zu 1, und den gemeinsamen Kindern, den beiden verbliebenen Klägern, beerbt wurde, hielt als Hauptgesellschafter 80% der Geschäftsanteile an der G. GmbH (fortan: GmbH). Die im Laufe des Rechtsstreits ebenfalls verstorbene, von den Klägern beerbte frühere Klägerin zu 1 war an dem Unternehmen zu 5% beteiligt, während die Kläger über eine Beteiligung von jeweils 7,5% verfügten. Der Erblasser und die GmbH wurden in den Jahren 1979 bis 1995 bzw. 1997 von dem Beklagten steuerlich beraten.

2 Im Jahr 1978 erwarb der Erblasser Eigentum an einem Grundstück, das er in der Folgezeit mit einer Lagerhalle nebst einem Bürogebäude bebaute und an die GmbH durch Vertrag vom 30. Mai 1980 zur Ausübung ihres Geschäftsbetriebs vermietete. Die von der GmbH bezogenen Mieteinnahmen ver-

steuerte er als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Das zuständige Finanzamt gelangte anlässlich einer Betriebsprüfung im Jahre 2000 zu dem Ergebnis, dass eine Betriebsaufspaltung vorliegt, und behandelte die Mieteinkünfte des Erblassers rückwirkend ab dem Jahr 1997 als gewerbliche Einnahmen und das Betriebsgrundstück als Betriebsvermögen der GmbH.

3 Die Kläger meinen, infolge der Betriebsaufspaltung löse jede personelle Veränderung der Eigentumsverhältnisse an dem Grundstück eine Steuerpflicht von mehr als 500 000 € aus. Nach ihrer Auffassung hätte zur Vermeidung dieses Nachteils gegen eine Personenidentität des Grundstückseigentümers und des herrschenden Gesellschafters Vorsorge getroffen werden müssen. Wie sie weiter vortragen, hätte der Erblasser im Falle einer sachgerechten steuerlichen Beratung seine Ehefrau an dem Grundstück beteiligt.

4 Die Kläger haben die Feststellung beantragt, dass der Beklagte verpflichtet ist, den materiellen Schaden zu ersetzen, der ihnen aus der fehlerhaften Beratung im Rahmen der Errichtung und Verpachtung der Immobilie dadurch entsteht, dass das Finanzamt eine Betriebsaufspaltung annimmt. Das Berufungsgericht [OLG Frankfurt am Main] hat der von dem Landgericht Darmstadt abgewiesenen Klage stattgegeben. Mit seiner – von dem erkennenden Senat zugelassenen – Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision des Beklagten hat Erfolg und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO).

6 I. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, der Beklagte habe seine Beratungspflichten verletzt, weil er den Erblasser nicht auf die steuerlichen Nachteile einer Betriebsaufspaltung hingewiesen habe. Der Beratungsmangel werde in Zukunft zu einem Schaden der Kläger führen, weil bei einer Veränderung der Eigentumsverhältnisse an dem Grundstück die Differenz zwischen dem Buch- und dem Verkehrswert als Entnahme zu versteuern sei. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Immobilie in absehbarer Zeit wertlos werde und aus diesem Grund eine steuerauslösende Differenz zwischen Buch- und Verkehrswert entfalle. Angesichts der bei einem früheren Tätigwerden auf der Hand liegenden Vorteile einer Beendigung der Betriebsaufspaltung spreche die Lebenserfahrung dafür, dass sich der Erblasser beratungsgerecht verhalten hätte. Es spreche nichts dafür, dass er sich einer Gestaltung verschlossen hätte, Mitglieder seiner Familie entweder an der GmbH oder an der Immobilie in dem für eine Beendigung der persönlichen Verflechtung ausreichenden Umfang zu beteiligen. Die persönlichen Verhältnisse in der Familie des Erblassers seien ungetrübt gewesen, zumal schon zu dessen Lebzeiten der Kläger in dem Betrieb die Nachfolge angetreten habe. Zwar hätte der Erblasser im Falle einer Beteiligung seiner Ehefrau an der Immobilie die Einnahmen mit ihr teilen müssen, im Gegenzug dadurch aber seine Unterhaltsverpflichtung vermindert. Ähnliches gelte für die Beteiligung anderer Familienmitglieder.

7 II. Diese Ausführungen halten in einem wesentlichen Punkt rechtlicher Prüfung nicht stand.

8 1. Die Zulässigkeit der Feststellungsklage (§ 256 ZPO) hängt ausnahmsweise nicht von der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ab. Schon mit Rücksicht auf die drohende Verjährung (§ 68 StBerG a. F.) des Anspruchs kann den Klägern – worauf bereits das Landgericht zutreffend hingewiesen hat – ein Feststellungsinteresse nicht abgesprochen werden (BGH, Urt. v. 21. Juli 2005 – IX ZR 49/02, WPM 2005, 2110; v. 7. Februar 2008 – IX ZR 149/04, z.V.b. [= GuT 2008, 138]). Da die Kläger beabsichtigen, ihre Erbengemeinschaft auseinanderzusetzen, sind sie auf eine Klärung angewiesen, ob mit der Veräußerung des Betriebsgrundstücks verbundene steuerliche Nachteile durch eine Ersatzpflicht des Beklagten kompensiert werden können. Im Unterschied zu der von dem Beklagten in der Revisionsverhandlung angeführten Entscheidung (OLG

Düsseldorf, Urt. v. 28. Januar 2008 – I 23 U 64/07 Rn. 57, zitiert nach juris) ist im Streitfall der den Erblasser belastende Verwaltungsakt Anfang des Jahres 2000 bekannt gemacht worden und damit ein etwaiger Schaden bereits entstanden (BGHZ 129, 386, 389 ff).

9 2. Das Oberlandesgericht geht weiter davon aus, dass dem Beklagten ein Beratungsfehler anzulasten ist. Gegen diese Würdigung werden von der Revision Rügen nicht erhoben. Ein Rechtsfehler ist insoweit auch nicht ersichtlich.

10 3. Das Berufungsgericht hat – wie die Revision mit Erfolg rügt – die an die haftungsausfüllende Kausalität zu stellenden Anforderungen verkannt und damit rechtsfehlerhaft eine Schadenswahrscheinlichkeit als Voraussetzung für die Begründetheit einer Feststellungsklage (BGH, Urt. v. 19. Januar 2006 – IX ZR 232/01, WPM 2006, 927, 930 Rn. 29 [= GuT 2006, 263 KL]) bejaht. Ein Anscheinsbeweis findet zugunsten der Kläger keine Anwendung.

11 a) Eine Vermutung beratungsgerechten Verhaltens greift entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht ein, weil bei vertragsgemäßer Beratung des Erblassers vernünftigerweise nicht nur eine Entscheidung nahe gelegen hätte.

12 aa) Bei einem Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung gehört der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schadenseintritt nicht zur haftungsbegründenden, sondern zur haftungsausfüllenden Kausalität, für deren Nachweis anstelle der strengen Beweisführungsmaßstäbe des § 286 ZPO die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO und insbesondere des Anscheinsbeweises Anwendung finden. In Verträgen mit rechtlichen Beratern gilt die Vermutung, dass der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte, wenn nach der Lebenserfahrung bei vertragsgemäßer Leistung des Beraters lediglich ein bestimmtes Verhalten nahegelegen hätte. Kommen als Reaktion auf eine zutreffende steuerliche Beratung hingegen mehrere objektiv gleich vernünftige Verhaltensmöglichkeiten in Betracht, hat der Mandant den Weg zu bezeichnen, für den er sich entschieden hätte. Ihn trifft in einem solchen Fall die volle Beweislast, weil der Anscheinsbeweis bei der Möglichkeit alternativer Verhaltensweisen nicht durchgreift (BGHZ 123, 311, 319; BGH, Urt. v. 30. März 2000 – IX ZR 53/99, WPM 2000, 1351 f; Urt. v. 21. Juli 2005 a. a. O. S. 2111).

13 bb) Für den Erblasser bestand neben der Möglichkeit, eine Steuerersparnis durch Beteiligung seiner Angehörigen an der Immobilie oder der GmbH zu erzielen, eine weitere wirtschaftlich vernünftige Alternative (vgl. BGH, Urt. v. 18. Mai 2006 – IX ZR 53/05, WPM 2006, 1736, 1738 Rn. 14 f [= GuT 2006, 283 KL]). Der Erblasser wäre nämlich bei zutreffender steuerlicher Beratung vor der Frage gestanden, ob er seine Vermögensangelegenheiten allein unter Berücksichtigung steuerlicher Vorteile durch eine Vermögensverlagerung auf nahe Angehörige ordnet oder ob er wegen des mit der Steuerersparnis verbundenen Vermögensopfers auf die steuerlich günstige Gestaltung verzichtet.

14 Nach dem bisherigen unstreitigen Parteivorbringen ist davon auszugehen, dass der Erblasser durch eine Beteiligung seiner Angehörigen an der Immobilie persönlich einen Vermögensnachteil erlitten hätte. Betrogen die Kosten für Erwerb und Bebauung des Grundstücks knapp 603 008 DM und lag der Verkehrswert der Immobilie im Jahr 2000 bei 2 529 848 DM, so errechnen sich stille Reserven von 1 926 840 DM, die bei einer Veräußerung eine Steuerpflicht von 985 915,86 DM (504 090,77 €) auslösen. Unter Abzug der Steuerlast verbliebe dem Erblasser nach einer Veräußerung ein Vermögenswert in Höhe von 1 543 932,14 DM. Hätte der Erblasser seine Ehefrau oder seine Kinder unentgeltlich zur Hälfte an der Immobilie beteiligt, hätte er zwar keine steuerlichen Einbußen zu befürchten gehabt, aber persönlich nur noch über einen Wert von 1 264 924 DM verfügt. Bei dieser Sachlage hätte der Erblasser persönlich im Falle einer Entflechtung der Betriebsaufspaltung im Rahmen des zu erstellenden Gesamtvermögensvergleichs

(BGH, Urt. v. 20. Januar 2005 – IX ZR 416/00, WPM 2005, 999 f [= GuT 2005, 73]; v. 17. Januar 2008 – IX ZR 172/06, z.V.b.) keinen Vermögensvorteil erlangt, sondern im Gegenteil einen beträchtlichen Vermögensverlust hinnehmen müssen.

15 cc) Trotz solcher Nachteile sind Selbständige mitunter bereit, nächste Angehörige unentgeltlich an ihrem Unternehmen zu beteiligen, um im Interesse der gesamten Familie eine Steuerersparnis zu verwirklichen. Ob ein Unternehmer zum Zwecke der Steuerersparnis dauerhaft und rechtlich irreversibel unentgeltlich erhebliche Vermögenswerte auf Familienangehörige überträgt oder unter Inkaufnahme künftiger, konkret noch gar nicht absehbarer steuerlicher Nachteile die Verfügung über sein gesamtes Vermögen behält, richtet sich nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles und entzieht sich damit einer auf die allgemeine Lebenserfahrung gegründeten generellen Aussage. Auch in harmonischen familiären Verhältnissen kann der Steuerpflichtige zur Vorsorge gegen unvorhersehbare Eventualitäten wie Krankheit, wirtschaftliche Schwierigkeiten, aber auch ein niemals ausschließbares familiäres Zerwürfnis davon absehen, sich aus Gründen der Steuerersparnis erheblicher Vermögensbestandteile zugunsten naher Angehöriger zu entäußern. Darum können sich die Kläger, soweit sie eine Bereitschaft des Erblassers behaupten, zur Erreichung von Steuervorteilen Angehörige an seinem Vermögen zu beteiligen, nicht auf einen Anscheinsbeweis stützen.

16 b) Das Vorbringen der Kläger gestattet nicht bereits für sich genommen die Annahme einer Schadenswahrscheinlichkeit.

17 Die Kläger haben sich darauf berufen, der Erblasser hätte bei zutreffender Beratung seine Ehefrau an der Immobilie beteiligt. Der Beklagte hat eine Bereitschaft des Erblassers, seine Ehefrau an der Immobilie zu beteiligen, bestritten und auf wirtschaftliche Auseinandersetzungen innerhalb seiner Familie hingewiesen. In diese Richtung könnte die von dem Erblasser in einem Schreiben geäußerte Absicht deuten, mit den Mieteinnahmen seine Altersversorgung zu bestreiten. Da beide Seiten zu einem möglichen Verhalten des Erblassers substantiiert vorgehen haben, kann dem Klagevorbringen keine höhere Wahrscheinlichkeit als dem Beklagtenvortrag beigemessen werden. Vielmehr haben die Kläger im Rahmen ihrer Feststellungsklage die Wahrscheinlichkeit einer Vermögensbeeinträchtigung nach Maßgabe des § 287 ZPO zu beweisen (BGH, Urt. v. 19. Januar 2006 a. a. O. S. 930 Rn. 25).

18 4. Vor diesem Hintergrund kann die neben der Kausalität selbständige weitere Haftungsvoraussetzung der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ebenfalls nur angenommen werden, wenn im Sinne des § 287 ZPO der Nachweis geführt wird, dass der Erblasser zur Vermeidung einer Steuerbelastung seine Ehefrau in geeigneter Weise an seinem Vermögen beteiligt hätte. Es ist eine Erfahrungstatsache, dass viele Gewerbetreibende bereit sind, ihre Ehefrau ohne eine gleichwertige Gegenleistung an ihrem Unternehmen zu beteiligen; die Neigung hierzu kann besonders groß sein, wenn damit eine steuerliche Entlastung der Familie verbunden ist. In einer solchen Vermögensverschiebung kann jedenfalls dann kein Schaden im Rechtsinn, in ihrem Unterbleiben kein mit dem Steuerschaden verrechenbarer Vermögensvorteil gesehen werden, wenn sie im Interesse der Steuerersparnis gewollt und gewünscht ist (BGH, Urt. v. 28. November 1984 – IVa ZR 224/82, WPM 1985, 319; Urt. v. 24. September 1986 – IVa ZR 236/84, WPM 1986, 1477 f).

19 5. Der noch in der Person des Erblassers begründete Schadensersatzanspruch ist auf die Kläger als dessen Erben übergegangen (§ 1922 BGB). Ein Schadensersatzanspruch ist jedenfalls vererblich, sofern sich Haftungsgrund und Schaden noch zu Lebzeiten des Erblassers verwirklicht haben (MünchKommBGB/Leipold, 4. Aufl. § 1922 Rn. 30). Der auf der Fehlberatung beruhende Schadensersatzanspruch ist mit der Bekanntgabe des belastenden Steuerbescheids Anfang des Jahres 2000

und folglich noch vor dem Tod des Erblassers entstanden (BGHZ 129, 386, 389 ff). Die endgültige Höhe des Schadens bemisst sich, weil materiellrechtlich auf den Zeitpunkt der Erfüllung, verfahrensrechtlich auf denjenigen der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung abzustellen ist (BGHZ 99, 81, 86), infolge der eingetretenen zeitlichen Verzögerungen nach den Verhältnissen in der Person der Erben (MünchKomm-BGB/Leipold, a. a. O. Rn. 31).

20 III. 1. Die wiedereröffnete mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht gibt den Parteien Gelegenheit, unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen zur Frage der haftungsausfüllenden Kausalität einschließlich der Schadenshöhe unter Beweisantritt ergänzend Stellung zu nehmen. Bei der Beurteilung der Frage, ob sich der Erblasser bei sachgerechter Beratung für eine Beteiligung seiner Angehörigen entschieden hätte, wird das Berufungsgericht die dem Geschädigten nach § 287 ZPO zustatten kommenden Beweiserleichterungen zu beachten haben. Insoweit reicht eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden entstanden ist, für die richterliche Überzeugungsbildung aus.

21 2. Sollte das Berufungsgericht abermals zu einer Haftung des Beklagten gelangen, wird es zu beachten haben, dass die Urteilsformel (§ 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) den Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) zu genügen hat (BGH, Urte. v. 4. Mai 2005 – I ZR 127/02, NJW 2005, 2550 f). Handelt es sich um ein Schadensfeststellungs-urteil, ist eine bestimmte Bezeichnung des zum Ersatz verpflichtenden Ereignisses geboten (BGH, Urte. v. 10. Januar 1983 – VIII ZR 231/81, WPM 1983, 369, 371), damit über den Umfang der Rechtskraft des Feststellungsausspruchs keine Ungewissheit herrschen kann (BGH, Urte. v. 4. Oktober 2000 – VIII ZR 289/99, WPM 2001, 378, 380). Insoweit begegnet die bisherige Fassung des Urteilstenors Bedenken, weil Schadenersatz „aus der fehlerhaften Errichtung und Verpachtung“ der Immobilie zuerkannt wurde, obwohl sich der Beratungsfehler erst im Anschluss an die Betriebsprüfung des Jahres 1985 ereignet haben soll.

§§ 249, 675 BGB; §§ 11, 21 EStG
Vorteilsausgleich von Steuervorteilen des
Geschädigten aus Werbungskosten V+V bei
Rückabwicklung des Immobilienkaufs;
Wohneigentum; Mietpool

a) Ist zwischen dem Verkäufer und dem Käufer im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Immobilie zu Anlagezwecken ein Beratungsvertrag zustande gekommen, genügt der Verkäufer seiner Beratungspflicht nicht schon dann, wenn er zwar die Funktionsweise eines Mietpoolvertrags erläutert und dem Käufer vor Augen führt, dass sich im Falle von Leerständen der Ertrag sämtlicher Mietpoolmitglieder mindert, er jedoch nicht darauf hinweist, dass in dem dem Käufer vorgerechneten Mietertrag ein angemessenes Mietausfallrisiko nicht einkalkuliert ist.

b) Steuervorteile sind nicht im Wege der Vorteilsausgleichung schadensmindernd zu berücksichtigen, wenn der Geschädigte die Schadenersatzleistung wieder zu versteuern hat; in welcher genauen Höhe sich die Besteuerung der Ersatzleistung auswirkt, braucht in der Regel nicht festgestellt zu werden.

c) Erstattete Werbungskosten sind auch dann im Jahr ihres Zuflusses als Einkünfte aus der Einkommensart zu qualifizieren, in der sie zuvor geltend gemacht worden sind, wenn sie bei der Rückabwicklung eines Kaufvertrags Bestandteil der zurückzugewährenden Leistung oder als Rechnungsposten in einer Schadenersatzleistung enthalten sind.

(BGH, Urteil vom 30.11.2007 – V ZR 284/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte zu 1, deren Komplementär der Beklagte zu 2 ist, kauft Altwohnbestände an und veräußert diese nach Durchführung von Renovierungsmaßnahmen als Wohnungseigentum weiter. Im Jahr 1997 erwarben der Kläger und seine Ehefrau (im Folgenden Käufer) eine solche – in B. belegene – Wohnung und traten einem Mietpool bei. Finanziert wurde der Kauf von der B. Bausparkasse im Wege eines Vorausdarlehens mit zwei nachgeschalteten Bausparverträgen. Den Vertragsabschlüssen waren Beratungsgespräche u. a. mit dem von der Beklagten zu 1 eingeschalteten Zeugen W. vorgegangen, der den Eheleuten eine Musterberechnung vorgelegt und auch die gewählte Finanzierungsalternative vorgeschlagen hatte.

2 Der Kläger verlangt aus eigenem und aus abgetretenem Recht seiner Ehefrau die Rückabwicklung des Kaufvertrages sowie die Feststellung, dass die Beklagten zum Ersatz weiteren Schadens verpflichtet sind. Hierzu macht er geltend, seine Ehefrau und er seien zu ihrem Nachteil in mehrfacher Hinsicht falsch beraten worden. Mit der Drittwiderklage erstreben die Beklagten die Feststellung, dass der Ehefrau des Klägers im Zusammenhang mit den Verhandlungen der Repräsentanten der Beklagten zu 1. keine Ansprüche zustehen. Das Landgericht Bielefeld hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht Hamm zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihre Anträge weiter. Der Kläger und die Drittwiderbeklagte beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

3 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Schadensersatzklage sei unter dem Blickwinkel der Schlechterfüllung des zwischen der Beklagten zu 1 und den Käufern konkludent zustande gekommen Beratungsvertrages begründet, wobei die Haftung des Beklagten zu 2 aus § 161 Abs. 2 i.V.m. § 128 Satz 1 HBG folge. Die Beklagte zu 1 habe die Käufer nicht vor Vertragsschluss über die sich abzeichnende Verschlechterung der Ertragssituation informiert. Das Abrutschen des Mietpools in die Verlustzone sei für die Beklagte zu 1 als ein im Bereich der Wohnungswirtschaft erfahrendes Unternehmen ohne weiteres voraussehbar gewesen. Die Kausalität zwischen Beratungspflichtverletzung und Kaufvertragsschluss sei zu bejahen. Die Beklagten hätten nicht den Beweis geführt, dass die Käufer auch bei zutreffender Information den Kaufvertrag geschlossen hätten. Die Widerklage sei unbegründet.

4 II. Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

5 1. Das Berufungsgericht hat zu Recht eine Haftung der Beklagten dem Grunde nach bejaht.

6 a) Es ist zutreffend davon ausgegangen, dass eine Verletzung der den Verkäufer treffenden Beratungspflicht schon dann vorliegt, wenn er ein in tatsächlicher Hinsicht unzutreffendes, zu positives Bild der Ertragserwartung der Immobilie gibt (Urte. v. 14. Januar 2005, V ZR 260/03, WuM 2005, 205, 207), und dies auch dann gilt, wenn der Käufer auf Empfehlung des Verkäufers einem Mietpool beitrifft. In solchen Fällen muss das Risiko erhöhter Instandsetzungskosten und das Vermietungsrisiko fremder Wohnungen nicht nur angesprochen, sondern auch – etwa durch Abschläge bei den Einnahmen oder durch Zuschläge bei den monatlichen Belastungen – angemessen bei der Darstellung der Erträge berücksichtigt werden (Urte. v. 13. Oktober 2006, V ZR 66/06, WPM 2007, 174, 176 f. [= WuM 2006, 702] m.w.N.). Daher genügt der Verkäufer seiner Beratungspflicht nicht schon dann, wenn er zwar die Systematik des Mietpoolvertrags erläutert und den Käufern vor Augen führt, dass im Falle von Leerständen sämtliche Mitglieder des Mietpools „etwas weniger bekommen“, er jedoch nicht darauf hinweist, dass in dem den Käufern vorgerechneten Mietertrag ein angemessenes Mietausfallrisiko nicht einkalkuliert ist.

7 Bei der Beratung über den Erwerb einer Immobilie zu Anlagezwecken bildet die Ermittlung des monatlichen Eigenauf-

wands das Kernstück. Sie soll den Käufer nicht nur von der Möglichkeit überzeugen, mit seinen finanziellen Mitteln das Objekt erwerben, sondern – worauf es hier ankommt – auch halten zu können (Senat, BGHZ 156, 371, 377 [= WuM 2004, 45 = GuT 2004, 34 KL]; Urt. v. 13. Oktober 2006 a. a. O.). Vor diesem Hintergrund darf der Käufer trotz Erläuterung der Funktionsweise des Mietpools davon ausgehen, dass der Verkäufer das – immer bestehende – Mietausfallsrisiko (Senatsurt. v. 9. November 2007, V ZR 281/06, Umdruck S. 5) einkalkuliert hat und nicht schon jeder Leerstand oder sonstiger Mietausfall dazu führt, dass die vorgerechnete Rendite nicht mehr erzielt werden kann.

8 Gemessen daran hat die Beklagte zu 1 die Ertragslage zu positiv dargestellt. Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts hat sie nach Abzug der Verwaltungskosten eine Nettomiete von 6,90 DM/qm zugrunde gelegt, in die ein Mietausfallswagnis nicht einkalkuliert worden ist, das Mietausfälle, mit denen üblicherweise gerechnet werden muss, hätte auffangen können. Die Nichtberücksichtigung dieses Risikos bildet den Beratungsfehler, während die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Abgleiten des Mietpools in die Verlustzone in den Folgejahren nur veranschaulichen, dass sich das Leerstands- und Mietausfallrisiko auch realisiert hat (vgl. dazu auch Senatsurt. v. 20. Juli 2007, V ZR 227/06, NZM 2007, 821, 822). Auf die Frage, ob das Berufungsgericht Verluste des Mietpools in jedem Folgejahr zutreffend angenommen hat, kommt es daher nicht an. Im Übrigen räumt auch die Revision nicht aus, dass der Erwerb der Eigentumswohnung jedenfalls in der Gesamtschau für die Käufer nachteilig war.

9 b) Die Verletzung der Beratungspflicht hat die Beklagte zu 1 zu vertreten, wobei ihr das Verschulden der von ihr eingeschalteten Berater und deren Beauftragten nach § 278 BGB zuzurechnen ist. Die Verschuldensvermutung entsprechend § 282 BGB a. F. (nunmehr § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) hat sie nicht entkräftet. Dabei kommt es auf das unter Sachverständigenbeweis gestellte Vorbringen, Fachkreise hätten eine unmittelbar bevorstehende Trendwende auf dem Wohnungsmarkt vorausgesagt, ebenso wenig an wie auf das Vorbringen, gemäß der eingereichten „Wohnungsmarktbeobachtung 1997 für das Land Nordrhein-Westfalen“ habe man von gleich bleibenden Ergebnissen auf der Mieteinnahmeseite ausgehen können, Unterdeckungen wären nicht aufgetreten, wenn auch in den Folgejahren die Jahresmiete des Verkaufsjahres 1997 hätte erzielt werden können und die Mieten trotz der bis Ende 1997 bestehenden Wohnungsbindung hätten erhöht werden können, wenn es nicht zu einem drastischen Einbruch auf dem Mietmarkt gekommen wäre. Denn ausschlaggebend ist, dass mit Leerständen stets gerechnet werden muss.

10 c) Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Kausalität des Beratungsfehlers für den Kaufentschluss vermutet wird (dazu Senat, Urt. v. 6. April 2001, V ZR 402/99, NJW 2001, 2021, 2022; Urt. v. 15. Oktober 2004, V ZR 223/03, NJW 2005, 983, 985; Urt. v. 14. Januar 2005, V ZR 260/03, WuM 2005, 205, 207). Eine Abweichung von der Rechtsprechung des Senats liegt darin nicht. Zwar greift diese Vermutung nur ein, wenn es für den anderen Teil vernünftigerweise nur eine bestimmte Möglichkeit der Reaktion auf die Aufklärung gibt und die Möglichkeit eines Entscheidungskonflikts ausscheidet (vgl. Senatsurt. v. 6. April 2001, V ZR 402/99, NJW 2001, 2021 f.). Für die Möglichkeit eines solchen Konflikts fehlt jedoch jeder Anhaltspunkt. Die von der Revision ins Feld geführte Kündigung des Mietpools gibt hierfür schon deshalb nichts her, weil mit der Kündigung zwar die anteilige Mithaftung für die anderen Poolwohnungen entfallen, dafür aber das Ausfallrisiko bei der eigenen Wohnung erhöht worden wäre. Dass sich die Kläger hierauf eingelassen hätten, liegt mehr als fern. Es kommt daher nicht mehr darauf an, dass die Mitgliedschaft im Mietpool nach § 3 des Darlehensvertrages ohnehin nur mit Zustimmung der B. hätte gekündigt werden dürfen.

11 2. Ohne Erfolg wendet die Revision schließlich ein, die Käufer müssten sich auf den Schaden die von ihnen erzielten Steuervorteile anrechnen lassen. Eine solche Anrechnung im Wege der Vorteilsausgleichung scheidet nämlich aus, wenn die Rückabwicklung des Erwerbs zu einer Besteuerung führt, die dem Geschädigten die erzielten Steuervorteile wieder nimmt (std. Rspr., vgl. BGHZ 74, 103, 114; BGH, Urt. v. 13. Januar 2004, XI ZR 355/02, NJW 2004, 1868, 1870 [= GuT 2004, 67 KL]; Urt. v. 17. November 2006, III ZR 350/04, NJW 2006, 499 [= GuT 2006, 85 KL]; jeweils m.w.N.). So liegt es hier.

12 a) Allerdings folgt dies nicht schon aus § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Der gegenteiligen Rechtsauffassung – wonach ein Veräußerungsgewinn im Sinne der genannten Vorschrift darin liegen soll, dass der zurückgezahlte Kaufpreis höher sei als die um die Gebäudeabschreibungen verminderten Anschaffungskosten (so etwa OFD Frankfurt a.M., Rundverfügung v. 12. Juli 2001, S 2256 A-19-St II 27, DStR 2001, 1753, 1754) – ist der Bundesfinanzhof mit der überzeugenden Erwägung entgegen getreten, dass die schadensersatzrechtliche Rückgewähr eines Wirtschaftsgutes nur einen notwendigen Teilakt im Rahmen der Rückabwicklung darstellt und damit nicht als „marktoffenbarer Vorgang“ angesehen werden kann, der für eine Veräußerung nach § 23 EStG kennzeichnend ist (BFHE 214, 267, 268 f.; vgl. auch BGH, Urt. v. 17. November 2005, III ZR 350/04, NJW 2006, 499, 501 [= GuT a. a. O.]; jeweils m.w.N.). Das ändert indessen nichts daran, dass erstattete Werbungskosten nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes im Jahr ihres Zuflusses (§ 11 Abs. 1 EStG) als Einkünfte aus der Einkommensart zu qualifizieren sind, in der sie zuvor geltend gemacht wurden (vgl. nur BFHE 171, 183, 184; 175, 546, 547; 198, 425, 427 f.; BFH/NV 1991, 316; 2005, 188, 189 f. m.w.N.; ebenso BGH, Urt. v. 25. Februar 1988, VII ZR 152/87, NJW-RR 1988, 788, 789; vgl. auch BGH, Urt. v. 17. November 2006, a. a. O., NJW 2006, 499, 500 [= GuT a. a. O.]) und dies auch dann gilt, wenn eine solche Erstattung als Rechnungsposten in einen Rückkaufpreis eingegangen ist (BFH, BFH/NV 1995, 499, 500). Erforderlich ist nur, dass ein innerer Zusammenhang zwischen der Zahlung und den Einnahmen besteht (BFH, BFH/NV 2005, 188, 190). Dieser liegt hier vor, weil den Käufern sämtliche Schäden und damit auch die Werbungskosten zu ersetzen sind, die ihnen infolge des Erwerbs entstanden sind.

13 b) Soweit die Revision argumentiert, die Käufer hätten nicht dargetan, dass die Schadensersatzleistung zu versteuern sei, wird nicht bedacht, dass die Erwerber – anders als in dem vom III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 17. November 2006 entschiedenen Fall (III ZR 350/04, NJW 2006, 499 ff. [= GuT a. a. O.]) – bereits in der Berufungsinstanz vorgebracht haben, ihnen würden die Steuervorteile wegen des in der Schadensersatzzahlung enthaltenen Werbungskostenrückflusses wieder genommen. Dass sie weder die erzielten Steuervorteile noch die aus einer Versteuerung der ihnen im Zuge von Schadensersatzzahlungen resultierenden Nachteile konkret dargestellt und rechnerisch gegenüber gestellt haben, ist schon deshalb unschädlich, weil Feststellungen dazu, in welcher genauen Höhe sich die Versteuerung der zu erstattenden Werbungskosten auswirkt, in der Regel nicht getroffen werden müssen (vgl. nur BGHZ 74, 103, 114; BGH, Urt. v. 13. Januar 2004, XI ZR 355/02, NJW 2004, 1868, 1870; Urt. v. 17. November 2006, III ZR 350/04, NJW 2006, 499 [= GuT a. a. O.]; jeweils m.w.N.). Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Schädiger besondere Umstände darlegt, auf deren Grundlage dem Geschädigten auch nach einer Anrechnung der aus der Ersatzleistung resultierenden Steuerlast außergewöhnlich hohe Steuervorteile verbleiben (vgl. BGH, Urt. v. 27. Juni 1984, IVa ZR 231/82, NJW 1984, 2524; Urt. v. 9. Oktober 1989, II ZR 257/88, NJW-RR 1990, 229, 230 m.w.N.). Die Revision verweist auf keinen Tatsachenvortrag, aus dem sich dies ergeben könnte.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. auch BGH – VII ZR 215/06 – GuT 2008, 299 (in diesem Heft).

§ 635 BGB a. F.; §§ 7, 9, 21 EStG
Vorteilsausgleichung von Steuervorteilen des
Geschädigten aus AfA bei Rückabwicklung
des Immobilienkaufs;
Wohnungseigentum; Vermietung und Verpachtung

Verlangt der Erwerber einer Immobilie großen Schadensersatz, so muss er sich die Steuervorteile, die er durch Absetzung für Abnutzung erzielt hat, grundsätzlich nicht im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen.

(BGH, Urteil vom 19. 6. 2008 – VII ZR 215/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger verlangt von den Beklagten im Wege des großen Schadensersatzes u. a. die Rückzahlung des Erwerbspreises für eine von der Beklagten zu 1 im Jahre 1994 erworbene Eigentumswohnung Zug um Zug gegen deren Rückgabe. Die Beklagten machen geltend, der Kläger müsse sich im Wege der Vorteilsausgleichung die Steuervorteile anrechnen lassen, die er dadurch erhalten habe, dass er seit der Fertigstellung der Eigentumswohnung in seinen Steuererklärungen einen Teil des Erwerbspreises als Absetzung für Abnutzung nach § 7 EStG (AfA) in Ansatz gebracht habe. Sie haben die Steuervorteile auf 95 020,26 € geschätzt. Das Landgericht München I hat bei der Berechnung des Schadensersatzes die Steuervorteile aus AfA unberücksichtigt gelassen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Die Beklagten haben die vom Senat zugelassene Revision mit dem Begehren eingelegt, das Urteil des Landgerichts insoweit abzuändern, als die Steuervorteile unberücksichtigt geblieben sind.

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

3 I. Das Landgericht vertritt die Auffassung, eine Anrechnung der Steuervorteile durch AfA komme nicht in Betracht, weil die Schadensersatzleistung in Höhe der AfA ihrerseits der Besteuerung unterliege. Es gelte der Grundsatz, dass Beträge, die Werbungskosten ersetzen, im Jahre des Zuflusses steuerpflichtige Einnahmen bei der Einkunftsart seien, bei der die Aufwendungen vorher als Werbungskosten abgezogen worden seien. Der Kläger habe unstreitig Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung erzielt. Sofern er mit der Schadensersatzleistung der Beklagten Beträge ersetzt bekomme, die von ihm vorher als AfA bei der Berechnung des Überschusses von Einnahmen als Werbungskosten angesetzt worden seien, stellten diese bei Zufluss an den Kläger Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung dar.

4 Das Berufungsgericht hat sich dem angeschlossen und ergänzend ausgeführt, in dem Schreiben des Finanzamts M. vom 22. August 2006 habe das Finanzamt nachvollziehbar ausgeführt, dass beim Kläger bei Rückabwicklung des Kaufvertrags die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung neu versteuert werden müssten. Dem werde gefolgt.

5 II. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

6 Der Kläger muss sich bei der Ermittlung des Schadens, dessen Ersatz er gemäß § 635 BGB a. F. verlangen kann, nicht im Wege der Vorteilsausgleichung die Steuervorteile anrechnen lassen, die er dadurch erhalten hat, dass er seit der Fertigstellung der Eigentumswohnung in seinen Steuererklärungen einen Teil des Erwerbspreises als Absetzung für Abnutzung in Ansatz gebracht hat.

7 1. Die im Schadensersatzrecht entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, dass dem Geschädigten in gewissem Umfang diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm im adäquaten Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Die Anrechnung von Vorteilen muss dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen und darf weder den Geschädigten unzumutbar belasten noch den Schädiger unbil-

lig entlasten (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 – VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83; Urteil vom 17. Oktober 2003 – V ZR 84/02, NJW-RR 2004, 79, 80 [= GuT 2004, 56]; Urteil vom 25. Februar 1988 – VII ZR 152/87, BauR 1988, 347). Zu solchen auf den Schadensersatzanspruch eines Geschädigten anzurechnenden Vorteilen können auch Steuern gehören, die der Geschädigte infolge der Schädigung erspart hat. Infolge des Erwerbs einer Immobilie erzielte Steuervorteile sind jedoch nicht anzurechnen, wenn die Rückabwicklung des Erwerbs im Wege des Schadensersatzes zu einer Besteuerung führt, die die erzielten Steuervorteile wieder nimmt (BGH, Urteil vom 11. November 2004 – VII ZR 128/03, BauR 2005, 400, 404 = NZBau 2005, 158 = ZfBR 2005, 178; Urteil vom 17. November 2005 – III ZR 350/04, NJW 2006, 499 [= GuT 2006, 85 KL]; Urteil vom 30. November 2007 – V ZR 284/06, BauR 2008, 823 [= GuT 2008, 297] jeweils m.w.N.).

8 2. Steuerrechtlich sind Einnahmen einer Einkunftsart auch die Rückflüsse von Aufwendungen, die zuvor bei der Ermittlung der Einkünfte dieser Einkunftsart als Werbungskosten abgezogen worden sind. Solche Rückflüsse liegen vor, wenn ein Vertrag über den Erwerb einer Immobilie im Wege des großen Schadensersatzes abgewickelt wird und daraufhin Anschaffungskosten zurückgezahlt werden. Soweit sich diese Anschaffungskosten als AfA steuerrechtlich ausgewirkt haben, werden als Werbungskosten geltend gemachte Aufwendungen zurückgezahlt, die der Erwerber bei Zufluss als Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung der Besteuerung zu unterwerfen hat, § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Das hat der V. Zivilsenat bereits im Urteil vom 30. November 2007 (a. a. O.) unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (Urteil vom 23. März 1993 – IX R 67/88, BFHE 171, 183, 184 m.w.N.; Urteil vom 22. September 1994 – IX R 13/93, BFHE 175, 546, 547; Urteil vom 26. Februar 2002 – IX R 20/98, BFHE 198, 425, 427; Urteil vom 3. Dezember 1990 – IX B 136/89, Beschluss vom 3. Dezember 1990 – IX B 136/89, BFH/NV 1991, 316; Urteil vom 22. September 1994 – IX R 6/93, BFH/NV 1995, 499, 500; Urteil vom 27. Juni 2004 – IX R 44/04, BFH/NV 2005, 188, 189 f.) entschieden. Der VII. Zivilsenat, der die Revision der Beklagten zur Klärung der Rechtsfrage vor der Entscheidung des V. Zivilsenats zugelassen hat, schließt sich dem an (vgl. auch BGH, Urteil vom 25. Februar 1988 – VII ZR 152/87, BauR 1988, 347).

9 Die Bedenken, die die Revision nach dem auf diese Rechtslage hinweisenden Beschluss des Senats vorgebracht hat, sind unbegründet. Aus den von ihr angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesfinanzhofs ergibt sich ebenso wenig wie aus den vorgelegten Auskünften des B. Landesamts für Steuern und des Finanzamts M. vom 21. März 2007, dass Erstattungsleistungen nicht versteuert werden, wenn sie Werbungskosten betreffen, die – wie die AfA – im Jahre ihres Ansatzes keinen Liquiditätsabfluss auslösen. AfA stehen gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG den in § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG genannten Werbungskosten gleich. Sie sind Aufwendungen im Sinne der dargestellten Rechtsprechung (vgl. auch BFH, Urteil vom 1. Dezember 1992 – IX R 189/85, BFHE 170, 11).

10 3. Das Urteil des II. Zivilsenats vom 6. November 1989 – II ZR 235/88 (NJW 1990, 571) steht nicht entgegen. Soweit darin ausgeführt ist, dass die Ersatzleistung, die dem Erwerber einer Eigentumswohnung im Gegenzug für die Übertragung der Wohnung zufließt, keine steuerpflichtige Einnahme darstelle, bezieht sich dies zunächst auf die Versteuerung des Veräußerungsgewinns. In dem Urteil wird sodann zwar eine Vorteilsausgleichung in Höhe der AfA für möglich gehalten. Insoweit erfolgt jedoch keine abschließende Entscheidung. Mit der Frage, inwieweit über den Erwerbspreis rückerstattete AfA nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu versteuern sind, befasst sich das Urteil nicht.

11 4. Auch aus dem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 27. Juni 2006 – IX R 47/04 (BFHE 214, 267) folgt nichts anderes. In diesem Urteil ist entschieden, dass eine Veräußerung im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG nicht vorliegt, wenn sich

das ursprüngliche Anschaffungsgeschäft lediglich in ein Abwicklungsverhältnis verwandelt. Die Herausgabe des zuvor angeschafften Wirtschaftsguts stellt hierbei keinen gesonderten marktoffenen Vorgang, sondern nur einen notwendigen Teilakt im Rahmen der Rückabwicklung dar. Damit kommt eine Besteuerung des erstatteten Erwerbspreises in Höhe der AfA entgegen einer Praxis der Finanzbehörden (vgl. Rundverfügung der OFD Frankfurt a.M. vom 12. Juli 2001 – S 2256 A – 19 – St II 27, DStR 2001, 1753 f.) nicht nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG in Betracht. Aus diesem Urteil kann jedoch nicht geschlossen werden, dass ein Rückfluss der Anschaffungskosten in Höhe der AfA nicht besteuert werden darf. Mit der Frage, ob eine Besteuerung des rückerstatteten Erwerbspreises als Einnahme aus Vermietung und Verpachtung nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu erfolgen hat, hatte sich der Bundesfinanzhof in dem ihm zur Entscheidung übertragenen Fall nicht zu befassen.

¹² 5. Bereits aus dem Umstand, dass erstattete Werbungskosten zu versteuern sind, ergibt sich ohne weiteres, dass die bisherigen Steuerfestsetzungen nicht nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO geändert werden dürfen. Die anders lautende Auskunft des Fi-

nanzamts M. vom 22. August 2006, auf die sich das Berufungsgericht auch gestützt hat, ist insoweit unzutreffend.

¹³ 6. Nach allem haben die Vorinstanzen zu Recht eine Vorteilsausgleichung zu Lasten des Klägers abgelehnt. Der Kläger war nicht gehalten, Steuervorteile durch AfA und Steuernachteile durch die Versteuerung der Ersatzleistung näher darzulegen und rechnerisch gegenüberzustellen. Feststellungen dazu, in welcher genauen Höhe sich die Versteuerung der zu erstattenden Werbungskosten auswirkt, müssen in der Regel nicht getroffen werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Schädiger Umstände darlegt, auf deren Grundlage dem Geschädigten auch nach einer Anrechnung der aus der Ersatzleistung resultierenden Steuerlast außergewöhnlich hohe Steuervorteile verbleiben (BGH, Urteil vom 30. November 2007 – V ZR 284/06, BauR 2008, 823 [= GuT 2008, 297] m.w.N.; vgl. auch Urteil vom 11. November 2004 – VII ZR 128/03, BauR 2005, 400, 404 = NZBau 2005, 158 = ZfBR 2005, 178). Dass solche Umstände dargelegt worden seien, macht die Revision nicht geltend.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Magazin

Politik und Recht

**Deutscher Hotel- und Gaststättenverband
(DEHOGA Bundesverband)
Pressemitteilung vom 30. 7. 2008**

**Rauchverbot für Eckkneipen gekippt
Verfassungsbeschwerden des DEHOGA erfolgreich.
Kleine Kneipen dürfen selbst entscheiden, ob geraucht
werden darf oder nicht.
Separate Raucherräume für Discotheken möglich.**

Das generelle Rauchverbot für kleine Kneipen und Bars ist verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht sah die zum Teil vom Deutschen Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) unterstützten Verfassungsbeschwerden als begründet an. Bis zu einer Neuregelung der Landesnichtraucherschutzgesetze bis 31. Dezember 2009 dürfen Einraumbetriebe mit einer ausschließlichen Schankkonzession und weniger als 75 Quadratmetern Gastfläche selbst entscheiden, ob sie einen Raucher- oder Nichtraucherbetrieb führen wollen. Der Besuch dieser Betriebe ist nur Gästen ab 18 Jahren gestattet. Der DEHOGA Bundesverband begrüßte das Urteil des höchsten deutschen Gerichts vom 30. Juli 2008.

„Wir freuen uns, dass das Bundesverfassungsgericht die Grundrechte der Wirte von Einraumbetrieben und ihre wirtschaftliche Betroffenheit entsprechend gewürdigt hat“, sagte Ernst Fischer, Präsident des DEHOGA Bundesverbandes, am Mittwoch in Karlsruhe. Nach Ansicht der Verfassungsrichter stellt das Rauchverbot für Einraumbetriebe einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht auf freie Berufsausübung der Unternehmer dar. Fischer betonte: „Unsere Verfassungsbeschwerden waren kein Nein zum Nichtraucherschutz.“ Entscheidend sei jedoch, welches Mittel gewählt werde, um Menschen vor unfreiwilligem Passivrauch zu schützen.

Mit Blick auf die existenzielle Betroffenheit der Unternehmer hatte der DEHOGA drei Klagen betroffener Wirte vor dem Bundesverfassungsgericht unterstützt. „Denn während in den meisten Hotels und vielen Restaurants das Rauchverbot problemlos umgesetzt wird, leiden die getränkegeprägten Einraumbetriebe, in denen oft die Mehrzahl der Stammgäste Raucher ist, unter massiven Umsatzrückgängen“, berichtete der DEHOGA-Präsident. Die Gäste kämen seltener, konsumierten weniger oder blieben ganz weg. „Umsatzverluste von durchschnittlich 30 Prozent sind nicht mehr durch Kostensenkungen

aufzufangen“, machte Fischer deutlich. „Tausende Kneipenwirte fürchten um ihre Existenz.“

Der DEHOGA begrüßt zudem, dass das Bundesverfassungsgericht einen wesentlichen Wertungswiderspruch im Nichtraucherschutzgesetz von Baden-Württemberg gesehen und aufgehoben hat. Im Gegensatz zu Festzelten, die hier vollständig vom Rauchverbot ausgenommen sind, war es Discotheken nicht gestattet, einen separaten Raucherraum einzurichten. Nunmehr dürfen auch Discotheken, zu denen Besucher unter 18 Jahren keinen Zutritt haben, Rauchernebenräume schaffen und werden damit den übrigen Gaststättenbetrieben gleichgestellt. In diesem Raucherraum darf sich allerdings keine Tanzfläche befinden.

„Wir hoffen, dass nun die Landesgesetzgeber von ihrem Gestaltungsspielraum Gebrauch machen und die unterschiedlichen Interessen von Nichtrauchern, Rauchern und Unternehmern angemessen berücksichtigen“, so Fischer.

**DStGB Deutscher Städte- und Gemeindebund
Pressemitteilung vom 30. 7. 2008**

**Städte- und Gemeindebund begrüßt:
Rechtsklarheit für den Nichtraucherschutz**

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund (DStGB) begrüßt das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu Fragen der Verfassungsmäßigkeit einzelner Nichtraucherschutz-Gesetze als einen wichtigen Schritt auf dem Weg, den Nichtraucherschutz in Deutschland praktikabel zu machen. „Mit dem Urteil haben wir nun Rechtsklarheit bei der praktischen Umsetzung“, erklärte der stellvertretende Hauptgeschäftsführer des DStGB, Helmut Dedy, heute in Berlin.

Das Gericht habe die rechtliche Reichweite der jeweiligen Gesetze beschrieben und so den zukünftigen Handlungsrahmen der kommunalen Ordnungsämter definiert. Die Entscheidung sei nach erster Einschätzung lebensnah. Damit könne der Streit um den Nichtraucherschutz entschärft werden. Nun erst seien die Kommunen in der Lage, einen wirksamen Vollzug des Nichtraucherschutzes sicherzustellen.

Die Länder seien aufgefordert, ihre Gesetze den Anforderungen des Gerichts anzupassen. Dies solle nicht erst nach Ablauf der vom Gericht gesetzten Übergangsfristen, sondern unverzüglich und nach Möglichkeit abgestimmt geschehen.

FDP-Bundestagsfraktion Presseinformation vom 29. 7. 2008

Gesetze zum Nichtraucherschutz kann man in der Pfeife rauchen

Anlässlich des heutigen Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Nichtraucherschutzgesetz erklärt der sucht- und drogenpolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Detlef Parr:

In dem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes zum Nichtraucherschutz sind zwei Komponenten wichtig: Zum einen wurde die Position der FDP durch das heutige Urteil bestätigt und gestärkt. Die Verfassungsrichter in Karlsruhe haben erkannt, dass ein undifferenziertes Vorgehen gegen kleine Kneipen in den Ländern der falsche Weg gewesen ist. Jetzt ist Wahlfreiheit angesagt statt absoluter Verbote – ein unserer offenen Gesellschaftsordnung angemessener Weg.

Zum anderen versucht die Drogenbeauftragte der Bundesregierung Sabine Bätzing ihre Haltung eines radikalen Rauchverbotes durchzusetzen. Mit einem solchen radikalen Rauchverbot würde die nächste Verfassungsklage sofort ins Haus stehen. Gegen die Interessen der Länder will Sabine Bätzing die Berufsfreiheit der betroffenen Gastronomen und die Entscheidungsfreiheit der Gäste einschränken. Dazu darf es in keinem Fall kommen.

Die FDP-Bundestagsfraktion fordert nun die zuständigen Gesetzgeber auf, die verschiedenen Gesetze anzupassen und endlich Ausnahmeregelungen für kleinere Kneipen zu schaffen – so wie in einigen Bundesländern bereits geschehen. Die endlosen Streitigkeiten in den Ländern müssen beendet, die Berufsfreiheit der Wirte darf nicht länger gefährdet und die Entscheidungsfreiheit der Gäste muss gesichert werden.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 30. 7. 2008

Absolutes Rauchverbot ist verfassungsgemäß Urteil des Bundesverfassungsgerichtes zum Rauchverbot

Anlässlich des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes zum Rauchverbot erklärt die Drogenbeauftragte der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Maria Eichhorn MdB:

Das oberste Gericht hat in seinem Grundsatzurteil strikte und absolute Rauchverbote in allen Kneipen für verfassungsgemäß erklärt. Zugleich fordert es Nachbesserungen für die Rauchverbote in Einraumkneipen, wie sie in den meisten Bundesländern gelten. Wenn Ausnahmen für größere Kneipen zugelassen sind, müssten sich auch Einraumkneipen als Raucherlokale kennzeichnen dürfen.

Mit dem Urteil ist nun alles wieder offen. Die Bundesländer sind jetzt aufgefordert, bis zum 31.12.2009 ihre Gesetze zum Rauchverbot neu zu fassen. Diese Chance muss von den Ländern ergriffen werden, um eine einheitliche Gesetzeslage zu schaffen. Nur so kann Rechtssicherheit und Klarheit geschaffen werden. Notwendig sind klare Regelungen. Jede Ausnahmeregelung führt zu einer unübersichtlichen Rechtslage und zur Benachteiligung betroffener Gruppen.

Mehrere repräsentative Umfragen des Deutschen Krebsforschungszentrums haben ergeben, dass es bei der Bevölkerung eine große Zustimmung für einen umfassenden Nichtraucherschutz gibt. Weiterhin wünschen sich die Menschen eine für alle Bundesländer einheitliche Gesetzgebung. Die gegenwärtige Zersplitterung der gesetzlichen Regelungen mit den vielen Ausnahmen führt bei ihnen zu einer Rechtsunsicherheit.

Die Meinung der Bevölkerung muss in den Neufassungen der Gesetze Berücksichtigung finden. Die italienische Regelung hat gezeigt, dass ein striktes Rauchverbot von 80 Prozent der Bevölkerung befürwortet wird und auch bereits nach fünf Monaten der Verkauf von Zigaretten um 13 Prozent zurückging. Es ist zu erwarten, dass sich dieser positive Trend auch in Deutschland durchsetzt. Nur mit einem absoluten Rauchverbot kann letztlich das vorrangige Ziel des Gesundheitsschutzes realisiert und gewährleistet werden.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 30. 7. 2008

Am generellen Rauchverbot in der Gastronomie fuehrt kein Weg vorbei

Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts ueber Beschwerden gegen die Nichtraucherschutzgesetze in Berlin und Baden-Wuerttemberg erklart die zustaeundige Berichterstatterin der Arbeitsgruppe Ernaehrung, Landwirtschaft und Verbraucher-schutz der SPD-Bundestagsfraktion Marlies Volkmer:

Das Bundesverfassungsgericht hat klar gemacht: Nicht das Rauchverbot in der Gastronomie ist verfassungswidrig, sondern die Ausnahmen davon, die die Landesgesetzgeber zugelassen haben.

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum attestiert. Dieser geht bis zum vollstaendigen Rauchverbot in der Gastronomie. Denn das Grundrecht der Nichtraucher auf unversehrte Gesundheit ist in jedem Fall hoeher zu bewerten als das Recht auf freie Berufsausuebung der Gastronomen und das Recht auf Handlungsfreiheit der Raucher.

Die Ausnahmen haben zu Wettbewerbsverzerrungen unter den Gaststaettenbetrieben gefuehrt. Die Uebergangsregelung, die die Karlsruher Richter vorgegeben haben, verringert diese moeglicherweise, enthebt aber die Landesgesetzgeber nicht einer eigenen Entscheidung.

Die Laenderparlamente sind aufgefordert, ihren Spielraum zu nutzen und generelle Rauchverbote zu erlassen. Nur diese konsequente Regelung wird dem Gesundheitsschutz wirklich gerecht und ist fuer alle Gaeste und Gaststaetteninhaber klar. Der Flickenteppich unterschiedlicher Regelungen muss ein Ende haben.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 30. 7. 2008

Karlsruhe stärkt den konsequenten Schutz vor Passivrauchen

Anlässlich des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes zu Rauchverboten in Berlin und Baden-Württemberg erklären Biggi Bender, gesundheitspolitische Sprecherin, Ulrike Höfken, Sprecherin für Ernährungspolitik und Verbraucherfragen, und Dr. Harald Terpe, drogen- und suchtpolitischer Sprecher:

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes ist ein klares Signal für einen wirksamen Schutz vor Passivrauchen in ganz Deutschland. Das Gericht hält strikere und konsequente Regelungen, wie sie beispielsweise in Bayern gelten, für mit der Verfassung vereinbar. Ausnahmeregelungen wie in Berlin oder Baden-Württemberg sind hingegen verfassungswidrig, weil sie Besitzer kleinerer Eckkneipen benachteiligen und keinen umfassenden Schutz vor Passivrauchen gewährleisten.

Das Urteil ist vor allem eine Ohrfeige für diejenigen Länder, in denen inkonsequente Ausnahmeregelungen geschaffen wurden. Das ist das eigentliche Signal dieser Entscheidung. Die Länder sind nun in der Pflicht, im Interesse der nichtrauchenden Gäste klare und strikte Regelungen einzuführen. Das alles wäre nicht in dieser Form eingetreten, wenn die Bundesregierung wie von uns gefordert, eine bundeseinheitliche Lösung über das Arbeitsschutzgesetz geschaffen hätte.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 31. 7. 2008

Wir brauchen einen einheitlichen Nichtraucherschutz

Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes ueber das Rauchverbot in Gaststaetten erklart die drogen- und suchtpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Margrit Spielmann:

Zunächst einmal ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zu begrüßen, denn die Richter haben mit ihrem Urteil klargestellt, dass das ausnahmslose Rauchverbot in Gaststätten verfassungskonform ist. Das Gericht betont ausdrücklich, dass der Gesundheitsschutz ein überragend wichtiges Gut ist.

Die Richter kritisieren lediglich die Inkonsequenz der Länder. Der Bund musste die Regelung des Rauchverbotes an die Länder delegieren, da das Gaststättenrecht Ländersache ist. Das hatte zur Folge, dass Länder wie Bayern ein striktes Rauchverbot für alle Gaststätten einführen und andere Länder wie Berlin und Brandenburg Ausnahmen zuließen. Diese Ausnahmen führten zur Ungleichbehandlung von Gaststättenbesitzern. Während die großen einen zweiten, einen separaten Raucherraum einrichten konnten, blieben die kleinen Einraum-Eckkneipen auf der Strecke.

Dass das ist der Tat eine Ungleichbehandlung ist, muss akzeptiert werden. Die Konsequenzen aus diesem Richterspruch dürfen aber nicht mehr Ausnahmen sein. Es muss ein einheitliches und konsequentes Rauchverbot in allen Gaststätten durchgesetzt werden, dann hat auch die Ungleichbehandlung ein Ende.

Sollten die Länder zu einer solchen Regelung nicht in der Lage sein, muss genau geprüft werden, welche Möglichkeiten der Bund hat, den Nichtraucherschutz bedingungslos durchzusetzen.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 3. 8. 2008

Nichtraucherschutz wieder in Bundestag abstimmen lassen – für eine bundeseinheitliche Regelung

Zur Debatte über die Regelung des Nichtraucherschutzes erklärt die Fraktionsvorsitzende Renate Künast:

Die Bundesregierung ist mit ihren vollmundigen Ankündigungen zum Nichtraucherschutz gescheitert. Das Bundesverfassungsgericht hat die Regelungen der Länder für verfassungswidrig erklärt. Es zeigt sich deutlich: Den Schutz von Nichtrauchern den Ländern zu überlassen, war ein Akt der Feigheit. Die Bundesregierung hat sich nicht getraut, den Nichtraucherschutz bundesweit einheitlich zu regeln.

Unser Vorschlag, den Nichtraucherschutz im Rahmen des Arbeitnehmerschutzes zu regeln, wäre der beste gewesen. Dieser Weg ist besser und konsequenter, als der von Roland Koch angekündigte Versuch, im Rahmen der Ministerpräsidentenkonferenz eine einheitliche Regelung zu finden. Wir werden dafür sorgen, dass im Bundestag über den wirksamen Schutz von Nichtraucherinnen und Nichtrauchern abgestimmt wird.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 29. 8. 2008

Länder sollen sich gemeinsam auf strikte Rauchverbote in Gaststätten einigen

Zum angekündigten Nichterscheinen einiger unionsgeführter Bundesländer bei der Gesundheitsministerkonferenz zum Thema Rauchverbote in der Gastronomie erklären Biggi Bender, gesundheitspolitische Sprecherin, Dr. Harald Terpe, drogen- und suchtpolitische Sprecher, Ulrike Höfken, Sprecherin für Ernährungspolitik und Verbraucherfragen:

Jetzt ist keine Zeit, um beleidigte Leberwurst zu spielen. Die Unsicherheit beim Nichtraucherschutz drängt zum Handeln. Wir fordern die Bundesländer auf, dem Gesundheitsschutz einen klaren Vorrang einzuräumen und für Gaststätten bundesweit konsequent und ohne Ausnahmen Rauchverbote zu beschließen.

Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass ein striktes Rauchverbot in Gaststätten, den Schutz vor Passivrauchen am effektivsten erfüllt und mit der Verfassung vereinbar ist. Daran sollten sich die Bundesländer orientieren und Ausnahmen wie zum Beispiel Raucherräume aus ihren Gesetzen strei-

chen. Der Schutz vor Passivrauchen in der Gastronomie sollte nicht zur parteipolitischen Profilierung genutzt werden.

Dieses Vorgehen werden wir bundespolitisch unterstützen indem wir die Einführung von Rauchverboten im Arbeitsschutzgesetz beantragen werden.

FDP-Bundestagsfraktion Presseinformation vom 5. 9. 2008

Augenmaß statt totalem Rauchverbot beim Nichtraucherschutz

Anlässlich des heutigen Gesundheitsministertreffens zum Thema Rauchverbot erklärt der sucht- und drogenpolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Detlef Parr:

Die FDP-Bundestagsfraktion lehnt ein flächendeckendes und striktes Rauchverbot ab. Die Bundestagsfraktion fordert, in der Diskussion um die Neuregelung des Nichtraucherschutzes sowohl die Wahlfreiheit der Gäste als auch die Berufsfreiheit der Gastwirte zu berücksichtigen. Ein striktes Rauchverbot vernichtet Existenzen. Es käme zudem einer Bevormundung durch den Staat gleich. Wir brauchen keinen Staat als Super-Nanny.

Ein bedachtes Vorgehen ist das Gebot der Stunde. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Grundsatzurteil vom 30. Juli 2008 eine Neuregelung in den Ländern bis Ende 2009 gefordert. Schnellschüsse sind eher kontraproduktiv. Die einzelnen Länder sind jetzt gefragt, ihre Gesetze so anzupassen, dass weder die Wirte in ihrer Berufsausübung gefährdet sind, noch die Entscheidungsfreiheit der Gäste in Frage gestellt wird. Ein Beschluss der Gesundheitsminister auf Bundesebene ist hierfür nicht zwingend nötig. Die FDP appelliert an die zuständigen Gesetzgeber, für alle Beteiligten angemessene Regelungen zu finden.

Deutscher Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) Pressemitteilung vom 27. 6. 2008

DEHOGA begrüßt Mehrwertsteuer-Initiative der EU-Kommission

Die EU-Kommission setzt große Hoffnungen auf reduzierte Mehrwertsteuersätze für gastronomische Dienstleistungen in Europa: Am Dienstag kündigte Laszlo Kovacs als der für Steuern zuständige EU-Kommissar dem EU-Parlament für Juli einen Vorschlag an, den EU-Mitgliedstaaten ab 2010 mehr Spielraum für reduzierte Mehrwertsteuersätze zu gewähren. Zuvor hatte sich bereits wiederholt Günter Verheugen, Industriekommissar und Vize-Präsident der EU-Kommission, für die Aufnahme von Restaurantdienstleistungen in den Anhang III der Mehrwertsteuerrichtlinie ausgesprochen. „Diese Initiativen der Europäischen Kommission finden unsere uneingeschränkte Unterstützung“, begrüßt der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) den frischen Rückenwind aus Brüssel für eines der Kernanliegen der Branche.

„Niedrigere Steuern bedeuten mehr Flexibilität an der Preisfront und damit einhergehend eine höhere Nachfrage, mehr Umsatz und mehr Beschäftigung“, sagt DEHOGA-Präsident Fischer. „70 000 neue Arbeitsplätze könnten mittelfristig geschaffen werden, ergab eine Studie der Universität Mannheim. Das wäre eine große Chance für mehr Wachstum und Beschäftigung in Deutschland.“

Auf Unverständnis stößt beim DEHOGA Bundesverband allerdings die Ablehnung des Vorstoßes durch die deutsche Bundesregierung. „Die Große Koalition muss sich fragen, weshalb sie erst jüngst zum Jahreswechsel 2007/2008 den Bergbahnen in Deutschland den reduzierten Mehrwertsteuersatz gewährte und sich nun auf EU-Ebene gegen neue Gestaltungsspielräume bei der Mehrwertsteuer sperrt“, macht Fischer deutlich. Tatsache sei, dass die heutige Mehrwertsteuersystematik zahlreiche Wertungswidersprüche aufweise und das beschäftigungsintensive Gastgewerbe massiv benachteilige.

Der DEHOGA fordere nichts Außergewöhnliches, so Fischer. „In 22 von 27 Ländern Europas gilt für die Hotellerie der reduzierte Satz, in der Hälfte der Staaten auch für die Gastronomie. Frankreich will seit langem seinen Restaurants die Mehrwertsteuer senken und darf das nicht“, weist der DEHOGA-Präsident auf die zunehmend isolierte Haltung Deutschlands in Europa hin. „Für die Gastronomie kommt es darauf an, jetzt die notwendigen rechtlichen Voraussetzungen zu schaffen, dass einzelne Mitgliedstaaten reduzierte Sätze für die Gastronomie einführen können.“

Fischer zeigt zudem die eklatanten Wertungswidersprüche im eigenen Land auf: „Niemand versteht, warum das belegte Brötchen beim Bäcker, die Boulette beim Fleischer oder die Tiefkühlpizza im Supermarkt mit 7 Prozent besteuert werden, während für den Verzehr von Speisen und Getränken im Café, Bistro oder Restaurant 19 Prozent fällig sind.“

Der DEHOGA Bundesverband appelliert an die Bundesregierung, ihre Blockadehaltung in Brüssel aufzugeben und den Weg frei zu machen für mehr Wettbewerb, für mehr Wachstum und Arbeitsplätze im gastronomischen Außer-Haus-Konsum.

Für die deutsche Hotellerie wäre die Einführung des reduzierten Mehrwertsteuersatzes sofort möglich. Fischer verlangt von der Politik, die „massive Wettbewerbsbenachteiligung der deutschen Hotellerie endlich zu beenden.“ Der reduzierte Mehrwertsteuersatz für die Hotellerie in Europa sei die Regel, die auch für Deutschlands Hotellerie gelten müsse.

Im Zuge des Konsultationsverfahrens der EU-Kommission zu den Mehrwertsteuersätzen in Europa hat sich der DEHOGA in einer umfänglichen Stellungnahme für die Aufnahme von Restaurantdienstleistungen in den Anhang III der Mehrwertsteuer-Richtlinie ausgesprochen. Die Stellungnahme kann beim DEHOGA Bundesverband kostenfrei abgerufen werden.

FDP-Bundestagsfraktion Presseinformation vom 5. 8. 2008

FDP fordert reduzierten Mehrwertsteuersatz für Hotellerie und Gastronomie

Anlässlich der alarmierenden Umfrageergebnisse des Deutschen Industrie- und Handelskammertages (DIHK) zu den existenzbedrohenden Auswirkungen des Energiepreisanstiegs erklärt der tourismuspolitische Sprecher und parlamentarische Geschäftsführer der FDP-Bundestagsfraktion Ernst Burgbacher:

Die Umfrageergebnisse der DIHK-Stichprobe bei rund 100 Unternehmen der Tourismusbranche sind ein deutliches Alarmzeichen. Für große Teile der Tourismusbranche sind die gestiegenen Energiepreise existenzbedrohend. Dies gilt umso mehr, da gleichzeitig die Einnahmen zurückgehen. Eine entscheidende Ursache für die dramatische Entwicklung ist die staatliche Kostentreiber. Insbesondere die Erhöhung der Mehrwertsteuer von 16 Prozent auf 19 Prozent zum 01.01. 2007 ist konjunkturschädlich und konsumfeindlich und belastet damit insbesondere die Tourismusbranche.

Für die FDP-Bundestagsfraktion fordere ich die Bundesregierung auf, endlich entlastende Maßnahmen für die mittelständische Tourismuswirtschaft durchzusetzen. Neben der Senkung der Energiesteuern müssen zur Herstellung von Wettbewerbsgleichheit auch in Deutschland wie in vielen anderen Mitgliedstaaten der EU reduzierte Mehrwertsteuersätze für Hotellerie und Gastronomie gelten. Insbesondere die CDU/CSU-Bundestagsfraktion muss ihren Worten endlich einmal Taten folgen lassen.

FDP-Bundestagsfraktion Presseinformation vom 6. 8. 2008

Bundesregierung ignoriert Forderungen der Tourismusbranche

Anlässlich der Absage der Bundesregierung zu konkreten Hilfen für die Tourismusbranche erklärt der tourismuspolitische

Sprecher und parlamentarische Geschäftsführer der FDP-Bundestagsfraktion Ernst Burgbacher:

Obwohl die Umfrageergebnisse einer DIHK-Stichprobe die dramatische Situation in der Tourismusbranche wegen der drastisch gestiegenen Energiekosten deutlich aufgezeigt haben, lehnt die Bundesregierung konkrete Hilfsmaßnahmen ab. Damit werden den Forderungen und Ankündigungen des Tourismusbeauftragten der Bundesregierung zur Stärkung des Tourismusstandortes Deutschland leider keine entsprechenden Taten folgen. Es ist eine Bankrotterklärung des Tourismusbeauftragten, dass die Bundesregierung nicht zu einer Senkung der Energiesteuern und zur Herstellung von Wettbewerbsgleichheit durch reduzierte Mehrwertsteuersätze für Gastronomie und Hotellerie bereit ist.

Die Bundesregierung zieht den Bürgern mit ihrer Politik immer mehr Geld aus der Tasche, so dass immer mehr Menschen am Urlaub, Essen und Trinken sparen müssen. Das ist genau das falsche Signal der Bundesregierung an die Tourismusbranche in Deutschland.

Für die konjunkturschädlichen und konsumfeindlichen Auswirkungen dieser falschen Politik auf Verbraucher und Tourismusbranche tragen CDU, CSU und SPD die Verantwortung.

Deutscher Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband)

Pressemitteilung vom 2. 9. 2008

Wirtschaftsminister Pfister fordert reduzierten Mehrwertsteuersatz für die Hotellerie DEHOGA und Hotelverband unterstützen den Vorstoß Baden-Württembergs im Bundesrat: „Schluss mit der Wettbewerbsverzerrung“

Der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) und der Hotelverband Deutschland (IHA) begrüßen den Bundesratsvorstoß von Ernst Pfister, Wirtschaftsminister des Landes Baden-Württemberg. Dieser will am Donnerstag, 4. September 2008, einen Antrag zur Reduzierung der Mehrwertsteuer für die Hotellerie in den Wirtschaftsausschuss des Bundesrates einbringen. „Der reduzierte Mehrwertsteuersatz für die Hotellerie ist in Europa nicht die Ausnahme, sondern die Regel“, sagt der Hotelverbandsvorsitzende Fritz G. Dreesen. Die Verbände appellieren an die Politik, endlich auch in Deutschland die Chancen niedriger Steuersätze zu nutzen.

22 von 27 Ländern Europas haben ihrer Hotellerie die Mehrwertsteuer gesenkt. Mit Ausnahme von Dänemark wenden alle Anrainerstaaten Deutschlands auf Beherbergungsleistungen ermäßigte Sätze zwischen drei bis zehn Prozent an. „Dies bedeutet für die Hotellerie in Deutschland einen massiven Wettbewerbsnachteil gegenüber den Beherbergungsbetrieben in den Nachbarstaaten“, erklärt der Präsident des DEHOGA Bundesverbandes Ernst Fischer. „Deutschlands Hoteliers müssen für die gleiche Leistung zum gleichen Preis zwischen neun und 16 Prozentpunkte mehr Umsatzsteuer an den Fiskus abführen“, rechnet Fischer vor. Mobilität sei heute für viele Privat- und Geschäftsreisende zur Selbstverständlichkeit geworden, vielfach entscheide allein der Preis darüber, ob in Lindau oder Bregenz, Ahlbeck oder Świnoujście übernachtet und gespeist würde.

„Angesichts des wachsenden Kostendrucks für unsere Betriebe ist die langjährige Forderung der Branche aktueller denn je“, so der DEHOGA-Präsident weiter. „Es liegt allein in der Hand des deutschen Gesetzgebers, den Mehrwertsteuersatz der Hotellerie sofort auf 7 Prozent zu senken und damit die ganz überwiegend mittelständisch geprägte Branche zu entlasten.“

Ein mit den europäischen Nachbarn vergleichbarer Mehrwertsteuersatz für die Hotellerie würde sich auch für Deutschland auszahlen: „Studien haben bewiesen, dass eine Senkung des Steuersatzes allenfalls vorübergehend zu Steuerausfällen führt“, macht der IHA-Vorsitzende Dreesen deutlich. Mittelfristig würden die Staatshaushalte sogar entlastet, da nicht nur der

Umsatz steige, sondern gleichzeitig der mit den Umsatzsteigerungen verbundene Anstieg der Beschäftigtenzahl in dieser sehr arbeitsplatzintensiven Branche zusätzliche Steuereinnahmen und Sozialversicherungsbeiträge bewirke.

„Mit einem ermäßigten Mehrwertsteuersatz in der Hotellerie kann der Tourismusstandort Deutschland weiter gestärkt, wettbewerbsfähiger und international besser positioniert werden“, bringt Dreesen die Unterstützung für die Bundesratsinitiative Baden-Württembergs auf den Punkt.

Steuerfahnder nehmen Bäckereien ins Visier

Wegen möglicher Steuerhinterziehung beim Verkauf belegter Brötchen und anderer Snacks sind einem Zeitungsbericht (erschienen am 06. September 2008 | oca) zufolge Bäcker in ganz Deutschland ins Visier der Steuerfahndung geraten. So seien in Ostwestfalen-Lippe bereits die meisten größeren Filialbäckereien überprüft worden, berichtet das Bielefelder „Westfalen-Blatt“. Viele Betriebe sähen sich Nachforderungen in bis zu sechsstelliger Höhe ausgesetzt.

Kompliziertes Mehrwertsteuerrecht

Hintergrund ist nach dem Bericht das komplizierte Mehrwertsteuerrecht. Kaufe ein Kunde etwa ein belegtes Brötchen und verzehre es in der Bäckerei, würden 19 Prozent Mehrwertsteuer fällig. Nehme der Kunde das Brötchen mit, werde aus der „gastronomischen Dienstleistung“ wieder ein Lebensmittel - der Staat kassiere dann nur den verringerten Satz von sieben Prozent.

Kaum überprüfbar

Dabei hielten die Bäcker den Endpreis für den Kunden oftmals gleich und zahlen die Differenz selbst, berichtete die Zeitung weiter. Welcher Satz gebucht werde, könne der Kunde nur am Kassensbon feststellen. Die Steuerfahnder werfen den Bäckereien demnach vor, Umsätze auch dann mit dem niedrigeren Satz verbucht zu haben, wenn Kunden Snacks im Haus verzehrten.

Quelle: <http://wirtschaft.t-online.de/c/16/11/05/20/16110520.html>

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 12.10.2007

Messen und Geschäftsreisen als Chance für den Tourismusstandort Deutschland

Zum Antrag der Koalitionsfraktionen CDU/CSU und SPD „Messen und Geschäftsreisen als Chance für den Tourismusstandort Deutschland“ erklärt die zuständige Berichterstatterin der SPD-Bundestagsfraktion Brunhilde Irber gemeinsam mit der tourismuspolitischen Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Annette Fasse:

Messen und Geschäftsreisende gewinnen für den Tourismusstandort Deutschland immer mehr an Bedeutung. Jeder dritte Beschäftigte unternahm 2006 mindestens eine Geschäftsreise. Nach wie vor ist Deutschland für Kongresse und Tagungen der beliebteste Messestandort in Europa und darauf sind wir zu Recht stolz.

2006 haben ausländische und deutsche Geschäftsreisende in Deutschland gemeinsam 82,6 Millionen Reisen mit Übernachtungen unternommen, dabei wurden über 60 Milliarden Euro mit Geschäftsreisen umgesetzt. Sie leisten damit einen erheblichen Beitrag für die deutsche Tourismuswirtschaft.

Auch benachbarte Wirtschaftszweige profitieren von den Messe- und Tagungsteilnehmern, die pro Tag mit 148 Euro doppelt so viel ausgeben wie reine Urlaubsgäste. Jeder fünfte Beherbergungsbetrieb rechnet sogar mit einem Zuwachs der Hotelübernachtungen im kommenden Jahr. Mit 2,8 Millionen Arbeitsplätzen im vor- und nachgelagerten Bereich und mehr als 110.000 Ausbildungsplätzen ist der Tourismus eine boomende Branche und ein Beschäftigungsmotor.

Mit diesem Antrag setzen wir uns einmal mehr für eine vernünftige Mittelstandspolitik ein: Geschäftsreisen sind für Unternehmen nicht nur eine wirtschaftliche Notwendigkeit, sondern stellen auch einen Kostenfaktor dar. Gerade für kleinere und mittlere Unternehmen, deren durchschnittliche Ausgaben pro Geschäftsreise im vergangenen Jahr um etwa 24 Prozent stiegen, sind Verbesserungen im Reisemanagement und der Abbau bürokratischer Hemmnisse im Bereich Statistik-, Nachweis-, Dokumentations- und Buchführungspflichten eine erhebliche Besserstellung. Die Schaffung effektiver Rahmenbedingungen für Geschäftsreisen ist somit echte Mittelstandsfoerderung.

In dem Antrag fordern wir auch eine effizientere Bearbeitung der Visa-Anträge von Ausstellern und Geschäftsreisenden für eine weitgehende Harmonisierung der langwierigen Antragsverfahren.

Neben diesen Massnahmen zum Bürokratieabbau gilt es, in Anbetracht der zunehmenden Internationalisierung der Wirtschaft, die Verkehrszeichen und Hinweistafeln an grossen Messestandorten mehrsprachig zu gestalten und für mobilitäts eingeschränkte Bürgerinnen und Bürger Verkehrsmittel und Bahnhöfe barrierefrei zu gestalten. Auch die Länder sollen dabei in die Pflicht genommen werden. Durch entsprechende Ausbildungsangebote, der Förderung von Fremdsprachenkenntnissen und der Aufnahme des Schwerpunktes Geschäftsreisemanagement in die Ausbildungspläne von Berufs- und Hochschulen sollen angehende Touristiker qualifiziert werden.

Die in dem Antrag festgeschriebenen Massnahmen sollen die hohen Standards in Professionalität, Qualität und Angebotsvielfalt, für welche der Messestandort Deutschland und die deutschen Dienstleistungsanbieter international geschätzt werden, weiter ausbauen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 8.11.2007

„Barrierefreies Reisen“ bringt Vorteile für alle

Zur Anhörung „Barrierefreies Reisen“ des Bundestagsausschusses für Tourismus erklären die tourismuspolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Annette Fasse und ihre Stellvertreterin Renate Gradistanac:

Beim Thema „Barrierefreies Reisen“ darf es weder einen Stillstand geben, noch darf es weiterhin als Randgruppenthema oder als „Nischenprodukt“ behandelt werden. Vielmehr ist es an der Zeit, dass Architekten, kommunale und regionale Entscheidungsträger sowie Tourismusverantwortliche dem demographischen Wandel in der Gesellschaft Rechnung tragen und auf die damit verbundenen Anforderungen eingehen.

Immerhin werde sich die Gruppe der Generation 60plus während der nächsten Jahrzehnte nahezu verdoppeln und etwa 37 Prozent der Bevölkerung ausmachen. Das bedeutet, dass immer mehr Bürger in unserer älter werdenden Gesellschaft entsprechende Wohlfühl-Bedürfnisse haben. Darauf sollten sich alle Beteiligten einstellen.

Ein Begriff wie „Barrierefreies Reisen“ darf sich nicht länger nur auf vom Rollstuhl abhängige Menschen beziehen; er muss künftig auch mit einschliessen, dass Aspekte wie ein vermindertes Hör- oder Sehvermögen, eingeschränkte Mobilität oder die Bedürfnisse von chronischen oder psychisch erkrankten Menschen Berücksichtigung finden.

Das Hotel- und Gaststätten-Gewerbe sollte darin nicht nur einen Kostenfaktor sehen, sondern eine Investition in künftige Wettbewerbsvorteile. Alle Verkehrsträger sind zudem gefordert, ihre Angebote barrierefrei zu gestalten. Um die erforderlichen Massnahmen zukunftsfaehig durchzuführen zu können, setzen wir uns dafür ein, entsprechende Kompetenzzentren einzurichten, die als Beratungspartner zur Verfügung stehen.

So werden wir zum Beispiel die „Nationale Koordinationsstelle Tourismus für Alle e.V.“ (NatKo) dabei unterstützen die

noetige Aufbauarbeit zu uebernehmen, um mit ihrem Wissen und ihrer Erfahrung das noetige know how einzubringen.

Es kann nicht hingenommen werden, dass kuenftig immer mehr Menschen ins Ausland fahren, nur weil sie im eigenen Land zu wenig Angebote fuer „Barrierefreies Reisen“ beziehungsweise fuer einen barrierefreien Urlaub finden. Wegen der besseren Moeglichkeiten reisen derzeit bereits 17 Prozent der befragten Urlauber mit einem Handicap in die umgebenden Nachbarlaender. Komforttourismus ist die Zukunft, er dient allen Gaesten und Urlaub fuer alle muss das Ziel bleiben.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 8.11.2007

Modellregionen für barrierefreien Tourismus entwickeln Öffentliche Anhörung des Tourismus-Ausschusses des Deutschen Bundestages zum barrierefreien Reisen

Zum Ergebnis der Öffentlichen Anhörung des Tourismus-Ausschusses des Deutschen Bundestages zum Thema „Barrierefreies Reisen“ erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Tourismus der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Klaus Brähmig MdB, und der zuständige Berichterstatter, Jürgen Klimke MdB:

Trotz vieler barrierefreier Tourismusangebote und einer verbesserten Zugänglichkeit von Freizeit- und Kultureinrichtungen stoßen Menschen mit Behinderungen immer noch auf vielfältige Probleme bei der Planung und Durchführung von Reisen. Eine Weiterentwicklung ist nicht nur bei der Infrastruktur von Verkehrsträgern und im Gastgewerbe erforderlich, sondern auch bei der Vernetzung und Vermarktung bestehender Angebote sowie der Qualifizierung von Unternehmen und Mitarbeitern. Breite Zustimmung fand der Vorschlag der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, einen Wettbewerb für barrierefreie Tourismusregionen in Deutschland auszuschreiben. Als möglicher Träger käme der schon bisher auf diesem Gebiet sehr engagierte Allgemeine Deutsche Automobil-Club (ADAC) in Frage, dessen Vertreter eine Prüfung zusagte.

Mit einem solchen Wettbewerb könnten positive Beispiele herausgestellt und Impulse für weitere Regionen gegeben werden. Ziel sollte die durchgängige Nutzung barrierefreier Angebote entlang der gesamten touristischen Servicekette von der Auswahl des Reiseziels über die Buchung und die Anreise bis zur Unterkunft und der Nutzung touristischer Angebote am Zielort sein. Hinsichtlich der Anreisemöglichkeiten mit öffentlichen Verkehrsmitteln bestehen hier z. B. insbesondere im ländlichen Raum noch große Defizite. Dabei profitieren auch Familien mit kleinen Kindern und Kinderwagen, ältere Menschen sowie Personen mit vorübergehenden Unfallfolgen von barrierefreien Angeboten.

Barrierefreie Angebote sollten sich außerdem nicht nur wie bisher auf Rollstuhlfahrer konzentrieren, sondern auch stärker auf die Bedürfnisse von sehbehinderten, blinden, hör- und sprachbehinderten sowie geistig behinderten Menschen eingehen. Allerdings machte die Anhörung auch deutlich, dass viele Vorgaben auf Grund baulicher Voraussetzungen und hoher Kosten nicht so schnell oder so umfassend umgesetzt werden können, wie es wünschenswert wäre. Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion wird sich weiterhin für einen Ausbau barrierefreier Tourismusangebote einsetzen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 13.11.2007

Der Gesundheitsmarkt steigert die Wirtschaftskraft der Tourismusbranche

Zum Kongress „Gesundheitswirtschaft und Tourismus“ am 12. November 2007 der Arbeitsgruppe Tourismus der SPD-Bundestagsfraktion erklärt die tourismuspolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Annette Fasse:

Die Gesundheitswirtschaft zaehlt mit einem Umsatz von rund 75 Milliarden Euro im Jahr 2005 zu den groessten Wirtschaftsbranchen in Deutschland. Insgesamt arbeiten im gesamten Bereich mittlerweile mehr als 4,5 Millionen Menschen. Bis zum Jahr 2020 werden fuer Deutschland rund eine Million zusaetzhche Arbeitsplaetze prognostiziert.

Die stetige Nachfrage im Bereich Tourismus der in- und auslaendischen Gaeste erfordert entsprechende qualitative Angebote. Eine grosse Chance und Herausforderung fuer die Tourismuswirtschaft in Deutschland sich, auch im Hinblick auf die Konkurrenz in den osteuropaeischen Laendern, in diesem Bereich zu profilieren.

Darin waren sich die Referenten der Konferenz: Tilo Braune vom Deutschen Tourismusverband, Christine Clausing, Hotelunternehmerin, Prof. Dr. Ingo Froboese vom Zentrum fuer Gesundheit der Deutschen Sporthochschule in Koeln, Prof. Dr. Karl-Ludwig Resch vom Deutschen Institut fuer Gesundheitsforschung in Bad Elster, Staatssekretaer Dr. Stefan Rudolph vom Ministerium fuer Wirtschaft, Arbeit und Tourismus in Mecklenburg-Vorpommern sowie Maria Puetz-Willems, Journalistin und Autorin, einig.

Der Gesundheitstourismus muss so gestaltet werden, dass er eine nachhaltige Wirkung mit seinen Angeboten entfalten kann und eine moeglichst breite gesundheitsbewusste Klientel erreicht. Deshalb muessen einerseits die Krankenkassen im Bereich der Sozialversicherung den Bereich der Praevention deutlich staerken und andererseits die privat gezahlten Leistungen einem hohen qualitativen Standard entsprechen. Die Aus- und Weiterbildung des Personals im Gesundheitstourismus ist von entscheidender Bedeutung und die bestehende Angebotsvielfalt soll grundsaeztlich durch Qualetaetssiegel erkennbar und gestrafft werden.

Die Deutsche Zentrale fuer Tourismus (DZT) hat mit der aktuellen Kampagne „Deutschland zum Wohlfuehlen“ bereits auf diesen wichtigen Tourismustrend reagiert. Das Reiseland Deutschland muss national und international eine herausragende Position im Gesundheitstourismus in allen Segmenten, von der Kur bis zum Medical Wellness, erreichen. Das Thema Gesundheit muss zukuenftig aktiv mit dem Reiseland Deutschland verbunden werden.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 16.11.2007

Bund staerkt die Wasser- und Schifffahrtsverwaltung und den Wassertourismus

Anlaesslich der abschliessenden Beratung des Haushaltes 2008 im Haushaltsausschuss erklart der zustaendige Berichterstatter der Arbeitsgruppe Haushalt der SPD-Bundestagsfraktion Frank Schmidt:

Mit den Beschlussen des Haushaltsausschusses staerkt der Bundestag die Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes (WSV). Vor allem hinsichtlich der Personalausstattung hat es eine deutliche Verbesserung gegeben: So werden im Bundeshaushalt 2008 Mittel fuer 20 neue Ingenieursstellen in der WSV bereitgestellt und zusaetzhlich 16 neue Auszubildenenstellen geschaffen. Die Sorgen, Ingenieursleistungen koennten aus der WSV ausgegliedert werden, sind damit vom Tisch. Damit staerkt der Bund die WSV und sichert deren Leistungsfahigkeit auch fuer die Zukunft.

Ausserdem hat der Haushaltsausschuss entschieden, dass der Bund kuenftig stillgelegte bundeseigene Wasserstrassen an interessierte Bundeslaender oder Kommunen abgeben kann, damit diese beispielsweise fuer wassertouristische Zwecke reaktiviert werden koennen. Um die finanziellen Belastungen der uebernehmenden Kommunen gering zu halten, koennen Abloesungen und finanzielle Beitraege seitens des Bundes geleistet werden. So unterstuetzt der Bund die Reaktivierung von Wasserwegen und foerdert den boomenden Wassertourismus.

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 29.11.2007**

Keine Vermietung von Zimmern und Raeumen an Neonazis und NPD-Funktionaere

Zur Ankuendigung des DEHOGA-Landesverbandes Sachsen-Anhalt eine Kampagne gegen die Vermietung von Zimmern und Raeumen an Neonazis und NPD-Funktionaere zu starten, erklaren die Sprecherin der Arbeitsgruppe Tourismus Annette Fasse und die stellvertretende Sprecherin Renate Gradistanac:

Im Hotel- und Gaststaettenbereich ist es wichtig, gegenueber unseren inlaendischen und auslaendischen Gaesten fuer unser Land Demokratie, Toleranz und Weltoffenheit zu repraesentieren. Rechtsextremisten gefaehrden unsere demokratische Grundordnung, schueren Fremdenfeindlichkeit und Rassismus.

Deshalb ist die Kampagne des DEHOGA-Landesverband Sachsen-Anhalt ausdruuecklich zu begruessen. Auch die DEHOGA Brandenburg hat erklart, kuenftig keine Funktionaere von NPD und DVU mehr beherbergen zu wollen. Gerade die ostdeutschen Bundeslaender sind von den Aktivitaeten der rechtsextremen Szene besonders betroffen. Der DEHOGA Landesverband Brandenburg plant, gemeinsam mit dem Verfassungsschutz fuer seine Mitglieder im Hotel- und Gaststaettenbereich Schulungen fuer einen sicheren Umgang mit Rechtsextremisten durchzufuehren. Diese Initiativen der beiden DEHOGA-Landesverbaende sind gute Beispiele und verdienen unsere bundesweite Unterstuetzung.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 10.12.2007**

Wirtschaftsfaktor Tourismus verdient noch mehr Beachtung

6. Tourismuspolitischer Kongress der CDU/CSU-Bundestagsfraktion

Zum heutigen 6. Tourismuspolitischen Kongress der CDU/CSU-Bundestagsfraktion im Berliner Reichstag erklart der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Tourismus der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Klaus Brähmig MdB:

Fast 500 Vertreter aus Wirtschaft, Wissenschaft, Umweltverbaenden und Politik, unter ihnen zahlreiche Spitzenvertreter, diskutierten beim 6. Tourismuspolitischen Kongress der CDU/CSU-Bundestagsfraktion in Berlin die Bedeutung des Wirtschaftsfaktors Tourismus. In den Reden und Podiumsdiskussionen wurde die Vielseitigkeit und groe Attraktivitaet des Reiselandes Deutschland herausgestellt. Deutlich wurde auch, dass Tourismus nicht nur eine unter vielen, austauschbaren Branchen ist. Etliche andere Wirtschaftszweige profitieren von dieser Branche, deren Arbeitsplaetze nicht exportierbar sind. Ohne den Tourismus wuerde auch vielen strukturschwachen Regionen die Existenzgrundlage entzogen, wuerden wirtschaftliche Kreislaeue ueberhaupt nicht richtig in Gang kommen.

Breite Uebereinstimmung gab es darueber, dass im gesamtpolitischen Umfeld und in der gesellschaftlichen Wahrnehmung dem Tourismus noch mehr Beachtung geschenkt werden muss. Als dringend notwendig wurde auch eine staerkere Kooperation auf regionaler Ebene sowie ueber Lands- und Staatsgrenzen hinweg bezeichnet. Auoerdem wurden eine Harmonisierung der Wettbewerbsbedingungen auf EU-Ebene und Aenderung im Arbeits- und Steuerrecht gefordert.

Der Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Volker Kauder bezeichnete die Tourismusbranche als bedeutenden Wirtschaftsfaktor. Er plaedierte bei der Eröffnung des Kongresses fuer eine konsequente Fortsetzung der Reformpolitik fuer mehr Wachstum und Beschaeftigung. In der ersten Halbzeit der groe Koalition seien einige Erfolge zu verzeichnen, die auch die Rahmenbedingungen fuer Deutschland als Tourismusstandort verbessert haetten. Dies gelte vor allem fuer die Senkung des Arbeitslosenversicherungsbeitrages, den Burokratieabbau und die Fortschritte bei der Haushaltskonsolidierung. Jetzt sei es wich-

tig, diesen Kurs zu halten. Es sei ein Zeichen von gesundem Patriotismus, Urlaub im eigenen Land zu machen. Deutschland mit seinen intakten Landschaften sei praedestiniert fuer wunderbare Entdeckungsreisen. Jungen Menschen solle Mut gemacht werden, in der Tourismusbranche eine Ausbildung zu absolvieren.

Der Tourismusbeauftragte der Bundesregierung Ernst Hinken ging auf die strategischen Herausforderungen der Tourismuspolitik ein. Dies seien die Positionierung im veraerkerten globalen Wettbewerb der Reiseziele, die Auswirkungen des Klimawandels auf die deutschen Urlaubsgebiete und der Einfluss des demographischen Wandels auf die Reisenachfrage. Als Beispiele fuer die Unterstuetzung der Bundesregierung nannte er die kontinuierliche Mittelerhoehung fuer die Deutsche Zentrale fuer Tourismus (DZT), MaBnahmen zur Erhoehung der Servicequalitaet und ein Modellvorhaben zum Ausbau des deutschen Radfernwegenetzes.

Marlene Mortler, die Vorsitzende des Tourismusausschusses des Deutschen Bundestages, wies auf den Beitrag des Tourismus fuer die Entwicklung laendlicher Raeme und die Sicherung ihrer Funktion als Lebens-, Natur-, Kultur- und Erholungsraum hin. Besondere Chancen laegen beim umweltvertraeglichen Fahrradtourismus und Wandern sowie beim Urlaub auf dem Bauernhof. Einheimische Kuoehe und regionale Spezialitaeten sollten noch staerker in Zusammenarbeit zwischen der Landwirtschaft, den oertlichen Tourismusverbaenden und dem Gastgewerbe vermarktet werden.

Die Bedeutung einer leistungsfaeihigen Infrastruktur als Grundvoraussetzung fuer den Tourismus und die Erreichbarkeit von Staedten und Ferienregionen stand im Mittelpunkt des Schlusswortes des stellvertretenden CDU/CSU-Fraktionsvorsitzenden Dr. Hans-Peter Friedrich. Wichtige Ziele seien die Beseitigung von Engpaessen auf Bundesstraegen und Autobahnen, mehr Wettbewerbsfaehigkeit und Attraktivitaet der Eisenbahn, eine bundesweite Flughafenkonzeption und die Staerkung des Radverkehrs.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 23.1.2008**

**Urlaub im laendlichen Raum hat Zukunft
Besuch des Tourismus-Ausschusses des Deutschen Bundestages auf der Gruenen Woche**

Zum Besuch des Tourismus-Ausschusses des Deutschen Bundestages auf der Gruenen Woche erklaren der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Tourismus der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Klaus Brähmig MdB, und die Berichterstatterin, Anita Schaefer MdB:

Die Vielfalt hochwertiger und abwechslungsreicher Angebote fuer Urlaub im laendlichen Raum auf der Gruenen Woche macht deutlich, dass der Tourismusstandort Deutschland auch abseits des boomenden Staedtetourismus eine groe Attraktivitaet besitzt. Insbesondere Urlaub auf dem Bauernhof oder Urlaub auf Winzer- und Reiterhoeften sind sehr familienfreundlich und koennen in einzigartiger Weise das wachsende Beduerfnis nach Naturnaehe erfuellen. Mit regionaltypischen Produkten und lokalen Spezialitaeten wie z. B. unter dem Motto „Heimat auf dem Teller“ heben sich deutsche Ferienregionen auch immer mehr ab von anderen, austauschbaren Reisezielen im Ausland.

Das groe Potenzial fuer mehr Gaesteuebernachtungen auf Bauernhoeften sollte noch besser genutzt werden, um mehr Einkommensalternativen fuer Landwirte in strukturschwachen Raemen zu schaffen und eine intakte baerliche Landwirtschaft als Grundlage attraktiver Erholungslandschaften zu staerken. Der auf der Gruenen Woche vorgestellte neue Internetauftritt der Bundesarbeitsgemeinschaft fuer Urlaub auf dem Bauernhof und Landtourismus mit seinem umfassenden Informationsangebot ist hierzu ein wichtiger Schritt. Ohne den Tourismus wuerden in vielen strukturschwachen Regionen wirtschaftliche Kreislaeue

überhaupt nicht richtig in Gang kommen. Im ländlichen Raum kann mit zusätzlichen Einkommensquellen aus dem Tourismus außerdem der drohenden Landflucht entgegengewirkt werden.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 22. 2. 2008

Tourismuspolitischer Bericht als Ansporn fuer eine innovative Wirtschaftspolitik

Zur heutigen Plenardebatte zum „tourismuspolitischen Bericht der Bundesregierung - 16. Legislaturperiode“ erklart die tourismuspolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Annette Fasse:

Der Tourismus boomt. Die Uebernachtungen in Deutschland klettern auf ein Rekordhoch. Es waren 360 Millionen im Jahr 2007. Die Welt war zu Gast bei Freunden und so soll es weiterhin sein. Die Bruttowertschoepfung wird im Kernbereich des Tourismus auf 57 Milliarden Euro geschaezt; das entspricht einem Anteil am Bruttoinlandsprodukt von 3,2 Prozent.

Der Tourismus ist ein enormer Beschaeftigungsmotor mit entsprechenden Moeglichkeiten fuer den Arbeitsmarkt. Rund 2,8 Millionen Beschaeftigte in Deutschland werden dem Tourismus zugerechnet. Dabei stehen wir fuer Gute Arbeit. Wir wollen vor allem Arbeit, die gerecht entlohnt wird und die Teilhabe an den sozialen Sicherungssystemen voll ermoeeglicht sowie Qualifikationen nutzt und ausbaut. Die Zukunft der Tourismusbranche haengt ganz entscheidend vom gut ausgebildeten, qualifizierten Fachpersonal ab.

Der demographische Wandel unserer Gesellschaft veraendert die Zielgruppen der Tourismuswirtschaft. Insbesondere der Wachstumsmarkt der aelteren Reisenden muss durch spezielle Angebote erschlossen werden. Ein wichtiger Aspekt ist dabei die Barrierefreiheit. Sie bedeutet zugleich einen Komforttourismus fuer alle. Eine barrierefreie Umgebung kommt allen zu gute, ermoeeglicht die Teilnahme aller und bedeutet Teilhabe.

Neben der demographischen Entwicklung wird der Klimawandel gravierende Auswirkungen auf den Tourismus haben. Der Tourismus ist Betroffener und Mitverursacher zugleich. Nur eine gesunde Umwelt ist ein Garant fuer ein attraktives Urlaubsziel. Vor allem muss die Tourismuswirtschaft die Qualitaet des touristischen Angebots gewaehrleisten. Die Erwartungen der Kunden sollen zur Zufriedenheit erfuellt werden. Das staerkt letztendlich auch die Wirtschaftskraft. Ein gutes Angebot ist die Basis fuer ein erfolgreiches Marketing.

Die Erhoehung des Haushaltsansatzes 2008 fuer die Deutsche Zentrale fuer Tourismus (DZT) um 500.000 Euro auf 25.474 Millionen Euro ist ein guter Schritt. Wir muessen in Zukunft noch mehr Mittel einsetzen, denn jeder Euro der hier investiert wird, bringt reichen Ertrag.

Eines der wichtigstes Kriterien bei Reiseentscheidungen ist das Thema Sicherheit. Risiken und Krisen im Tourismus sind nicht vorhersehbar, aber minimierbar. Aufgrund der Erfahrungen mit „hoeherer Gewalt“ und Terroranschlaegen besteht ein Sicherheitsbedarf der Touristen, dem zu entsprechen ist.

Der tourismuspolitische Bericht muss in Zukunft in der Fortschreibung deutlich mehr als ein Bestandsbericht sein. Es gilt die Frage zu beantworten: Wohin soll sich der Deutschlandtourismus entwickeln? Wo liegen die konkreten Handlungsfelder der Politik, damit die Chancen Deutschlands weiterhin konsequent genutzt werden koennen?

Der Tourismus ist die Leitoekonomie der Zukunft in unserem Land. Die SPD fordert daher ein Leitbild fuer den Tourismus, um politische Schwerpunkte zu setzen, um die qualitative Weiterentwicklung konsequent zu ermoeeglichen, gerade im Zusammenklang mit dem foederalen System der Laender- und Gemeindebeteiligung.

Die Debatte im Bundestag anlaesslich des vorgelegten Tourismusberichtes der Bundesregierung muss dazu fuehren, An-

sporn zu geben, die Tourismuswirtschaft mit politischen Rahmenbedingungen so zu begleiten, dass eine weitere wirtschaftliche Expansion moeglich wird.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 22. 2. 2008

Wachstumsmotor Tourismus kommt in Fahrt Noch mehr Anstrengungen zur Aus- und Fortbildung sind weitere Schlüsselfaktoren zum Erfolg

Anlässlich der heutigen Debatte im Deutschen Bundestag zum Tourismuspolitischen Bericht der Bundesregierung erklart der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Tourismus der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Klaus Brähmig MdB:

Tourismus ist nicht nur weltweit, sondern auch bei uns in Deutschland eine der wenigen langfristigen Wachstumsbranchen. Trotz Naturkatastrophen, Terroranschlägen und steigenden Energiepreisen ist die Dynamik dieser Branche ungebrochen. Dies gilt gleichermaßen für den Urlaub unserer Bevölkerung im eigenen Land wie für Gäste aus dem Ausland: beide Bereiche legen ständig zu. Im vergangenen Jahr gab es in Deutschland rund 362 Millionen gewerbliche Gästeübernachtungen, was einen absoluten Rekord darstellt. Wir haben in Deutschland auch insbesondere in der Gastronomie ein hervorragendes Preis-Leistungs-Verhältnis, das keinen Wettbewerb mit ausländischen Konkurrenzländern zu scheuen braucht.

Tourismus gibt vielen strukturschwachen Regionen eine Existenzgrundlage und bringt wirtschaftliche Kreisläufe überhaupt erst in Gang. Mit diesen zusätzlichen Einkommensquellen kann auch der drohenden Landflucht entgegengewirkt werden. Vor allem in den neuen Bundesländern ist der Tourismus eine Erfolgsgeschichte und verfügt noch über ein großes unausgeschöpftes Potenzial. So waren laut einer Emnid-Umfrage 47 Prozent der Westdeutschen noch nie in Ostdeutschland.

Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion hat sich in den letzten Jahren mit Erfolg dafür eingesetzt, dass die touristische Auslandsvermarktung Deutschlands angesichts des zunehmenden internationalen Wettbewerbs intensiviert werden konnte. So wurde seit dem Regierungsantritt der Großen Koalition die jährliche Bundeszuwendung an die dafür zuständige Deutsche Zentrale für Tourismus (DZT) um 1 Mio. Euro auf 25,5 Mio. Euro angehoben. Damit erreicht die DZT in diesem Jahr neben den Eigeneinnahmen und Länderzuschüssen ein Gesamtbudget von 35 Mio. Euro. Auch für die nächsten Jahre ist eine kontinuierliche Erhöhung dieser Bundeszuwendung geplant, die ein Vielfaches an Umsätzen und Steuereinnahmen bewirkt und damit gut investierte Steuermittel darstellt. Aus eigener Kraft würde die mittelständisch geprägte Tourismuswirtschaft es sonst kaum schaffen, sich gegenüber der weltweiten Konkurrenz langfristig zu behaupten. Allein die deutlich kleineren Nachbarländer Schweiz und Österreich geben in diesem Jahr jeweils 50 Mio. Euro für ihre Tourismuswerbung aus.

Noch mehr Anstrengungen zur Aus- und Fortbildung sind weitere Schlüsselfaktoren zum Erfolg. Hier leistet das Deutsche Seminar für Tourismus (DSFT), das ebenfalls eine Bundeszuwendung erhält, eine gute Arbeit mit speziellen Weiterbildungsangeboten. Hier setzen wir uns für eine Beibehaltung der Förderung und noch mehr Fortbildungsmaßnahmen in den einzelnen Regionen ein. Außerdem sollte der neue Ausbildungsberuf der Kaufleute für Freizeit und Tourismus noch stärker genutzt werden. Ein großes Potenzial besteht vor allem bei regionalen und kommunalen Fremdenverkehrsämtern und Tourismuszentralen. Vermittelt werden vor allem Kenntnisse über die Vermarktung Deutschlands und deutscher Regionen. Wir müssen wieder mehr in Köpfe statt nur in Infrastruktur investieren. Ohne eine effiziente Vermarktung, kundengerechte Dienstleistungen und Öffnungszeiten, kompetente Mitarbeiter und Servicequalität nützen die besten Sachinvestitionen wenig.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 5. 3. 2008**

**Investitionsstau im Tourismus auflösen
Eröffnung der Internationalen Tourismus-Börse (ITB)
in Berlin**

Zur Eröffnung der Internationalen Tourismus-Börse (ITB) in Berlin erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Tourismus der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Klaus Brähmig MdB:

Die heute beginnende größte Tourismusmesse der Welt, die Internationale Tourismus-Börse (ITB) in Berlin, zeigt erneut die große Vielfalt dieser Branche und die große Attraktivität des Tourismusstandortes Deutschland. Die Zahl der grenzüberschreitenden Reisen stieg im vergangenen Jahr weltweit um 6 Prozent auf fast 900 Millionen. Dabei sind die Deutschen nicht nur weiterhin Reiseweltmeister bei Auslandsreisen, sondern können auch als Gastgeber beständige Zuwächse bei den Besuchern aus dem In- und Ausland verzeichnen.

Die Zuwächse im Deutschlandtourismus werden jedoch meist im Städtetourismus verzeichnet, während ländliche, strukturschwache Regionen abseits der Küsten zunehmend Probleme haben, sich im innerdeutschen und internationalen Wettbewerb zu behaupten. Viele Hotels, Pensionen und Restaurants sind mit einem Investitionsstau konfrontiert, den sie aus eigener Kraft kaum abbauen können. Mit dem bisherigen Instrumentarium ist dieses Problem offensichtlich nicht hinreichend zu lösen, hier sind in Zukunft weitere Anstrengungen nötig. Dabei sollte es vorrangig darum gehen, das vorhandene Instrumentarium wie Investitionszulage, GA-Förderung und zinsoptimierte Kreditlinien für die oft Eigentümer geführten mittelständischen Unternehmen in ihrer Nutzbarkeit zu verbessern. Die regionalen Hausbanken müssen dabei mutig als Partner des Mittelstandes agieren. Gleichzeitig muss das Kirchturnsdenken in den deutschen Tourismusregionen überwunden werden. Dafür sind nachfrageorientierte Marketingverbände und -kooperationen das beste Rezept. Nur wenn bei den politisch und fachlich Verantwortlichen ein Bewusstsein einkehrt, dass sich unsere Tourismusregionen täglich in einem harten weltweiten Konkurrenzkampf befinden, können sie vom Wachstum profitieren.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 12. 3. 2008**

**Trotz Schutzmaßnahmen gelangt immer noch zu viel
Abfall in die Nordsee
Untersuchungsergebnisse über die Müllbelastung im
Bereich der deutschen Küste**

Aufgrund neuer Untersuchungsergebnisse über die Müllbelastung im Bereich der deutschen Küste erklären die umweltpolitische Sprecherin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Marie-Luise Dött MdB, und der zuständige Berichterstatter für Meeresumweltschutz, Ingbert Liebing MdB:

Leider müssen wir feststellen, dass trotz einiger Fortschritte bei der Verringerung der Abfallbelastung der Nordsee, immer noch Probleme, insbesondere mit Kunststoffabfällen, wie Folien- und Planenresten, bestehen.

Durch Wissenschaftler des Forschungs- und Technologiezentrums Westküste an der Universität Kiel vorgelegte Untersuchungsergebnisse zeigen, dass die Müllbelastung der Nordsee, trotz der Erklärung zum Sondergebiet für Müll im Rahmen des internationalen Übereinkommens zur Verhütung der Meeresverschmutzung durch Schiffe (MARPOL) 1991, immer noch erheblich ist. Hauptverursacher ist nach Aussage der Wissenschaftler der Schiffsverkehr. Das Zentrum ist an einer nordseeweiten Studie beteiligt, bei der Meeresbiologen aus mehreren europäischen Ländern die Müllbelastung von Eissturmvögeln untersuchen. Die Forscher konnten jetzt nachweisen, dass 93 Prozent der 180 toten Vögel, die seit 2002 entlang der deutschen Küste gefunden und untersucht wurden, Plastikmüll im Magen hatten.

Vor diesem Hintergrund halten wir es für zwingend erforderlich zu prüfen, welche weiteren Maßnahmen ergriffen werden können, um die Belastung der Nordsee gerade auch mit Plastikmüll zu reduzieren. Zu diesem Zweck halten wir eine Doppelstrategie für sinnvoll: Zum einen muss geprüft werden, welche Wege es gibt, es für die Schiffsbetreiber attraktiver zu machen, den Schiffsmüll im Hafen zu entsorgen. Zum anderen müssen Überwachungsmechanismen und Sanktionsmaßnahmen greifen, um abschreckend zu wirken. Allein die Kombination aus Anreizen und Abschreckung wird den Lebensraum der Nordsee dauerhaft schützen.

Neben den Gefahren für Vögel und andere Tiere ist die Beseitigung von Kunststoffabfällen von den Stränden ein erheblicher Kostenfaktor die Kommunen.

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 8. 4. 2008**

**Demographischer Wandel als Herausforderung im
Tourismus**

Zum heutigen von der SPD-Bundestagsfraktion initiierten und verabschiedeten Koalitionsantrag „Chancen des demographischen Wandels im Tourismus nutzen“ erklären die tourismuspolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Annette Fasse und die zuständige Berichterstatterin Renate Gradistanac:

Die Tourismusbranche in Deutschland wird mit entsprechenden Angeboten von einer älter werdenden Gesellschaft profitieren können, denn hier gibt es eine Chance mit hohem wirtschaftlichen Potenzial. Die Generation 50plus wird bis im Jahr 2035 knapp die Hälfte der Bevölkerung ausmachen. Diese ebenso kaufkräftigen wie konsumfreudigen jungen Alten, von den Marktforschern „Best Ager“ benannt, werden künftige gesünder, agiler, mobiler und gut ausgebildet sowie mehrsprachig sein. Diese Generation wird Wert legen auf Individualität und Vielfalt, auf Qualität und ein ausgewogenes Preis-Leistungsverhältnis im Reiseverhalten.

Weltweit gilt der Tourismus als Leitoekonomie der Zukunft. Die Gruppe der neuen jungen Alten gibt heute schon ueberdurchschnittlich viel Geld fuer das Reisen aus. Verschiedene Zukunftsmodelle prognostizieren Wachstumsraten von bis zu 16 Prozent; ein grosser Wachstumsmarkt dabei ist der Gesundheits- und Wellness-tourismus.

Der demographische Wandel mit seinen Auswirkungen auf den Tourismus muss deshalb Bestandteil eines zukunfftigen Leitbilds fuer den Deutschlandtourismus sowie fuer das vom Bundesministerium fuer Familie, Senioren, Frauen und Jugend geplanten Programms „Wirtschaftsfaktor Alter“ sein. In dem Parlamentsantrag wird von der Bundesregierung eine Strategie zur Seniorenwirtschaft mit einem Schwerpunkt Tourismus gefordert. Die Deutsche Zentrale fuer Tourismus (DZT) soll durch eine staerkere Ausrichtung auf die Beduerfnisse der Seniorinnen und Senioren beim Inlands- und Auslandsmarketing eingehen und bei den Anbietern im Sektor Gesundheitstourismus soll durch eine Selbstverpflichtung fuer einheitliche Qualitaetskriterien gesorgt werden.

Die Unternehmen der Tourismusbranche muessen ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verstaerkt ueber die Herausforderungen des demographischen Wandels unterrichten und entsprechend qualifizieren, um wettbewerbsfaehig zu sein. Die Tourismusbranche muss ausserdem zielgruppengenaue Angebote entwickeln und sich dabei auch auf Reise- und Erlebnis-konsumenten mit hohem Einkommen sowie auf Sparkonsumenten mit geringem Budget einstellen.

Die Bundeslaender sollen die Ausbildungsplaene von Berufs-, Fach- und Hochschulen um die Thematik des demographischen Wandels erweitern und ein standardisiertes Aus- und Fortbildungsprogramm entwickeln. In der Forschung zum demographischen Wandel soll verstaerkt der Tourismusaspekt be-

ruecksichtigt werden, um unter anderem Informationen ueber differenzierte Motive und Lebensstile dieser sehr heterogenen Zielgruppe erheben zu koennen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 4. 2008

Demographischen Wandel für den Tourismusstandort Deutschland nutzen Senioren als Zielgruppe immer bedeutender

Zur Einbringung des Koalitionsantrags „Chancen des demographischen Wandels im Tourismus nutzen“ erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Tourismus der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Klaus Brähmig MdB, und der zuständige Berichterstatter Bernward Müller MdB:

Der demographische Wandel wird dazu führen, dass für den Tourismusstandort Deutschland Senioren als Zielgruppe immer bedeutender werden. Dazu wird Tourismuswirtschaft verstärkt zielgruppengenaue Angebote entwickeln müssen. Ältere Reisende legen großen Wert auf verlässliche Informationen, ausführliche Beratung, eine adäquate Betreuung und einen situationgerechten Service am Urlaubsort. Bei einer Einbeziehung europäischer Quellmärkte des Deutschlandtourismus mit ähnlichen demographischen Entwicklungen ergeben sich auch längerfristige Wachstumspotenziale für mehr Gäste aus dem Ausland.

Die Koalitionsfraktionen haben jetzt einen Antrag im Deutschen Bundestag eingebracht, in dem die Bundesregierung aufgefordert wird, zu einer Nutzung dieser Chancen beizutragen. Sie soll vor allem ein Leitbild für den Deutschlandtourismus unter besonderer Berücksichtigung der demographischen Entwicklung erstellen. Weitere Forderungen betreffen u. a. die Vermarktung durch die Deutsche Zentrale für Tourismus (DZT), Schulungen für einen besseren Umgang mit älteren Gästen und älteren Mitarbeitern sowie die Berücksichtigung dieser Thematik bei der Ausbildung und bei Forschungsvorhaben.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 24. 4. 2008

Tourismus gibt Impulse für grenzüberschreitende Zusammenarbeit Öffentliche Anhörung des Tourismus-Ausschusses

Zum Ergebnis der Öffentlichen Anhörung des Tourismus-Ausschusses des Deutschen Bundestages zum Thema „Grenzüberschreitende Tourismuskoooperationen“ erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Tourismus der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Klaus Brähmig MdB und die Berichterstatter, Helmut Brandt MdB und Anita Schäfer MdB:

Der Tourismus ist ein wichtiger Impulsgeber für die Förderung von gemeinsamen Entwicklungsperspektiven grenzüberschreitender Regionen. Eine Zusammenarbeit bei der touristischen Vermarktung und Produktentwicklung leistet einen wichtigen Beitrag zum Abbau der Grenzen in den Köpfen der Bevölkerung beiderseits der Grenzen. Viele Grenzregionen bilden zusammen mit Regionen unserer europäischen Nachbarn gemeinsame Naturräume und können sich in einer Kooperation im internationalen Wettbewerb deutlich besser positionieren. Dies wurde bei einer Anhörung von Vertretern der Regionen Eifel-Ardennen, der Europaregion Pomerania, des Schwarzwaldes, der Sächsisch-Böhmischen Schweiz, des Bayerischen Waldes/Böhmerwaldes und der Europastadt Görlitz Zgorzelec im Tourismus-Ausschuss des Deutschen Bundestages deutlich.

Eine politische Begleitung dieser Prozesse wurde dabei als absolut notwendig bezeichnet. Alle Sachverständigen bemängeln außerdem die für eine Förderung aus EU-Mitteln verbundenen hohen bürokratischen Hürden und den hohen Verwaltungsaufwand. So sollten z. B. Zusammenschlüsse über die Grenzen hinweg als Projektträger anerkannt werden, die ge-

genwärtig mit einer grenzüberschreitenden Rechtsform nicht förderfähig sind. Weiterhin wurde vorgeschlagen, Vergabeverfahren vor allem für kleinere Aufträge zu vereinfachen. Da EU-Förderprogramme zu einem erheblichen Teil von deutschen Steuergeldern gespeist werden, liegt ein effizienter und transparenter Einsatz dieser Mittel auch im nationalen Interesse.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 29. 5. 2008

Dem Tourismus darf der Treibstoff nicht ausgehen

Die steigenden Treibstoffpreise sorgen zunehmend für Belastungen der Tourismuswirtschaft und der Verkehrsunternehmen

Nach einem Gespräch der Arbeitsgruppe Tourismus der CDU/CSU-Bundestagsfraktion mit der Mittelständischen Mineralöl- und Energie-Wirtschaft Deutschland erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe, Klaus Brähmig MdB:

Die steigenden Treibstoffpreise sorgen zunehmend für Belastungen der Tourismuswirtschaft und der Verkehrsunternehmen. Durch die weltweit wachsende Nachfrage nach Benzin, Diesel und Kerosin ist trotz Schwankungen grundsätzlich von kontinuierlichen weiteren Preissteigerungen auszugehen. Nicht nur unsere eigenen Auslands- und Fernreisen mit dem Flugzeug, der Bahn, dem Schiff oder dem Auto werden teurer, auch die Deutschlandreisen unserer kaufkräftigen Auslandsgäste und Reisen im eigenen Land. Die deutschen Urlaubsgebiete sind auf finanzierbare Treibstoffkosten angewiesen, sonst ist die Wirtschaftskraft vieler ländlicher und strukturschwacher Regionen bedroht. Der gegenwärtige Passagierzuwachs bei der Bahn zeigt im übrigen, dass die Bahn ein Netz von attraktiven Fern- und Regionalbahnverbindungen benötigt und sich nicht weiter aus der Fläche zurückziehen sollte.

Neben den vielfältigen Aktivitäten zur Energieeinsparung und zur Steigerung der Energieeffizienz scheint es auch geboten, dass Energiekonzerne insbesondere angesichts der gegenwärtigen hohen Gewinne ihre Investitionen in die Förderung fossiler Energieträger und die Produktion von Treibstoffen erhöhen. Beim Einsatz erneuerbarer Energien sollten die Möglichkeiten von Biokraftstoffen noch intensiver geprüft werden. Darüber hinaus sind noch mehr Anstrengungen im Bereich Forschung und Entwicklung nötig, um z. B. Wasserstofftechnologien als Treibstoffalternativen zur Einsatzreife zu bringen. Der Weg hierhin ist allerdings offensichtlich noch sehr weit. Bei allen Klimaschutzmaßnahmen sollten außerdem auch die Versorgungssicherheit und die Möglichkeiten zur inländischen Wertschöpfung berücksichtigt werden.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 6. 6. 2008

Umweltbewusstsein beim Reisen weiter verbessern Gesetzliche Vorgaben sind aber der falsche Weg

Anlässlich der gestrigen Debatte im Deutschen Bundestag zur nachhaltigen Tourismusentwicklung erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Tourismus der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Klaus Brähmig MdB:

Die Umweltbelastung einer Reise hängt nicht nur vom Reiseziel, sondern auch maßgeblich vom dabei genutzten Verkehrsmittel ab. Es wäre wünschenswert, wenn Kunden bei ihrer Reiseentscheidung auch stärker diesen Aspekt berücksichtigen könnten und über die jeweiligen CO₂-Emissionen informiert wären. So könnten beispielsweise der besonders umweltfreundliche Reisebus oder die Bahn ihren Beitrag zum Klimaschutz noch besser darstellen. Deutsche Fluggesellschaften verfügen aufgrund einer sehr modernen und verbrauchsarmen Flotte über Wettbewerbsvorteile gegenüber vielen ausländischen Konkurrenten. Auch Kreuzfahrt- und Fährschiffe entwickeln sich immer mehr zu umweltfreundlichen Verkehrsmitteln mit einem niedrigen Treibstoffverbrauch pro Passagier.

Entsprechende gesetzliche Vorgaben, wie von den Grünen für Reiseveranstalter gefordert, sind jedoch der falsche Weg. Denn bei Pauschalreisen wäre eine solche Auflistung für sämtliche gebuchten Verkehrsmittel aufwendig und technisch schwer zu erstellen, da bei der Angebotserstellung die genutzten Verkehrsmittel noch nicht feststehen. Stattdessen sollten die Möglichkeiten freiwilliger Angaben oder eine freiwillige Selbstverpflichtung z. B. auf der Grundlage von Durchschnittswerten der einzelnen Verkehrsträger geprüft werden. Keinesfalls sollte bei der Diskussion um die Nachhaltigkeit von Reisen aber damit angefangen werden, Reiseziele gegeneinander auszuspielen. Notwendig sind vor allem Schritte zur weiteren Reduzierung des Verbrauchs und die Beseitigung von Engpässen in der Verkehrsinfrastruktur.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 10. 6. 2008

Sommerferien deutlich besser entzerren Kultusminister werden ihrer gesamtgesellschaftlichen Aufgabe nicht gerecht

Zur Sommerferienregelung von 2011 bis 2017 erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Tourismus der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Klaus Brähmig MdB:

Der Beschluss der Kultusministerkonferenz zur Sommerferienregelung 2011 bis 2017 ignoriert verkehrs-, ökologische und tourismuspolitische Aspekte und schränkt die Erholungsmöglichkeiten für Kinder und ihre Eltern ein. Die geplanten durchschnittlich 80 Tage Gesamtferienzeitraum liegen nicht nur weit unter den von Tourismuspolitikern der Koalition und der Tourismuswirtschaft immer wieder geforderten 90 Tagen, sondern sogar unter den von 2005 bis 2010 festgelegten 83 Tagen. Wenn schon keine dringend gebotene Verbesserung erreicht werden kann, so hätte wenigstens der status quo beibehalten werden müssen. Gleichzeitig werden die oft fast deckungsgleichen Termine der bevölkerungsreichsten Bundesländer für massive Verkehrsprobleme, hohe Preise für Familien und eine schlechte Auslastung deutscher Feriengebiete in der jetzt verlängerten Vor- und Nachsaison sorgen.

Damit werden die Kultusminister ihrer gesamtgesellschaftlichen Aufgabe nicht gerecht und treiben deutsche Familien geradezu in den Auslandsurlaub. Eine Verkürzung des Gesamtferienzeitraums bedeutet pro Tag 1 bis 2 Mio. weniger Gästeübernachtungen in Deutschland. Die Bemühungen der gegenwärtig in Regensburg tagenden Wirtschaftsminister zur Überarbeitung und besseren Entzerrung der Sommerferien sind ausdrücklich zu unterstützen. Auch die Ministerpräsidenten sollten sich für einen Beschluss einsetzen, der mit einem ganzheitlichen Ansatz gleichermaßen pädagogische, familienpolitische, verkehrliche, ökologische, wirtschaftliche und tourismuspolitische Gesichtspunkte berücksichtigt.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 18. 6. 2008

12-Tage-Regelung fuer Reisebusfahrer wieder einfuehren – Anhoerung bestaetigt SPD-Fraktion

Zur heutigen Verabschiedung des Koalitionsantrags von SPD und CDU/CSU „Zwoelf-Tage-Regelung in Europa wieder einfuehren“ erklaren die tourismuspolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Annette Fasse und der Berichterstatter im Ausschuss fuer Verkehr, Bau und Stadtentwicklung Heinz Paula:

Die baldige Wiedereinfuehrung des erleichterten Reisebusfahrereinsatzes bei 12-taegigen Busreisen ist notwendig, um Tourismus und Busunternehmen zu foerdern.

Seit April 2007 gelten in der EU neue Sozialvorschriften im Strassenverkehr. Nach dem neuen Recht ist fuer Busfahrer die Moeglichkeit gestrichen worden, ihre gesamte Ruhezeit nach Ablauf einer Busrundreise von 12 Tagen zu nehmen. Das Fahr-

personal ist nun verpflichtet, Ruhezeiten bereits nach sechs Tagen Fahrzeit anzutreten. Damit wird es fuer die Busunternehmen sehr viel schwieriger, Rundreisen zu planen. Fuer die Gaeste wird eine Busrundreise uninteressant, wenn der Fahrer nach einer Woche fuer fast zwei Tage ausfaellt.

Viele Reisende schaezten an einer Busreise den „Rund-um-Sorglos“ Service, der Fahrer bringt die Reisenden an ihr Ziel, die Gaeste koennen die Landschaft oder die Architektur einer Stadt betrachten ohne sich staendig mit Karten und Plaenen beschaeftigen zu muessen. Ein positives Gefuehl der Sicherheit und die Entspannung des Urlaubs koennen waehrend der Fahrt genossen werden.

Das Fahrpersonal ist jetzt gezwungen, seinen Ruhetag fern von den Familien zu verbringen, zudem fuehrt die Regelung auch zu Gehaltseinbussen. Diese kommen unter anderem dadurch zustande, dass die Einsatzmoeglichkeiten fuer die Fahrer durch die neuen EU-Bestimmungen deutlich eingeschaenkt werden.

Der Deutsche Bundestag hat bereits beschlossen, dass die Bundesregierung bis zum Ende der Legislatur einen Bericht zu den Auswirkungen der neuen Lenk- und Ruhezeiten vorlegen solle. Das europaeische Parlament hat Anfang Juni bestaetigt, die Wiedereinfuehrung der 12-Tage-Regelung wieder einzufuehren.

In dem jetzt verabschiedeten Bundestagsantrag wird die Bundesregierung aufgefordert, die europaeische Initiative zur Wiedereinfuehrung zu unterstuetzen, den Abschluss der in Auftrag gegebenen Untersuchung zu forcieren und dem Deutschen Bundestag die Ergebnisse mitzuteilen. Von den Sachverstaendigen wurde bestaetigt, dass der Omnibus das sicherste Reiseverkehrsmittel ist. Die Initiative der Koalition fand unter den Experten ungeteilte Zustimmung.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 8. 7. 2008

Verantwortlich handeln – mehr Transparenz fuer eine nachhaltige Tourismusentwicklung

Zur Vorstellung der WWF-Studie ueber die Umweltauswirkungen von Urlaubsreisen erklart Bettina Herlitzius, tourismuspolitische Sprecherin:

Rechtzeitig zur alljaehrlichen Hauptreisezeit wurde die Studie des WWF zum „touristischen Klima-Fuabdruck“ veroeffentlicht. Wir begrueßen ausdruücklich die in der WWF-Studie vorgestellten Forderungen. Diese decken sich in weiten Teilen mit unserem im Mai eingebrachten Antrag zur Ausweisung der CO₂-Bilanz bei Pauschalreisen als einem ersten Schritt zu mehr Transparenz in der Tourismuswirtschaft. Denn durch das Reisen kommt es zum Teil zu problematischen Entwicklungen fuer Natur, Umwelt und bei der Einhaltung sozialer Standards. Deshalb ist es in Zeiten des Klimawandels absolut nicht ausreichend, nur die touristischen Nischenprodukte anzusprechen. Verbraucherinnen und Verbraucher legen immer mehr Wert auf gesellschaftliche und oekologische Verantwortung. Ein klimaverantwortliches Handeln der Reisenden laesst sich nur mit transparenten Informationen erreichen.

Es ist unabdingbar, dass in Zeiten des Klimawandels auch die Massentourismusindustrie Zeichen setzt und bei ihren Pauschalreiseangeboten mindestens die Hoehe der transferbedingten CO₂-Emissionen ausweist. Denn Tourismus und Mobilitaet sind eng miteinander verwoben, 75 Prozent des CO₂-Ausstoesses im Tourismus sind dem Transport zuzurechnen. Gerade deshalb steht die Wahl des Transportmittels bei einer Reise im Mittelpunkt, wenn man den CO₂-Verbrauch einer Reise reduzieren will. Die Angaben zum CO₂-Verbrauch fuer den Transport bei einer Pauschalreise sind deshalb ein erster Schritt zu mehr Transparenz. Mit der von uns angestrebten Ausweisung haben Reisende selbst die Wahl, ihre Reiseentscheidung auch unter Beruecksichtigung der Klimabelastung der Reise zu treffen.

Das trifft den Puls der Zeit!

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 31. 7. 2008**

**Kultur begeistert
Kultur in ihrer Vielfalt erhalten und ihre Potentiale auch
im wirtschaftlichen Bereich nutzen**

Der kultur- und medienpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Wolfgang Börnßen (Bönstrup) MdB erklärt:

In ihrem über 70 Seiten starken Bericht „Kulturindikatoren auf einen Blick – Ein Ländervergleich“ legen das Statistische Bundesamt und die Landesämter dar, dass die Deutschen selten so kulturbegeistert waren wie heute: 3,8 Millionen gingen in der Saison 2005/2006 einmal im Jahr ins Theater, 103 Millionen Besucher durften die Museen zählen. Spitzenreiter bei den Museumsbesuchern ist Berlin mit 12 Millionen, Hamburg hingegen führt die Liste bei den Theatergängern mit 4,2 Millionen an. Auch das Interesse für aktive Kulturausbildung ist groß: 5,3% junger Menschen unter 19 Jahren musizierten 2006 an einer öffentlichen Musikschule, eine steigende Tendenz, denn 2000 waren es nur 4,7%. Jeder 50. Einwohner Deutschlands war 2007 Chormitglied.

Und unsere Bürger lassen sich die Kultur etwas kosten: 2005 gab jeder Haushalt 2.800 Euro für Kultur, Freizeit und Unterhaltung aus. Damit beträgt der Anteil dieser Ausgaben immerhin 11,6% an den gesamten Konsumausgaben! Nicht umsonst wird Deutschland eine Kulturnation genannt.

Bedauerlicherweise ist der Aufwärtstrend nicht bei den Kinos zu beobachten: Sie verzeichnen einen deutlichen Rückgang bei den Besucherzahlen, die 2006 mit 137 Millionen im Vergleich zu 2001 41 Millionen weniger aufwiesen. Wenn wir Kino als Kulturgut erhalten wollen, dann sind wir als Kulturpolitiker gefragt, bei der Filmförderung, die so große Erfolge in Deutschland aufweist, nun auch den Problemfall „Kino“ ins Auge zu fassen und nach Lösungen zu suchen.

Innerhalb der Länder ist Sachsen mit Ausgaben von 155,40 Euro pro Kopf für die Kultur Spitzenreiter. Dies liegt auch im Kulturräumgesetz des Freistaates begründet, eine vorbildliche Regelung, die auch die anderen Länder zum Fundament ihrer Kulturarbeit machen sollten, insbesondere Brandenburg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und das Saarland, deren Kulturausgaben noch verbessert werden könnten.

Betrachtet man die Begeisterung der Deutschen für die Kultur, wird deutlich, dass Kultur mehr und mehr auch zum Standortfaktor im Wettbewerb der Länder, Städte und Regionen wird. Dazu gehört auch, dass eine steigende Zahl der Erwerbstätigen in Kulturberufen zu verzeichnen ist. 2006 betrug ihre Zahl 870.000 und damit 31,5% mehr als 1997. Die Zahl aller Erwerbstätigen nahm im selben Zeitraum nur um 4,3% zu. Kultur schafft Arbeitsplätze und Wirtschaftswachstum. Die nun herausgegebenen Zahlen bestätigen die Politik der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und der Bundesregierung, die Kulturwirtschaft in all ihren Ausprägungen zu unterstützen. Dabei sollte auch das stetig wachsende Potential des Kulturtourismus weiter gefördert und genutzt werden. Opern- und Theaterfestspiele, Konzertangebote und renommierte Ausstellungen locken nicht nur die einheimischen Besucher an, sondern spielen mit im internationalen Wettbewerb um Touristen. Dies gilt es, weiter sinnvoll auszubauen. Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion wird dazu initiativ werden.

Kultur wird in Deutschland von den Bürgern getragen. Das ist eine entscheidende Voraussetzung für das Gelingen von Kulturpolitik. Ohne das Engagement der Bürger, sei es aktiv, sei es passiv, könnte auch die beste Kulturpolitik nichts erreichen. Hier anzusetzen und mit einer klugen Politik immer mehr Menschen für die Kultur zu begeistern, bedeutet, Kultur in ihrer Vielfalt zu erhalten und ihre Potentiale auch im wirtschaftlichen Bereich zu nutzen. Dabei wird die Union ein verlässlicher Partner der Kultur sein.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 7. 5. 2008**

**Bundesverfassungsgericht bezieht die frühere
rot-grüne Bundesregierung erneut des Verfassungsbruchs
AWACS-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts**

Anlässlich der heutigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zum Einsatz deutscher Soldaten in AWACS-Aufklärungsflugzeugen in der Türkei im Jahre 2003 erklärt der innenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hans-Peter Uhl MdB:

Nach dem NPD-Verbotsverfahren und dem Luftsicherheitsgesetz ist dies nun der dritte Fall eines vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Verfassungsbruchs der rot-grünen Bundesregierung.

Zudem hat die im Februar ergangene Grundsatzentscheidung zur Online Durchsuchung deutlich gemacht, dass die Rechtsgrundlage, auf der die rot-grüne Bundesregierung Online-Durchsuchungen durchführen wollte, materiell verfassungswidrig war.

Das Bundesverfassungsgericht hat heute die Rechte des Parlaments bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr gestärkt.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 29. 5. 2008**

**Entschädigung für ostdeutsche Kriegsspätheimkehrer
tritt bereits zum 1. Juli 2008 in Kraft
Endlich erhalten die ostdeutschen Kriegsheimkehrer und
Geltungskriegsgefangenen eine symbolische Anerkennung
für ihr erlittenes Schicksal**

Anlässlich der 2./3. Lesung des Gesetzes zur Änderung des Heimkehrerstützungsaufhebungsgesetzes erklären der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und Sprecher der ostdeutschen CDU-Bundestagsabgeordneten, Arnold Vaatz MdB und der zuständige Berichterstatter im Innenausschuss, Günter Baumann MdB:

Im November des vergangenen Jahres hatte sich die Große Koalition insbesondere auf Initiative der ostdeutschen CDU-Bundestagsabgeordneten und der Vertriebenenpolitiker über die Entschädigung der ostdeutschen Kriegsspätheimkehrer geeinigt. Nach der alten Gesetzeslage hätte mit der Auszahlung erst ab dem 1. Januar 2009 begonnen werden können.

Mit dem Änderungsgesetz tritt die Entschädigungsregelung für ostdeutsche Kriegsspätheimkehrer bereits zum 1. Juli 2008 in Kraft. Das Vorziehen der Inkraftsetzung war für die CDU/CSU-Bundestagsfraktion wegen des hohen Alters der Betroffenen ein besonders wichtiges Anliegen. Besonders aus dem Blickwinkel der Nichtvererbbarkeit des Anspruchs war der späte Termin im Jahr 2009 für uns sehr unbefriedigend.

Kriegsgefangene, die in den östlichen Teil Deutschlands entlassen wurden, erhalten eine nach der Dauer des Gewahrsams gestaffelte Entschädigung in Höhe von 500 Euro (Entlassungsjahrgänge 1947 und 1948), 1000 Euro (Entlassungsjahrgänge 1949 und 1950) und 1500 Euro (Entlassungsjahrgänge ab 1951).

Mit der Bereitstellung außerplanmäßiger Mittel im Haushaltsjahr 2008 in Höhe von voraussichtlich 15,8 Mio. Euro und im Haushaltsjahr 2009 von rund 1 Mio. Euro kann die Entschädigung für die Heimkehrer durch das Bundesverwaltungsamt in Bonn nun zügig umgesetzt werden.

Der Anspruch auf Einmalentschädigung ist nicht pfändbar und auch nicht vererbbar, da das Gesetz an das Einzelschicksal der Betroffenen anknüpft. Weiterhin wird die Leistung nicht auf einkommensabhängige Sozialleistungen angerechnet.

Endlich erhalten die ostdeutschen Kriegsheimkehrer und Geltungskriegsgefangenen eine symbolische Anerkennung für ihr

GuT

G 58438

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

erlittenes Schicksal. Es war insbesondere die CDU/CSU-Bundestagsfraktion, die sich für eine Entschädigung der Spätheimkehrer eingesetzt hatte.

Hinw. d. Red.: Vgl. die PM der CDU/CSU- und SPD-Bundestagsfraktionen in GuT 2008, 190 m. w. Hinw. d. Red.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 29. 5. 2008

Bundestag beschliesst frühere Entschädigung fuer ostdeutsche Heimkehrer

Heute hat der Deutsche Bundestag ein Vorziehen der Entschädigung fuer nach Ostdeutschland heimgekehrte Kriegsgefangene beschlossen. Dazu erklart die Sprecherin der Arbeitsgruppe Aufbau Ost der SPD-Bundestagsfraktion Andrea Wicklein:

Die Bemuehungen der SPD-Bundestagsfraktion waren erfolgreich, den Termin fuer die Entschädigung von ehemaligen Kriegsgefangenen vorzuziehen, die in die sowjetisch besetzte Zone beziehungsweise die DDR entlassen wurden und dort weiter gewohnt haben. Es ist zu begruessen, dass es zu dieser Regelung gekommen ist. Ein Aufschieben auf 2009 waere absolut unverstaendlich gewesen.

Nun koennen die zumeist hochbetagten ehemaligen Kriegsgefangenen – die heute um die 80 Jahre alt sind – ihre Entschädigung bereits ab dem 1. Juli 2008 erhalten. Rund 16 Millionen Euro stellt der Bund dafuer allein in diesem Jahr bereit. Antraege nimmt das Bundesverwaltungsamt in Koeln schon jetzt entgegen.

Laut Gesetzentwurf ist mit rund 16 000 Antraegen von ehemaligen Kriegsgefangenen, sowie ehemaligen Zivilinternierten und Verschleppten zu rechnen. Je nach Entlassungsjahrgang haben sie dann Anspruch auf eine einmalige Entschädigung von 500 bis 1500 Euro (1947 bis 1948: 500 Euro; 1949 bis 1950: 1000 Euro; ab 1951: 1500 Euro).

Antraege auf die Haftentschädigung fuer Kriegsheimkehrer koennen formlos gestellt werden beim: Bundesverwaltungsamt, Referat III B, 50728 Koeln. Beizulegen ist der Entlassungsschein oder wenn nicht vorhanden mindestens zwei eidesstattliche Versicherungen.

Hinw. d. Red.: Vgl. vorstehend PM der CDU/CSU-Bundestagsfraktion vom 29. 5. 2008 m. w. Hinw. d. Red.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 14. 5. 2008

Unterstützungsleistung für Zwangsdeportierte und Zwangsinternierte verbessert Erhöhung der Finanzmittel für die Stiftung für politische Häftlinge in Bonn auf 2 180 000 €

Zu den Plänen, die Unterstützungsleistungen für Zwangsverschleppte jenseits von Oder und Neiße zu verbessern, er-

klärt der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und Sprecher der ostdeutschen CDU-Abgeordneten, Arnold Vaatz MdB:

Nachdem für die Opfer politischer Verfolgung in der ehemaligen DDR die sogenannte Opferpension und für die ostdeutschen Kriegsheimkehrer und Geltungskriegsgefangenen eine Entschädigungsleistung eingeführt wurde, werden jetzt die Unterstützungsleistungen für die Zivilinternierten und -deportierten verbessert.

Dies konnte u. a. durch die Erhöhung der Finanzmittel für die Stiftung für politische Häftlinge in Bonn auf 2.180.000 € für das Haushaltsjahr 2008 erreicht werden.

Nunmehr erhalten auch solche Personen verbesserte Unterstützungsleistungen, die aus dem Gebiet des deutschen Reiches in den Grenzen von 1937, außerhalb der ehemaligen DDR und jenseits der Oder-Neiße-Linie aus politischen Gründen verschleppt oder dort in Gewahrsam gehalten wurden und als politischer Häftling im Sinne des § 10 Abs. 4 HHG anerkannt sind. Darüberhinaus erhalten unter den gleichen Voraussetzungen auch solche deutschstämmigen Personen Unterstützungsleistungen, die in Siedlungsgebieten außerhalb des Reichsgebietes in den Grenzen von 1937 lebten.

Künftig kann jeder dieser Betroffenen folgende Leistungen erhalten:

- beim 1. Antrag eine Unterstützung von 2000 € und bei einem Gewahrsam von mehr als 1 Jahr weitere 500 €,
- beim 2. Antrag einen Betrag von 1500 € und
- ab dem 3. Antrag 1000 €.

Der Betroffene erhält die Leistung, wenn sein Einkommen als Alleinstehender 950 Euro und als Verheirateter oder in einer eheähnlichen Wirtschaftsgemeinschaft Lebender 1300 Euro nicht übersteigt. Abzugsfähig sind Aufwendungen etwa für Miete und Wohneigentum bis 720 € sowie Leistungen für Sozialversicherung und vergleichbare Privatversicherungen.

Damit ist es uns gelungen, den Zwangsdeportierten und -internierten, endlich die notwendige materielle Unterstützung zu gewähren.



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